

Ricardo Mena Guerra

Génesis del Derecho Administrativo en EL SALVADOR

San Salvador, El Salvador, C.A.

2005

Í N D I C E

| | |
|---|----|
| • PRESENTACIÓN | 9 |
| • ABREVIATURAS | 15 |
| • AGRADECIMIENTOS | 17 |
| • A MANERA DE PREÁMBULO | 19 |
| CAPÍTULO I | |
| LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPECIAL | 27 |
| CAPÍTULO II | |
| LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO . | 45 |
| CAPÍTULO III | |
| EL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN | 61 |
| CAPÍTULO IV | |
| EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO | 73 |
| CAPÍTULO V | |
| LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA SALVADOREÑA | 95 |

Primera edición:
1000 ejemplares

Queda hecho el depósito de ley.
© Reservados todos los derechos.

Portada: Daysi de Hasbún y Ricardo Mena Guerra.

© Ricardo Mena Guerra
rmenaguerra@yahoo.com

San Salvador, 2005

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización del autor.
Derechos reservados y debidamente protegidos en el Registro de la Propiedad Intelectual, Departamento de Derechos de Autor, al No. 87-2005.
La protección de esta obra es también a nivel internacional en virtud de los convenios ratificados por El Salvador en materia de Derecho de Autor.

AMPLIACIÓN DE INDICE

LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPECIAL

| | |
|---|----|
| 1.- Comentario Inicial | 27 |
| 2.- Criterios de clasificación de las funciones del Estado | 28 |
| 3.- La función Legislativa | 29 |
| 4.- La función Judicial | 30 |
| 5.- La función Administrativa (Diversos Criterios) | 31 |
| 6.- La función Política o de Gobierno | 35 |
| 7.- Características de los actos políticos | 36 |
| 8.- Clasificación de los actos políticos | 37 |
| 9.- Cuadro comparativo "actos de gobierno" y "actos de la administración" | 38 |
| 10.- Reflexiones sobre la función política | 39 |
| 11.- Actos políticos e institucionales | 41 |
| 12.- Recapitulación | 41 |

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

| | |
|--|----|
| 13.- Generalidades | 45 |
| 14.- Reseña sobre el desarrollo histórico del concepto de la Administración Pública según García de Enterría | 45 |
| 15.- La Administración Pública según Marienhoff | 49 |
| 16.- Criterios predominantes sobre la "Administración Pública" | 49 |

| | |
|---|----|
| 17.- Opinión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador | 50 |
| 18.- Comentario del Autor | 52 |
| 19.- Concepto del Derecho Administrativo | 53 |
| 20.- Normas Asistemáticas | 53 |
| 21.- Normas de Derecho Público | 55 |
| 22.- El Derecho de una Actividad Estatal | 57 |
| 23.- Relación con los Particulares, Interorgánicas e Interadministrativas | 58 |
| 24.- Colofón | 59 |

EL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

| | |
|--|----|
| 25.- Introducción al Tema | 61 |
| 26.- El Sistema Anglosajón (rule of law) según Dicey | 61 |
| 27.- Diferencias fundamentales entre el rule of law y el régimen administrativo de acuerdo a Hauriou | 63 |
| 28.- La Metamorfosis Actual del Sistema Anglosajón: | |
| a) La decadencia de la Descentralización ... | 64 |
| b) Las Potestades y Prerrogativas de la Administración Inglesa | 65 |
| c) Control Jurisdiccional de los actos administrativos en el régimen Anglosajón | 67 |
| 29.- Diferencias actuales entre el régimen anglosajón y el sistema administrativo | 68 |

| | |
|--|-----|
| 30.- Presencia Mundial del Derecho Administrativo | 69 |
| 31.- Conclusión | 69 |
| EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO | |
| 32.- Generalidades | 73 |
| 33.- Características propias del sistema Administrativo Salvadoreño: | |
| a) Justicia Administrativa | 74 |
| b) Ejecutoriedad de los Actos Administrativos | 76 |
| c) Régimen de Responsabilidad de los Funcionarios de la Administración | 82 |
| d) El Procedimiento administrativo y la facultad sancionadora | 85 |
| 34.- Conclusión | 92 |
| LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO SALVADOREÑO | |
| 35.- Formas de Distribución espacial de los Estados | 95 |
| 36.- Estado Unitario | 96 |
| 37.- Estado Confederado | 96 |
| 38.- Estado Federado | 96 |
| 39.- Diferencia entre Estado Unitario y Estado Federal | 97 |
| 40.- Estado Autonómico | 100 |
| 41.- Diferencias entre el Estado Autonómico y el Estado Federal | 102 |

| | |
|--|-----|
| 42.- Régimen de distrución territorial en El Salvador | 103 |
| 43.- Las Gobernaciones | 104 |
| 44.- Las Municipalidades | 104 |
| 45.- Principios de la organización administrativa | 112 |
| 1. Jerarquía | 113 |
| 2. La Competencia | 114 |
| 46.- Delegación de competencia, la avocación, sustitución de firmas y suplencia en el cargo | 116 |
| 47.- Formas de Organización Administrativa | |
| a) Centralización | 119 |
| b) Desconcentración | 120 |
| 48.- Formas de Descentralización: | |
| a) Territorial o por Región | 120 |
| b) Institucional o por Servicio | 120 |
| 49.- Relaciones Interorgánicas e Interadministrativas | 123 |
| 50.- Comentario | 124 |
| • BIBLIOGRAFÍA | 129 |
| • ANEXOS | |
| 1) Ley sobre Reclamaciones Pecunarias de Extranjeros y Nacionales | 133 |
| 2) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo emitida a las doce horas del día cinco de mayo de dos mil tres, ref.: 49-F-2000 | 143 |

PRESENTACIÓN

Se nos ha conferido el honor por el Licenciado RICARDO MENA GUERRA, joven y talentoso Abogado autor de esta obra, de hacerle una pequeña presentación. Aunque no soy el indicado para tal encargo, por no ser especialista en el Área del Derecho Administrativo, hemos aceptado el reto con la conciencia de nuestras limitaciones en la materia, pero con la satisfacción de tan digna tarea.

Una primera cuestión que es necesario enfatizar en estas líneas, es la escasez de Bibliografía Jurídica Salvadoreña sobre las distintas ramas del Derecho Nacional; esto es más evidente en el área del Derecho Administrativo. ¿Motivos o Razones? Es posible que la poca sistematización y orden de la legislación salvadoreña que ha regulado los actos administrativos, sea una de las causas; o puede que el poco desarrollo de la Administración Pública o la debilidad de la institucionalidad del Estado, o todas ellas.

Esta situación dichosamente ha empezado a superarse como el autor lo sostiene, con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y la Institución de una competencia especializada para dirimir los conflictos entre Administrador y Administrados, en el Órgano Judicial. Tal acontecimiento ha empezado a llenar el vacío existente en este tema, en particular vía el desarrollo de una Jurisprudencia Na-

cional de lo Contencioso Administrativo. No es casual que el autor de esta obra la titule: **GENESIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR**, porque de eso se trata. A partir de una sólida fundamentación Teórica, en autores de renombre internacional- Gordillo, Marienhoff, Fraga, Enterría, etc.- el Licenciado Mena Guerra incursiona por caminos, sendas y hasta veredas, aún poco conocidas por los Abogados salvadoreños y aún menos por los administradores y administrados de este país, si acaso en forma aislada y asistemática.

En cinco capítulos el autor despliega su talento para lograr una síntesis de Temas Teóricos y prácticos que, a los administrativistas- quizás por su carácter pionero en una materia muy novedosa- les lleva mucho espacio. Es indudable que la cercanía del área a otras que también tienen por objeto el estudio privilegiado de la Administración Pública (El Estado), ha exigido largas discusiones sobre la evolución y características de su objeto de estudio. Lo anterior puede casi palpase en el contenido de los capítulos de la obra. El capítulo I, que se refiere a las Funciones del Estado y la Función Administrativa en especial, es prácticamente la síntesis de un debate clásico sobre el tema: la naturaleza de las distintas actividades que desarrollan las Instituciones Estatales, y en particular la **FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**, que tiende a confusión con las llamadas funciones políticas o funciones de gobierno del Estado.

En esa misma línea de debates se inscribe el Capítulo II, La Administración Pública y el concepto de Derecho Administrativo. El autor para lograr aclarar el

primer aspecto, que “Tiene una dicotomía de acepciones”, recurre a la evolución histórica del término en forma didáctica. Pero en materia tan ardua para cualquier Tratadista, el autor logra una síntesis clara del tema, ampliándolo con Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, rematando con una opinión personal muy bien sustentada. El segundo aspecto- concepto de Derecho Administrativo- que es un tema sobre el cual se ha vertido mucha tinta e invertido no pocas neuronas por largos años, se sintetiza en una posición muy esclarecedora del autor: “... sin perjuicio de la aplicación de principios universales, la conceptualización del Derecho Administrativo, dependerá del ordenamiento jurídico de cada Estado y, sobretudo, de la Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del mismo...”

El Capítulo III, el Régimen Administrativo y el Sistema Anglosajón, que sirve de introducción del Capítulo IV, es también el “diálogo histórico”, entre dos sistemas o variantes del modelo administrativo: el francés o “Droit Administratif”, y el de raíces inglesas del “Rule of Law”. El primero, sometido a reglas propias, especiales, distintas a las comunes, y el segundo, regulado por las normas del “Common Law”, pero con el desenvolvimiento histórico del Estado Inglés tiende a coincidir en un sistema propio de Derecho Administrativo; aunque, como lo afirma el autor, “es un derecho Administrativo de menor madurez política y doctrinal” que la del régimen francés. Habría que esperar- agregamos nosotros-

el impacto que causará sobre ese sistema por el llamado "Derecho Comunitario", que es supranacional y se desenvuelve en la perspectiva del derecho continental europeo.

El Capítulo IV, es el fundamental en relación a la "Génesis del Derecho Administrativo Salvadoreño", y precisamente se titula, El Régimen Administrativo Salvadoreño. En palabras del autor, en este capítulo se hace "...una descripción global sobre el régimen administrativo salvadoreño", que va más allá de la mera descripción al incorporar una conclusión propositiva y explicativa, sobre los límites de un régimen administrativo en formación, que es hoy por hoy "un mutante jurídico", en feliz frase del autor.

Finalmente, en esa misma Tesitura, el Capítulo V, La Organización Administrativa del Estado Salvadoreño, en el cual, como lo diría un metodólogo, el autor "hace un cruce" de las variables teórico- conceptuales, de un viejo debate jurídico- político, con los "datos" del ordenamiento jurídico- político salvadoreño, en forma creativa. La clásica discusión sobre las formas de distribución espacial del Poder y la Autoridad del Estado, incorpora las visiones sobre los regimenes Unitario, Federado y Confederado, agregando la noción creativa del "Estado Autonomico", desarrollada en la "Madre Patria" España. En esta parte, como en la anterior, hay aspectos propositivos para mejorar la administración del Poder Local (Las Municipalidades); y para superar la dispersión y aislamiento del Poder Central, especialmente del Ejecutivo.

Sólo nos resta felicitar al joven Jurista Salvadoreño por la primicia de su obra y esperar otros frutos de su talento.

RODOLFO CASTRO

Profesor de Ciencia Política en la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador.

ABREVIATURAS USADAS

| | |
|------------|---|
| L.A.C.A.P. | Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. |
| L.O.J. | Ley Orgánica Judicial. |
| Cn. | Constitución de la República de El Salvador. |
| Pr. C. | Código de Procedimientos Civiles. |
| Art. | Artículo |
| L.J.C.A. | Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa |
| R.I.O.E. | Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo |
| D.L. | Decreto Legislativo |
| D.O. | Diario Oficial |
| C.M. | Código Municipal |

AGRADECIMIENTOS

Deseo dedicar esta modesta monografía a El Dios Omnipotente que merece toda gloria y a su hijo mi Señor Jesucristo, quien es el dador de toda cosa buena, el cual me dio a "Papá Moncho" (Juan Ramón Mena) el que con su modelo de vida me instruyó en el esfuerzo y en el valor, aún en los retos que nos parecen inalcanzables.

Quiero agradecer a una de las personas más eruditas y sencillas que yo he conocido, al sociólogo, politólogo y jurista Doctor Rodolfo Castro, por sus ciertas recomendaciones en la elaboración de esta obra.

No sería justo también dejar de mencionar, a mi alumno de Derecho Administrativo I de la facultad de derecho de la Universidad Dr. José Matías Delgado, Nelson Rosales, por su desinteresada motivación en la redacción del Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador.

Enormes disculpas además, a Verita, mi esposa, a Daniel y Rebeca, mis hijos, por el tiempo que les robé, por dedicarme en algunos momentos al estudio y redacción de la monografía.

San Salvador, 10 de Marzo de 2005.

El Autor.

A MANERA DE PREÁMBULO

El gran reto de un Estado social democrático de derecho, es el satisfacer las necesidades colectivas, pero a la vez ser eficiente en su gestión y respetuoso en los derechos de los ciudadanos.

Para el logro de estos objetivos, se realiza una enorme actividad Estatal.

En una perspectiva muy extensa, toda esa actividad, los órganos que la realizan y el ordenamiento normativo que la regula, constituyen el Derecho Administrativo.

Este derecho con sus particularidades propias tiene como punto de partida la enorme influencia jurídica y política de la revolución francesa. Y como referencia de su evolución y construcción la jurisprudencia edificada por el Consejo de Estado Francés.

El gran dilema que intenta resolver el Derecho Administrativo, es la búsqueda de un equilibrio entre las facultades de la autoridad gubernamental, versus los derechos fundamentales de los particulares. Esta armonía sólo puede lograrse mediante el reconocimiento que todos los ciudadanos, sin excepción, deben estar sometidos a la ley. Pero además, este compromiso con la ley, se ve acrecentado en el caso de los funcionarios, a quienes todo lo que la ley no les permite expresamente, les está prohibido.

Toda esta construcción jurídica empieza a ser sujeta de una regulación específica a partir de que en Francia, a inicio del siglo XIX Napoleón realiza una reorganización de la Administración, estableciendo normas especiales que regulen la actividad de la Autoridad Administrativa, su relación con los particulares y la competencia de la entidad especializada que conocerá de las controversias que se susciten entre la Administración con los administrados, es decir, el Consejo de Estado.

Este sistema francés de normas de derecho público, propias para la autoridad administrativa, influyó a la mayoría de los países, quienes a partir de ahí han realizado su propio diseño en su régimen administrativo.

Aun los países anglosajones que han pretendido ser una excepción a esta influencia, bajo el argumento de la igualdad de todos en la sumisión al derecho común y a los tribunales ordinarios, presentan hoy en día el reconocimiento de algunas normas “diferentes” para la regulación de la Autoridad Administrativa, las que pueden ser catalogadas como un germen del derecho administrativo en esos Estados.

DE LA TEOCRACIA AL ESTADO DE POLICIA

La relación gobernante gobernado, se vislumbra con el mismo nacimiento de la raza humana, trayendo como consecuencia un fenómeno social y político, el

vínculo mando – obediencia.

Cuando Dios creó al hombre, la misma divinidad de forma directa ejercía el gobierno. (Teocracia directa)

Luego de la desobediencia del hombre, El Todopoderoso, instaura jueces que son los emisarios de su voluntad, ejerciendo una teocracia indirecta a través de hombres como Moisés, Josué, Otoniel, Samuel y tantos héroes bíblicos que fueron los encargados de transmitir los designios del gobernante divino. (Año 1550 a.c.)

La Biblia nos narra que Israel, representando posiblemente a toda la humanidad, se negó a seguir en un sistema teocrático, solicitando ser gobernado por un rey humano; la Divinidad les previno que este monarca los oprimiría, confiscaría sus bienes, los haría tributar, incluso los convertiría en siervos y esclavos, no obstante, ellos prefirieron éste sistema absolutista y despótico al gobierno de Dios.¹

Posteriormente, en la época moderna, que inicia a fines de la edad media (Siglo XIV- XV), con el surgimiento de los grandes Estados Nacionales en Europa — Inglaterra, Francia, España, Holanda, etc.— la forma de Estado generalizada es la Monarquía absoluta, período en donde se da un aumento significativo del Poder del Monarca, el cual es ejercido de una forma arbitraria.

Y es este el sistema en el que el monarca era el

¹ 1º Samuel Capítulo. 8, versículos 1- 22. Aclaramos que el caso del pueblo de Israel es un ejemplo de tal ruptura.

creador de la ley y podía derogarla a su antojo, (“lo que el príncipe quería, tenía vigor de ley”) de tal manera que todas las funciones del Estado, legislativa, judicial y administrativa estaban en manos del monarca. Los individuos carecían de derechos frente al rey; el particular era un simple objeto del ilimitado poder gubernamental. (Monarquía Absoluta)

Toda esta caracterización autoritaria ha sido denominada por la literatura jurídica alemana “Estado de Policía”, cuyos principios más relevantes según Gordillo² son:

1. La indemandabilidad del soberano: El soberano no podía en el “Estado de Policía” ser llevado ante los tribunales como un litigante común, y tampoco pudo serlo en el Estado moderno durante mucho tiempo.
2. La irresponsabilidad del soberano. El rey “no podía dañar”, esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también en el Estado Constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable de los perjuicios que ocasionara.
3. Los actos del príncipe. Correlativamente con lo antes expresado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado Constitucional fue la teoría de los

“actos de imperio”, primero, y de los “actos de gobierno” o “institucionales”, después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de la manifiesta desubicación histórica y jurídica de ellas.

4. La doble personalidad del Estado. En la época de las monarquías absolutas, en que el rey era indemandable, irresponsable, etcétera, se ideó la teoría del “Fisco”, que venía a constituir una especie de manifestación “privada” del soberano, colocada en un plano de igualdad con los particulares; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del rey.

Aún en el Estado moderno algunos doctrinarios han defendido la tesis de la doble personalidad del Estado, sin embargo, la personalidad de éste es una, y siempre debe ser responsable de sus actuaciones.

5. La “jurisdicción administrativa”. En la vieja época monárquica existía la llamada “justicia retenida”: El soberano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la “justicia delegada”, en que el rey “delega” la decisión a un consejo que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un tribunal de justicia. En el Estado moderno existen tribunales, como también existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración, contra toda lógica, alguna parte del ejerci-

² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. II-3 y sig.

cio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada "jurisdicción administrativa"; es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden a otro poder.

6. Poder de Policía. En el "Estado de Policía" se hablaba de un "poder de policía", que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente; al pasarse al Estado de Derecho la noción fue recortada, excluyendo el empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurídico que frecuentemente desemboca en abusos.

DEL ESTADO DE POLICIA (ABSOLUTISTA) AL ESTADO LIBERAL CONSTITUCIONAL.

La concepción del Derecho Administrativo, como una reacción a los principios autoritarios del Estado Absolutista o de Policía, coinciden con el origen del llamado Estado de Derecho o Estado Liberal Constitucional, teniendo como antecedentes históricos, sociales, políticos y jurídicos el Parlamentarismo Inglés, o los Bill of Rights de la Revolución Inglesa del siglo XVII, el Constitucionalismo Norteamericano y la Revolución Francesa y su Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano.

El Estado de Derecho se fundamenta en los siguientes postulados:

1. La sumisión de todos los ciudadanos, especialmente el gobernante, a la ley (principio de legalidad);
2. La creación de varios órganos y competencias limitadas que garanticen controles recíprocos (teoría de la división de poderes o sistema de frenos y contrapesos);
3. El Reconocimiento Estatal de que las personas cuentan con una serie de derechos, garantías y libertades que deben ser respetadas; y
4. La existencia de una Constitución o Carta Magna que contenga todos estos postulados, estableciéndose la distinción entre poder constituyente y los poderes constituidos.

Pero hay que decir que el Estado de Derecho ideal, constituye una aspiración más que una situación pética, y al igual que la construcción del derecho administrativo está lleno de progresos y retrocesos históricos constantes.

Así, en la actualidad como lo ha apuntado el politólogo Zbigniew Brzezinski, vivimos en una época posutópica. Es una era marcada con el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente, entre ellas el fascismo y el comunismo, y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal fueron instituciones desprecia-

das y condenadas "al basurero de la historia" y también caracterizada por el renacimiento de nacionalismos beligerantes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas.

Sin embargo, el derrumbe de las utopías totalitarias y de las formas de gobierno autoritarias es real en nuestra región y ofrece oportunidades de consolidación de la democracia. Vivimos el tiempo que ha sido llamado "el momento democrático".³

Pese a ello, no es menos cierto que esta coyuntura oportuna para la consolidación democrática, ha sido empañada por factores negativos: como la apatía a la política de los ciudadanos, la falta de madurez y educación mínima de los pueblos latinoamericanos, las Posturas populistas inviables, etc. Frente a esto, mentes brillantes –detractores de la democracia- han manipulado a Estados y a pueblos enteros.

Por lo tanto el perfeccionamiento y consolidación del Estado de Derecho está aun en curso; la batalla contra las supervivencias del Estado Absolutista y sus principios autoritarios son cosa del presente cotidiano.

En este contexto, el Estado Salvadoreño, después de los Acuerdos de Paz de 1992, se encuentran en un proceso de consolidación de sus endeble Instituciones.

De ahí pues, que en esta época de posguerra, uno de los grandes protagonistas en la consolidación del Estado de Derecho, tiene que ser el Tribunal Contencio-

so Administrativo, el que debe convertirse en el "adalid" en la lucha de los derechos de los administrados; pero a la vez ser el "mediador" que busque el equilibrio entre la autoridad y la libertad.

³ Arturo Hoyos, El Debido Proceso, paginas. 1y 2

CAPÍTULO I

LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPECIAL

1.- **Comentario inicial:** Para algunos tratadistas el tema de la Función Administrativa es un debate agotador e intrascendente, en virtud de considerar que el derecho administrativo es el derecho de un súper organismo llamado Administración Pública, y no el derecho de una función etérea (como podría creerse de la actividad administrativa). Sin embargo, nos resulta insuficiente esta idea dado que es innegable que hay otras entidades del estado cuya actividad esencial es de naturaleza diferente al del órgano ejecutivo (órganos legislativo, judicial, electoral, Ministerio Público) y de igual forma una buena parte de sus actividades son administrativas. Esta realidad nos obliga ineludiblemente a tratar de buscar la naturaleza de las diferentes actividades que desarrollan los órganos del Estado, teniendo presente que ninguna entidad desarrollará una única función y que difícilmente alguna actividad sea exclusiva de un único órgano (ni siquiera la actividad jurisdiccional).

Así las cosas, las funciones del Estado pueden clasificarse en: Legislativa, Judicial y Administrativa. Teniendo en cuenta que es aplicable para todas ellas, lo que nuestra Constitución establece con

claridad, al señalar, que, el Estado reconoce a la Persona Humana como el origen y fin de su actividad, estando organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común (Art. 1 Cn).

2.- **Criterios de Clasificación:** Debemos de considerar que tradicionalmente la doctrina ha clasificado las funciones del Estado en dos categorías:

- a. Tomando en cuenta un criterio formal orgánico o subjetivo, el cual fija como pauta para su determinación el órgano que realiza la función.
- b. El criterio material u objetivo, el que busca la naturaleza y la esencia intrínseca de la función, descartando totalmente el órgano a cual está atribuida o la desarrolla.

En la practica constitucional lo que ocurre es que cada Órgano del Estado tiene asignada dentro de su competencia dominante, una de las funciones indicadas; sin embargo, excepcionalmente puede no existir una coincidencia entre órgano y función, es decir, por ejemplo, que, el órgano legislativo desarrolle una función materialmente administrativa e incluso judicial (el Art.131 Cn. ordinal 3º, 4º, 18º, 23º, 28º, 36º); o cuando el Órgano Ejecutivo legisla materialmente (Art. 168 Cn. ordinal 14º), o ejerce funciones materialmente judiciales (Art. 14 Cn).

⁴ Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo, t. I. pág. 79.

No obstante, el valor de la tesis de Montesquieu sobre la división de poderes consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Por tanto, sin apartarse del objetivo esencial de la concepción (que es evitar la concentración indebida de poder en un solo órgano), ella puede ajustarse a las exigencias históricas graduando la competencia asignada a cada órgano en función de los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional.⁴

- 3.- **La Función Legislativa:** En tal sentido, esclarecemos primeramente, la llamada Función Legislativa, la cual tradicionalmente se ha estudiado a través del acto jurídico por medio del cual se manifiesta; es decir, la ley (entendida ésta como una norma jurídica escrita). Así las cosas, la postura mayoritaria y clásica ha insistido que la esencia de la ley es la generalidad; es decir, esa característica que hace que este acto jurídico tenga efecto "erga omnes" para una colectividad, y por ende sea impersonal, abstracto, igualitario y obligatorio.

No desechamos tal posición, sin embargo creemos que no basta que un acto sea general para ser considerado como ley; particularmente le añadiríamos la característica de la normatividad, entendida como ese elemento que hace que la ley regule conductas de forma obligatoria y coercible.

Ello nos llevaría, a señalar que la Función Legislativa, desde un punto de vista material es aquella actividad desarrollada por los órganos del estado que implica normar conductas de forma general.

- 4.- En cuanto la **Función Judicial o Jurisdiccional**, podemos decir, que desde el punto de vista objetivo o material, que es aquella actividad que se traduce en la decisión de controversias o conflictos, con fuerza de verdad legal. La función jurisdiccional sólo puede caracterizarse por dos elementos que son singulares en ella: "su motivo y su fin", es decir por el elemento que provoca dicha función y por el resultado que por ella se persigue.

La función jurisdiccional supone, en primer término y a diferencia de las otras funciones, una situación de duda o de conflictos preexistentes; supone generalmente dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable; si ahora se considera la finalidad se llega a conocer el otro elemento que la caracteriza. La función jurisdiccional está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada quien hiciera justicia por su propia mano; en una palabra para mantener el orden jurídico y dar estabilidad a las situaciones de derecho.⁵

- 5.- **La Función Administrativa:** Adentrándonos al tema que nos interesa, la Función Administrativa, preliminarmente diremos que ella es el objeto singular del derecho administrativo.

⁵ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, págs. 51-52

Etimológicamente el vocablo “administrar” se deriva del latín “ministrare” que significa “Servir a”. Así, la administración se presenta como una acción encaminada hacia un fin; obviamente, cuando se trata de satisfacer los intereses colectivos persiguiendo el bien común, hablamos de la “administración pública”.

Los principios de la Administración Pública moderna en un sentido orgánico se dan, como ya lo dijimos, a partir de la época napoleónica en donde se experimenta una reorganización de la administración, surgiendo un conjunto de normas propias, con principios peculiares que regulan su actividad y su relación con los particulares, así como una jurisdicción especializada que se suscita en este campo. A partir de ahí la labor administradora del estado ha tenido una tendencia expansiva dentro del Estado de Derecho, desarrollando la administración una diversidad de actividades heterogéneas (hablamos aquí del órgano ejecutivo y de otros órganos vinculados a él).

La Función Administrativa puede distinguirse materialmente de las demás funciones a partir del acto por medio del cual se manifiesta, es decir, el “Acto Administrativo”, el cual está sometido a pautas de derecho público exorbitantes del derecho privado. Esto quiere decir, que el acto administrativo, no obstante que es un acto emitido por un ente guber-

namental de forma unilateral prescindiendo de la voluntad del obligado, goza de prerrogativas como: la ejecutividad, ejecutoriedad, presunción de legitimidad, etc, lo cual es impensable para el derecho privado, que ve su paradigma en los actos bilaterales, de los contratos.

Sobre la esencia de la Función Administrativa se han ensayado varias teorías entre las cuales encontramos:

- a. **Concepciones Subjetivas u Orgánicas:** estas sostienen que la función administrativa es aquella actividad que predominantemente realiza el órgano ejecutivo y los órganos que actúan en su esfera; de ahí pues que autores como García de Enterría señalan que el derecho administrativo es el derecho propio y específico de las administraciones públicas⁶.
- b. **Criterio Objetivo Material:** los partidarios de esta teoría consideran que la relacionada función es la que, principalmente, tiene un carácter concreto, inmediato, continuo, práctico y normalmente espontáneo, desarrollado lógicamente por órganos estatales persiguiendo un interés colectivo y enmarcado dentro de normas jurídicas de derecho público.

En esta misma línea de pensamiento es destacable el concepto que nos ofrece Gabino

⁶ Eduardo García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, pág. 25

⁷ *Ibíd.*, pág. 63.

Fraga⁷, al señalarnos que la función administrativa es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Compartimos el concepto del insigne administrativista mejicano, únicamente creemos necesario aclarar que el hecho de que la función administrativa implique situaciones jurídicas para casos individuales y concretos, nada tiene que ver con el mecanismo de comunicación o notificación de tales actos, el cual puede hacerse de forma pública, como un aviso publicado en el diario oficial o en cualquier medio de comunicación. La notificación podrá ser abierta al público, como un mecanismo de control ciudadano, pero los efectos del acto seguirán siendo individuales y concretos, y además, jamás podrá tener un carácter normativo como lo tiene el acto típicamente general: la ley. *Verbigracia de ello, sería el llamamiento o convocatoria a una licitación pública que la Administración comunica por medio de un periódico de mayor circulación, a efecto de que todos los interesados retiren las bases o pliegos de condiciones a fin de presentar su oferta técnica y económica (Arts. 47 y 48 de la Ley de Adquisición y Contrataciones*

de la Administración Pública); el mecanismo de notificación es público, sin embargo, el acto administrativo es individual para una obra concreta.

- c. **Teoría Residual:** Para los seguidores de esta tesis, abanderados por Otto Mayer⁸, la administración será toda aquella actividad que restaba luego de excluir a la legislativa y a la jurisdiccional.

Este pensamiento tiene un carácter histórico en el sentido, que luego de superado el llamado Estado de Policía y evolucionar paulatinamente al Estado de Derecho, se presentó un fraccionamiento de funciones dentro del Estado, siendo el monarca despojado de la función judicial y legislativa, quedando en sus manos, de forma residual, una serie de actividades heterogéneas y casi indeterminadas, lo cual se convirtió en la labor de administrar. De este modo pues, que esta postura tenga un carácter negativo, en el sentido que todo aquello que no sea una función legislativa o judicial constituirá una función administrativa.

Siempre en esta línea de pensamiento un sector de la doctrina, sostiene que Administración son actos de ejecución de la Constitución y de la ley que están fuera del campo de la "jurisdicción".

Para cerrar el cuadro de este grupo de doctrinas se

⁸ Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, t. I, pág. 10.

⁹ Cassagne, Ibid . pág. 83.

ha procurado también ensayar un criterio mixto, que en el fondo aparece basado en la antigua teoría residual de la Administración. Se sostiene que, como la función administrativa no se realiza por ningún órgano en forma excluyente y dado que no se le reconoce un contenido propio que la tipifique, ella debe definirse como toda la actividad que desarrollan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.⁹

6.- **La Función Política o de Gobierno:** Se habla con frecuencia de actos de gobierno y de actos políticos como si se tratara de una particular actividad del Estado no comprendida en alguna de las funciones que hemos definido; se ha llegado a afirmar que la actividad de gobierno es una cuarta actividad del Estado, que existe al lado de la legislación, la justicia y la administración.

En el derecho francés se han considerado como actos de gobierno, los actos realizados por autoridades administrativas que no son susceptibles de ningún recurso ante los tribunales. Como se considera que la teoría de los actos de gobierno aparece en un sistema jurídico moderno a base de legalidad como un arcaísmo, la noción de dichos actos ha ido cambiando con el tiempo con la tendencia a reducir su dominio. Así se ha caracterizado sucesivamente: a causa de su fin político, a raíz de su

objeto, por constituir parte de la actividad de gobernar, distinta a la de administrar, porque mientras la primera se concreta en actos de principio que proveen a la marcha de los servicios públicos y a la seguridad interior y exterior, la segunda se limita a la aplicación diaria de la ley y al funcionamiento normal y constante de los servicios públicos; y por último, a causa de razones de oportunidad, que forman obstáculo para someterlos a una discusión jurisdiccional.

Sin embargo, la admisión de su existencia no debe entenderse como la admisión de una nueva categoría distinta de las tres que hemos estudiado, pues el elemento nuevo que se encuentra en los actos de gobierno, y que es su finalidad, no afecta la naturaleza jurídica de los actos administrativos en cuyas formas aquellos se manifiestan.

7.- **Características de los actos políticos:** Según la doctrina los actos políticos, de gobierno o institucionales, presentan las siguientes características:

- Ejecutan directamente una norma constitucional.
- Son dictados en ejercicio de una actividad discrecional, indelegable, de los órganos ejecutivo y/o legislativo, sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad o mérito.
- Se vinculan a la propia "organización y subsis-

tencia del Estado", y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado. No se trata de asuntos atinentes a la simple marcha de la buena administración.

- En principio, no inciden directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del administrado, cuyo estatus no se altera ante la emisión del acto político, de gobierno o institucional.
- Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general.
- Son irremisibles, no judiciales, no justiciables o no invalidables judicialmente. Están exentos de control jurisdiccional.

8.- **Clasificación de los actos políticos:** Los actos políticos, de gobierno o institucionales, se clasifican de la siguiente forma:

- a. Actos relativos a las relaciones internacionales (Por ejemplo: declaración de guerra Art. 168 Ord. 13° Cn, Celebración y Ratificación de tratados, Art. Ord. 168 4° y Art. 131 Ord. 7° Cn, Dirección de las Relaciones Exteriores 168 Ord. 5° Cn).
- b. Actos relativos a la seguridad interna (Por ejemplo: declaración del Régimen del Excepción, Art. 29 Cn, Disposición Extraordinaria de la

Fuerza Armada para el mantenimiento de la paz interna, la tranquilidad y la seguridad pública Art. 168 Ord. 12° Cn).

| |
|--|
| c. Actos relativos a las relaciones entre los tres órganos del Estado (Por ejemplo: veto 137 Cn, elección de las personas designadas para ejercer la Presidencia de la República en los casos determinados en la Constitución, elección del Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Fiscal General de la República, etc., Art. 131 Ord. 17° y 19° Cn,). |
| Hauriou ¹⁰ realizó uno de los más notables intentos para lograr establecer la diferencia entre cuando el poder se está ejerciendo en forma de gobierno y cuando en forma de administración. Dicho autor hace referencia a Napoleón quien "gobernaba" junto al "Consejo de Estado Francés", quienes se encargaban de los "grandes asuntos" mientras |

que los ministros se encargaban de los "negocios corrientes"; de aquí que Hauriou concluye que la función administrativa consiste esencialmente en realizar los asuntos corrientes del público y que la función gubernativa consiste en solucionar los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política y en velar por los grandes intereses nacionales.

9.- **Cuadro Comparativo:** Veamos en el siguiente cuadro una breve sinopsis de las diferencias existen-

¹⁰ Citado por Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, vol. 1 p. 60

tes entre los actos de gobierno y los actos de la administración.

GOBIERNO

ADMINISTRACIÓN

El gobierno dirige a la administración.

La administración es dirigida por el gobierno.

Los actos de gobierno NO están sujetos a control judicial (no son impugnables).

Los actos de la administración están sujetos a control judicial.

Los actos de gobierno ejecutan directamente una norma constitucional

Los actos de la administración ejecutan por lo general normas secundarias o terciarias.

Se vinculan con una actividad extraordinaria de del Estado (subsistencia del Estado y Organización)

Se vinculan con el quehacer diario del Estado y su funcionamiento.

- 10.- **Reflexiones sobre la función política:** Como podemos apreciar, la función política o gubernativa es concebida como una especie de actividad metafísica del Estado, la cual en principio no está sujeta a ningún control jurisdiccional, deviniendo la competencia del órgano que la realiza directamente de la Constitución; de tal forma pues que esta función aún cuando en su forma es administrativa en su esencia es política.

Para analizar lo anterior, es necesario como en casi todos los temas del derecho administrativo, remontarnos a las particularidades históricas de la revolución francesa, y de la época napoleónica, período en el que se extinguía el régimen absolutista clásico de concentración de funciones en el órgano ejecutivo; y además se instituía como una novedad trascendental para los estados modernos, el hecho que las providencias del monarca iban a ser, al igual, que los actos de los particulares, objeto de revisión por parte de un órgano jurisdiccional independiente al monarca.

No obstante los franceses no fueron radicales en este aspecto, ya que se reservaron algunas actuaciones del órgano administrativo, los cuales no serian impugnables en sede jurisdiccional, creándose así de forma un tanto artificial la teoría de los "actos políticos o de gobierno". Esta teoría ha sido plenamente aceptada por nuestra legislación, ya que el artículo 4 literal "a" de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente señala que se encuentra excluida de esta jurisdicción los actos políticos o de gobierno.

El pensamiento de un sector de la doctrina, muy de boga, es que esta figura es un resabio del antiguo Estado de Policía o de las monarquías absolutistas, en el sentido que se están creando esferas de inmunidades de poder, lo cual riñe con el derecho a la tutela judicial efectiva que debe

prevalecer en un Estado de Derecho moderno. Por lo anterior somos del pensar que no existe una razón jurídica sustentable para que estos actos no sean sujetos de control jurisdiccional, ya sea en su forma a través de un proceso contencioso administrativo, o en su esencia por medio de un amparo constitucional.

11.- **Actos políticos e institucionales:** Finalmente vale aclarar, que otros administrativistas, como Marienhoff, distinguen entre los actos políticos y los institucionales, estableciendo una diferencia en cuanto al grado de superior importancia o trascendencia de los segundos para la subsistencia del Estado; en cambio sostienen que los actos políticos, gravitan en la marcha habitual del mismo. Consideramos, con el mayor respeto a los que siguen estas diferencias, que concebir una frontera entre uno y otro no abona en nada a la búsqueda de la esencia real (si es que la existe) de la función en estudio, sino únicamente a tratar de justificar el "blindaje", aun vigente, sobre ciertos actos gubernativos frente a cualquier impugnación jurisdiccional.

12.- **RECAPITULACIÓN**

La Constitución y el ordenamiento jurídico crea una serie de órganos, con una función predominantes para cada uno, sin perjuicio de que desarrollen otras funciones excepcionalmente.

De ahí pues que no sólo el órgano ejecutivo ejecuta

funciones administrativas, sino también excepcionalmente los órganos legislativo y judicial. Esto nos obliga a determinar cual es la naturaleza de cada Función del Estado; así:

Función Legislativa: la caracteriza la generalidad y la normatividad.

Función Judicial: la existencia de un conflicto enlazada a un mecanismo estatal que pone fin al mismo de una forma coercible.

Función Administrativa: históricamente es una función residual, frente a las funciones legislativa y judicial.

Tiene un carácter concreto, inmediato, continuo, práctico, espontáneo y se realiza en respecto de un orden jurídico.

En cuanto a la Función Política o de gobierno creemos que existe una doctrina clásica muy depurada que intenta justificar su independencia, a través de destacar su esencia de ejercer el gobierno; empero, todo este esfuerzo es y será para tratar de racionalizar una inimpugnabilidad ante los tribunales, cuestión que no va acorde con las aspiraciones de un Estado de Derecho, en que todas las situaciones de los entes del gobierno deben estar sujetos al control judicial.

Parece ser que una medida ecléctica a la problemática abordada, es la que contiene la ley Español-

la 29/1998, del 13 de Julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece dentro de esta competencia aquellas cuestiones que se suscitan en relación con la protección jurisdiccional de los derecho fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes, todo ello en relación con los actos de gobierno.

Esto nos parece que permite la revisión judicial de la "forma" de los Actos Políticos o de Gobierno y la tutela de los derechos que pudieran vulnerarse a raíz de la ejecución de los mismos.

CAPÍTULO II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 13.- **Generalidades:** Etimológicamente administrar, tiene su origen en el vocablo latín, conformado por las palabras “ad y ministrare”, que significa servir, o de acuerdo a otra opinión viene de la contracción “ad manus trahere”, que significa manejo o gestión.

Vulgarmente administrar es sinónimo de gobernar, cuidar o gestionar. En tal sentido, se entiende por administración el equipo de gobierno de un país o bien, la acción del poder público al aplicar las leyes y cuidar de los intereses públicos.

Desde ya vemos, que el término en referencia tiene una dicotomía de acepciones, primero como una acción o función y la otra como un órgano o conjunto de órganos.

- 14.- **Reseña sobre el desarrollo histórico del concepto de la Administración Pública:** Resulta sumamente didáctico el desarrollo, sobre el tema de la “Administración Pública” en la evolución histórica del derecho Administrativo, que realiza García de Enterría y Fernández al señalar que a partir de la Revolución Francesa, momento en que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad

del siglo XIX, la Administración pública se identifica con el Poder Ejecutivo. El Derecho administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania en una aportación capital: el reconocimiento del Estado como persona jurídica (Albrecht, Gerber, Laband y Jellinek).

En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que estos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquel. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el poder ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona.

La cuestión será entonces la de averiguar en qué consiste, concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado.

El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina,

ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia. (Ver los criterios de función administrativa desarrollados en el CAPÍTULO I)

Por lo que, para los citados eminentes juristas españoles, la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El fracaso de cuantos intentos se han realizado en esta dirección, es la mejor prueba de la inutilidad de insistir en este punto. La movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo de administrar. Las funciones y actividades a realizar por la administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada orbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. A su vez, las técnicas formales de administrar varían también circunstancialmente, por lo que sería vano intentar aislar una de ellas como prototípica y definitoria: Así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas. Esta práctica, por sí sola ha bastado en Francia para poner en crisis a la, hasta ese momento hegemónica, "doctrina del servicio público" que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (ahora se admite la posibilidad de la apli-

cación del derecho privado en la prestación de los mismos) por otra, la aplicación del derecho público para gestionar actividades sustantivamente privadas.

La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Por lo que para el derecho administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Esto de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo.

Aclaran los seguidores de esta postura, que la per-

¹¹ García de Enterría *Ibid.*, págs. 26-28.

¹² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I., págs. 66-67

sonalidad del Estado en su conjunto es sólo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto del Derecho Internacional en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública.¹¹

15.- **La Administración Pública según Marienhoff:**

Por otra parte, autores como Marienhoff, apartándose de la posición antes ilustrada, y bajo una postura objetiva define la Administración Pública como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las actividades del grupo social y de los individuos que la integran. Agregando que esa actividad estatal puede tender, también, a satisfacer necesidades de los "individuos", que integran dichos grupos, pues como, en efecto, la actividad de la administración no siempre tiende a satisfacer necesidades "generales" sino a resolver situaciones "particulares" de los individuos; verbigracia cuando otorga una concesión de uso sobre el dominio público o se concede una licencia o permiso para realizar una actividad.¹²

16.- **Criterios predominantes sobre la Administra-**

ción Pública: De todo lo anterior, se puede evidenciar sucintamente los dos criterios dominantes, sobre la conceptualización de Administración Pública:

- a. El punto de vista subjetivo que concibe a la administración como una entidad orgánica, un súper personaje del Estado con facultades exorbitantes.
- b. El punto de vista objetivo que la considera como una acción o un conjunto de actividades inmediatas, permanentes y concretas dirigidas a la satisfacción de intereses colectivos o particulares; desde este criterio Administración Pública es sinónimo de función administrativa.

17.- **Opinión de la Sala de lo Contencioso Adminis-**

trativo: Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha expresado que la Administración Pública, se erige en el país como una pluralidad de órganos puestos al servicio de la comunidad, que realizan función administrativa y por ende titulares de relaciones jurídico administrativas. De conformidad con la ley de lo contencioso administrativo, para efectos de la ley se entiende por Administración Pública entre otros, el poder ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones oficiales autónomas¹³.

Concretamente el tribunal aludido se está remitiendo al Art. 2 de ley citada, en el cual se expresa qué

¹³ Sentencia del día treinta y uno de octubre de 1997, Ref. 45-V-96

se entiende por Administración Pública:

- a) El poder ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado;

El Órgano Ejecutivo está integrado por el Presidente, el Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado y sus funcionarios dependientes (Art. 150 Cn.).

Además la constitución en el artículo 166 da pautas para la creación del llamado Consejo de Ministros.

Toda su organización está desarrollada por el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, que constituye un reglamento autónomo. (Art. 167 ordinal 1º Cn).

Por otra parte, los entes autónomos y descentralizados en la tradición jurídica salvadoreña son aquellas entidades con personalidad jurídica propia. Los semiautónomos pueden considerarse los entes desconcentrados del órgano ejecutivo, como son comúnmente las llamadas "Direcciones Generales"

- b) Los poderes legislativo y judicial y los organismos independientes en cuanto realicen excepcionalmente actos administrativos;

Es decir que, adicionalmente a los órganos fun-

damentales, la disposición abarca otras entidades de jerarquía constitucional, catalogándolos como organismos independientes, ellos son el Ministerio Público, la Corte de Cuentas de la República, el Tribunal Supremo Electoral, etc. (Arts. 191, 195, 208 Cn)

- c) El gobierno local;

Como ahondaremos más adelante, el Gobierno Local, según nuestra constitución, está conformado por dos entidades de diferente naturaleza: A) Las Gobernaciones, especies de representantes del órgano ejecutivo en cada departamento del país (Art. 200 y 201Cn); y B.) Las municipalidades, las cuales son entidades descentralizadas en razón del territorio, con personalidad jurídica propia y autonomía constitucional que alcanza a lo económico, lo técnico y lo administrativo. (Arts. 202 – 207 Cn).

- 18.- **Comentario del Autor:** Consideramos que la Administración Pública no puede circunscribirse únicamente a una entidad o a entidades estatales, ya que como la misma ley salvadoreña lo reconoce, la actividad administrativa supera los límites del mismo órgano ejecutivo y sus dependencias, llegando (aun excepcionalmente) a las esferas de aplicación de otros órganos del Estado como lo son el Legislativo y el Judicial; por ende, por razones pragmáticas es menester visualizar a la Administración Pública como una actividad o función que desarro-

llan los órganos del Estado.

Es significativo aludir que la Constitución salvadoreña no define a la "Administración Pública"; es más, cuando nuestra ley primaria utiliza este término, en los artículos 131, 159, 167 ord. 6º, 169, 194 ord. 7º y 219 inc. 2º, pareciera que lo hace como sinónimo del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, como ya lo anticipamos, la ley que desarrolla la competencia contencioso-administrativa amplía los alcances de la Administración Pública, desde un punto de vista objetivo, es decir, como equivalente a función administrativa. Postura que compartimos.

No obstante, el Derecho Administrativo debe comprender, no sólo la regulación de la función administrativa, sino además, toda la estructura y competencia de los órganos que la ejercen primordialmente.

19.- **Concepto del derecho administrativo:** Tomando como base lo hasta aquí desarrollado, entraremos a la discusión interesante pero no menos polémica sobre la naturaleza del Derecho Administrativo y su conceptualización.

Nuestro criterio es que el Derecho Administrativo vendría a constituir el conjunto de normas y principios de Derecho Público que regulan la función administrativa, la organización y vinculación interna y externa de las entidades administrativas, y la relación de éstas con los administrados.

20.- Normas Asistemáticas:

Las normas y principios que son objeto de estudio, no forman un verdadero sistema coherente, sino tan sólo un conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de Derecho Público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas.

En ello juega un papel preponderante la doctrina, que a veces arrastra una inexplicable tendencia a favorecer las teorías autoritarias o despóticas y no las que enfatizan el control judicial, parlamentario o por entes o autoridades independientes.

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo.

Eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, arbitrariedades de los órganos administrativos, cuando los jueces no imponen en tiempo oportuno la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.

Por lo mismo que es un derecho en formación, como generalmente se expresa, o un derecho joven o reciente, como también se ha dicho, no siempre resulta convincente en sus construcciones. Sus

¹⁴ Gordillo, *Ibid.* pág. V- 10-11

hipótesis y conjeturas resultan frágiles ante la contrastación con la experiencia, en la medida que los principios explicados en los libros, como derivación razonada del derecho legislado y aplicado por los tribunales, no llevan a una administración respetuosa de los derechos, y que la arbitrariedad administrativa subsiste a despecho, o al amparo, de las teorías. Nuevas conjeturas e hipótesis son así constantemente necesarias.¹⁴

21.- Normas de Derecho Público:

Estaría de más introducirnos de forma peregrina a abordar a profundidad los criterios, postulados y teorías existentes, para diferenciar cuando estamos ante normas de derecho público y cuando frente a normas de derecho privado, siendo ésta una cuestión tan debatida dentro de la literatura jurídica, (así el Alemán Hollinger, cita 104 teorías intentando matizar la distinción entre ambas ramas del derecho). Sin embargo, haremos una breve y somera aplicación sobre las teorías que consideramos, a nuestro juicio, más pertinentes y aceptadas por la doctrina moderna.

En primer lugar se afirma que son normas de derecho privado aquellas normas que se refieren a relaciones jurídicas entre particulares, o entre entes gubernamentales y los particulares, cuando aquellos no actúan en el ejercicio del "ius imperium".

También se dice que las normas relacionadas con el ejercicio del poder público -las que hacen a la República- son de Derecho Público.

Otro criterio de distinción útil es el que se fija en la naturaleza del bien jurídico tutelado, según este aproveche a la colectividad o a las personas particulares.

Asimismo existirá un criterio de diferenciación en cuanto las partes puedan o no pronunciarse en forma distinta a la norma, siendo de derecho público cuando les esté prohibido pactar en contrario y siendo de derecho privado cuando les sea permitido; teoría que es correlativa a la de "ius cogens" «derecho obligatorio» y al "ius dispositivum", «derecho dispositivo»¹⁵.

Ahora bien, la simple existencia de normas imperativas que desplacen el "ius dispositivum", no nos pone en presencia de Derecho Público Administrativo. Para que este fenómeno se produzca es preciso que aparezca en escena el Estado, actuando justamente a través de sus órganos administrativos, dispuesto a tutelar con su intervención el interés que la norma declara. Esto tiene, además, una consecuencia orgánica importante, que, como criterio práctico, sirve a la distinción que nos ocupa: la obligatoriedad del derecho privado es declarada por los tribunales de justicia, siempre que ello sea pe-

¹⁵ Eduardo Mayora Alvarado, Teoría Constitucional para una Sociedad Libre, págs. 16 y sigs.

¹⁶ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, pág. 133.

¹⁷ Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, t. I, pág. 64.

dido por el particular; en cambio, la obligatoriedad del Derecho Público es declarada por la Administración.¹⁶

A manera de acotación podemos decir que una norma tendrá carácter jurídico-público cuando se refiera a relaciones o situaciones en que necesariamente, o sea, según el contenido de aquella, esté implicada la participación de un ente público. De esta forma encontrarán acomodo dentro del Derecho administrativo, no sólo aquellos preceptos que atribuyan a la Administración prerrogativas que por sí mismas puedan ejercitar, sino también las que regulan su organización, o se ocupan de relaciones que se desarrollan en una situación de paridad entre dos entes públicos que, a través de tales relaciones, perciben de forma inmediata y directa una finalidad pública.¹⁷

22.- **El Derecho de una Actividad Estatal**

En cuanto a lo que ha de entenderse por función administrativa nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo I sobre tal tema.

No obstante, hemos de manifestar que nos apartamos de la idea de entender a nuestro derecho como el regulador de un sujeto llamado Administración Pública; creemos aceptable, a la realidad salvadoreña, que el objeto de su estudio es precisamente una actividad estatal de naturaleza admi-

nistrativa, sea o no realizada por entidades administrativas.

La privatización de los servicios públicos, muy de moda en el nuevo siglo, es un argumento sólido para abandonar el criterio orgánico en la conceptualización del derecho administrativo.

De suyo viene entonces, que el Derecho Administrativo estudiará toda la actividad administrativa que realicen todas las entidades del Estado, abarcando además a sujetos particulares cuando estos ejercen funciones públicas; como por ejemplo, todas las empresas particulares que en la actualidad prestan el servicio telefónico en nuestro país¹⁸.

23.- **Relación con los Particulares, Interorgánicas e Interadministrativas:**

En este orden, dado que el derecho administrativo forma parte del derecho público, ya que, en él las entidades administrativas gozan de una serie de prerrogativas, que las colocan frente a otros sujetos en un plano de superioridad, esto hace que la relación con los particulares sea en un plano de subordinación y no de coordinación como en el régimen de derecho privado. Empero, la relación Administración-Administrado, puede presentarse de diferente forma; en algunos casos, el particular goza o se beneficia de prestaciones administrativas, como es la prestación de los servicios públicos; en otros, los particulares se constituyen colaboradores de la administración, como son los concesio-

¹⁸ Art. 7 de la Ley de Telecomunicaciones

narios de los servicios públicos, los contratistas de obras públicas, etc...; y por último, la relación más polémica, que se constituye cuando las actuaciones administrativas lesionan el patrimonio de los administrados, así tenemos las multas administrativas, denegaciones o revocaciones de permisos o licencias, etc.

Pero la relación que estudia el derecho administrativo, no incumbe únicamente al binomio Administración-Particular, sino además a las vinculaciones interorgánicas e interadministrativas. La primera se refiere a las relaciones internas de un mismo organismo o entidad; en cambio la segunda está relacionada a la interacción entre dos entidades administrativas diferentes. Una es interna o doméstica, como lo son las relaciones que podrían presentarse entre el Alcalde y el Síndico o cualquier otro Funcionario Municipal; la otra corresponde a una actividad externa de la administración: los conflictos de competencia que podrían presentarse entre el Municipio y la Administración Central.

24.- COLOFÓN

Hemos tratado de explicar lacónicamente, un concepto de derecho administrativo, de los cuales existirán tantos como administrativistas laureados y aficionados a este derecho hayan. Nosotros pensamos que, habiendo transcurrido más de doscientos años después de la Revolución Francesa, a estas alturas, ya es posible sintetizar una teoría

general del derecho administrativo, sobre todo en el campo de "facultades" versus "libertades". Empero siempre el derecho administrativo seguirá siendo un derecho en formación y expansión, engendrando y alimentando otros derechos como el aeronáutico, el de las telecomunicaciones, tributario, municipal etc.

Ante un escenario tan voluble, creemos que, sin perjuicio de la aplicación de principios universales, la conceptualización del derecho administrativo, dependerá del ordenamiento jurídico de cada Estado y, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo del mismo, ya que es innegable que este derecho se nutre de las fuentes jurisprudenciales del Consejo de Estado Francés, por lo que será su homólogo de cada país el que vaya, por medio de sus sentencias, estableciendo las fronteras del objeto del derecho administrativo nacional.

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y
EL SISTEMA ANGLOSAJON

- 25.- **Introducción al tema:** Los modelos administrativos, tienen dos vertientes, por una parte los estados que han tomado como punto de partida para la construcción de su sistema jurídico y político los principios de la revolución francesa, (régimen administrativo ó "droit administratif"), en donde la administración se encuentra supeditada a normas especiales de derecho administrativo; y en segundo lugar el sistema anglosajón del "rule of law" cuya acta de nacimiento data de la llamada gran "Revolución Gloriosa" en Inglaterra (1688). En ella se consigue transformar el régimen monárquico absolutista dominante a la fecha, por una monarquía constitucional y parlamentaria; en dicho sistema la administración está sometida al derecho común (common law).
- 26.- **El sistema Anglosajón según Dicey:** Es a partir del siglo XIX que los ingleses empiezan a construir un Estado de Derecho; al gobierno británico, como ya lo habíamos anticipado, no lo encontramos subordinado a normas de derecho público, sino al derecho privado y común. Dicho sistema conocido como "rule of law" (imperio de la ley o igualdad

ante la ley ordinaria) según el término acuñado por Dicey¹⁹, cuyas ideas han tenido un enorme impacto en la doctrina, en el estudio comparativo entre el sistema administrativo anglosajón y el método de derecho administrativo (droit administratif). De acuerdo a Dicey, el "rule of law" significa, entre otras cosas, la igualdad ante la ley o la igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país, administrada por los tribunales ordinarios.

Según dicho autor, el régimen administrativo (droit administratif) significará lo inverso de tales exigencias, por dos razones fundamentales: primero porque el Gobierno y los sujetos que lo representan gozan de un buen número de privilegios y potestades en relación a los particulares y tales prerrogativas están reguladas por normas de naturaleza distinta a las que reglamentan los derechos de los administrados. Y segundo, porque en este sistema el Gobierno y sus funcionarios no están bajo la competencia de los tribunales comunes.

Además de lo anterior, el régimen administrativo es distinto del sistema anglosajón; diferencia que tiene su soporte básico en que, en el primero, las controversias que se suscitan entre los particulares y el Estado son conocidos por tribunales especiales y no por los juzgados ordinarios. Por otro lado, las relaciones entre los ciudadanos y los órganos gubernamentales se regulan por normas substancial-

¹⁹ Para un resumen de las ideas de Dicey: Pantoja Bauzá, Rolando. El Derecho Administrativo (Clasismo y Modernidad), p. 24-28

²⁰ Sobre el autor, M. Hauriou y su obra Précis de droit administratif et de droit public, puede revisarse Obras escogidas, trad. Esp. Santamaría Pastor y Muñoz Machado, Madrid, 1976.

mente disímiles de los que regulan las que se dan entre los particulares; por ende, según las ideas de Dicey, no existe derecho administrativo en el sistema anglosajón.

27.- Diferencias fundamentales entre el rule of law y el régimen administrativo de acuerdo a Hauriou: Por su parte, el celebre administrativista francés Hauriou²⁰ sostiene que todos los Estados modernos asumen funciones administrativas, pero no todos poseen el régimen administrativo. La diferencia entre el régimen administrativo y el "rule of law", se denota en los siguientes aspectos: la organización administrativa, las facultades de la Administración y los tribunales competentes para conocer de los litigios en que aquella interviene.

Encontrando dicho autor las diferencias subsecuentes:

- a. En el primer sentido, afirma que la Administración inglesa se encuentra firmemente descentralizada, en cambio en el régimen administrativo está fuertemente centralizada
- b. En el segundo aspecto, en el sistema anglosajón la Administración se halla sometida a las mismas leyes que los particulares, por lo que carece de prerrogativas; en el régimen administrativo por el contrario, existe un poder jurídico revestido de privilegios, entre los que se

destacan los de ejecutividad y acción de oficio; los cuales, a su vez, constituyen las dos vertientes sobre las que se proyecta el privilegio de autotutela de la Administración. En su virtud, ésta puede ejecutar sus resoluciones y disposiciones sin necesidad del auxilio de los Tribunales.

- c. En cuanto al tercer elemento que toma en consideración, advierte que la Administración en Inglaterra se encuentra sometida a los tribunales ordinarios; acontece de forma opuesta en el régimen droit administratif, en que su actuación es conocida por tribunales especiales.

28.- LA METAMORFOSIS ACTUAL DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN²¹

a) La Decadencia de la Descentralización:

A inicios del siglo XIX a raíz de una serie de corrientes sociales y políticas, los municipios en Inglaterra adquieren una importante autonomía frente al Estado central, desbaratándose la facultad de control que tenía éste frente los primeros, poniéndose en boga una trascendental descentralización. Sin embargo, esta tendencia entra en decadencia a partir del siglo anterior poniéndose en marcha una pauta centralista en el Estado inglés. (La crisis del Self-Government)

b) La Potestades y Prerrogativas de la administra-

²¹ Sobre esta temática hemos tomado como base el depurado trabajo de Entrena Cuesta, *Ibid.* Págs. 57 y siguientes...

ción:

En cuanto a la posibilidad de que la Administración Inglesa goce de *prerrogativas*, podemos decir que el fenómeno de la legislación delegada en Inglaterra no es una situación novedosa, sino data de 1834, con la promulgación de la Ley de Pobres. Con esta legislación se viene confiriendo al poder ejecutivo la facultad de dictar disposiciones de carácter general, con tal extensión que este fenómeno, añadido a la existencia de los tribunales administrativos, determinó el nombramiento de la Comisión sobre los poderes de los ministros en 1930. Desde dicha fecha se ha reducido algo esta práctica, pero no ha desaparecido, existiendo también en el sistema estadounidense, bajo este mismo mecanismo de delegación por la ley, una especie de facultad reglamentaria.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto como los Actos de la Administración en Inglaterra son ejecutorios, sin que su ejecución se suspenda, incluso cuando se recurre contra los mismos. Sólo una vez que los tribunales dicten una orden expresa en contrario dejarán de tener los actos administrativos dicho carácter. En Estado Unidos, por regla general, las providencias administrativas carecen de ejecutoriedad: esto significa que es necesario dirigirse a los tribu-

nales para hacerlas efectivas; no obstante existen varios casos excepcionales en que la ley le otorga esa potestad al ente administrativo.

En los Estados Unidos las denominadas "Public Utilities" (que son entes privados) prestan las actividades que nosotros conocemos como servicios públicos, y debido al interés general en juego, están sometidas a una normativa de carácter administrativa. Además, en el régimen anglosajón, para emitir una orden administrativa o conceder una autorización debe seguirse previamente el debido proceso legal ("due process of law").

En cuanto a la responsabilidad, recae principalmente sobre el funcionario que en el ejercicio de su cargo causa un daño ilegítimo al particular, aminorando la del Estado; no obstante ello, en Norteamérica a partir de mediados del siglo pasado ha progresado hacia una responsabilidad subjetiva del Estado siempre que se establezca una culpa.

De lo anterior se puede colegir, que tanto en Inglaterra como en los Estado Unidos existen una serie de normas que atribuyen a la Administración prerrogativas del mismo tipo de las que ésta posee en los países que poseen un régimen administrativo. Lo que equivale a afirmar la existencia del Derecho administrativo en aquellos países.

- c) El control jurisdiccional de los actos administrativos en el régimen anglosajón:

En relación al mecanismo de control jurisdiccional de los actos de la Administración anglosajona, cuando la Administración se desempeña en el campo del derecho público - como cuando presta el servicio de enseñanza, los seguros sociales o expropia, etc.- si bien es cierto, que conocen los tribunales comunes, pero con procedimientos y normas especiales, diferentes que cuando se dirimen conflictos en situaciones de derecho privado. Para controlar a la Administración se ha partido de la ficción de considerarla como un tribunal inferior, y, en consecuencia, los tribunales ordinarios han empleado frente a ella las medidas que tradicionalmente usaban para controlar a tales tribunales.

Hay que mencionar de forma especial también que desde finales del siglo XIX, florecen cada vez con más intensidad abundantes tribunales administrativos de diversa composición, cuyas normas de actuación son también diferentes, y que surgen para conocer de las contiendas que se suscitan acerca de materias específicas. Resulta difícil encontrar una nueva disposición de naturaleza social o económica que no venga a aumentar su número; tan crecido ya, que en un apéndice del "Tribunals and Inquiries Act", de

1958, se contienen los nombres de más de cincuenta categorías de tribunales, algunas de las cuales comprenden varios centenares de estos.

Ahora bien, la existencia de los tribunales administrativos no supone que se dé una jurisdicción contencioso-administrativa estructural con arreglo al sistema administrativo. La naturaleza de tales tribunales es muy diversa, y en la mayoría de las ocasiones su actividad ofrece mayor paralelismo con nuestros recursos en vía gubernativa que con un auténtico proceso administrativo. Más que como manifestación de una jurisdicción contencioso-administrativa, deben por ello considerarse como el testimonio del ejercicio, por parte de la Administración, de unas facultades jurisdiccionales que le son necesarias.

29.- **Diferencias actuales entre el régimen anglosajón y el sistema administrativo:**

No obstante lo anterior, persisten diferencias entre el régimen anglosajón y el sistema administrativo, siendo las principales discrepancias las siguientes:

- a. Las prerrogativas de la Administración Inglesa son inferiores a las conferidas a las Administraciones reguladas en un sistema administrativo
- b. Son menores las garantías del ciudadano anglosajón frente a la Administración, que las de los

ciudadanos continentales. Así, en el sistema anglosajón, existen inferiores mecanismos de tutela del administrado frente a la Administración.

30.- **Presencia Mundial del Derecho Administrativo:**

En un estado con régimen liberal constitucional, los Funcionarios Administradores se hallan sometidos al principio de legalidad; no obstante, enfatizábamos que en los países en donde impera el "rule of law", la Administración estaba sometida al Derecho privado. Lo contrario ocurría en los países del régimen administrativo, donde la misma se encuentra sometida al Derecho administrativo. De lo dicho creemos que hemos puesto de manifiesto la quiebra de ésta contraposición. Hoy no puede mantenerse que exista país alguno donde la Administración se encuentra sometida al derecho privado. En todos los países occidentales se da el Derecho Administrativo, y se da esta rama del Derecho, porque en todos ellos nos encontramos con una serie de normas presididas por la idea de coordinar las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares. No puede, por tanto, mantenerse en la actualidad la existencia de dos sistemas de sometimiento de la Administración al Derecho, ello no es viable con la realidad actual, dado que el derecho administrativo (con sus distintos matices locales) es hoy por hoy, un derecho mundial.

31.- **En conclusión**, en el presente las diferencias que

se dan en cuanto al sometimiento de la Administración al Derecho en los países que se encuadran al sistema de "rule of law" y los que se adscriben al del régimen administrativo son sólo cuantitativas.

Ello es así porque a diferencia a lo que ha ocurrido en la Europa continental, donde se ha partido de estimar que la Administración tenía que someterse a unas reglas distintas de las que regulan las relaciones entre los particulares, los ingleses, que gustan de "beber el vino nuevo en los odres viejos", han pretendido que la Administración continuase sometida a las mismas normas jurídicas que tradicionalmente regularon su actividad. Por ello, el principio general de que se parte es el del sometimiento de la Administración al Derecho privado, y las rupturas de este principio constituyen eso, simples quiebras, excepciones a las normas jurídicas generales; por lo que no ha llegado a estructurarse un verdadero sistema de Derecho administrativo. No se ha considerado el derecho administrativo como el ordenamiento jurídico común y normal de

²² Entrena Cuesta, op. cit. t. I., pág. 62

la Administración pública. Es un ordenamiento jurídico que se aplica en ocasiones, pero que cuando fallan sus reglas se integran con normas de Derecho privado. El Derecho administrativo es en Inglaterra un Derecho Especial, de la Administración; derecho especial que, como tal, se aplica sólo en casos concretos.

Así, no debe extrañar que no se hayan elaborado todavía suficientemente ninguna de sus dos vertientes. No existe ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina de los autores, una construcción armónica de las prerrogativas de la Administración y de las garantías de los particulares. En este sentido la situación del Derecho administrativo inglés nos recuerda la del continental durante el siglo XIX. El mismo Dicey, cuando estudiaba la evolución del Derecho administrativo francés, pone de manifiesto como a medida que pasan los años se va perfeccionando, judicializando, se van armonizando, definitivamente, los intereses de la Administración y de los particulares. Existe, pues, Derecho Administrativo, pero es un Derecho Administrativo de menor madurez política y doctrinal que la del que es habitual a los países que siguen el planteamiento original de los franceses del "droit administratif".

22

²³ Decreto legislativo número 81 de 1978, con vigencia a partir del primero de enero de 1979.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO

32.- **Generalidades:** Resultan valiosas las consideraciones hechas en el Capítulo anterior para poder hacer una descripción global sobre el régimen administrativo salvadoreño. Para tal efecto habrá que recordar que a partir de la Constitución de 1950, base fundamental de las Constituciones posteriores de 1962 y 1983, el constituyente deja sentada la posibilidad de que el órgano judicial del Estado de El Salvador, cuente con una jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, no es sino hasta enero de 1979²³, que se cumple con dicha aspiración, erigiéndose la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Esto constituye posiblemente el hecho histórico forense más importante del siglo pasado en nuestro país, ya que antes de ello no existía un mecanismo judicial idóneo y especializado – a parte del Amparo Constitucional – que nos permitiera impugnar las resoluciones de las Autoridades Administrativas; pues bien, sólo a partir de esa fecha creemos que podemos hablar de “La Génesis” de un Régimen Administrativo completo, en donde se establecen las prerrogativas de la administración, y de la existencia de un mecanismo jurisdiccional de tutela a favor de los administrados.

Sin lugar a dudas la expectativa jurídica de nuestro Estado, es el de instaurar un régimen de normas y principios especiales para la Administración Pública, cuyo fundamento es el sistema francés, paradigma de la Europa Continental y de los países de América Latina. Empero, tal anhelo se ha visto frustrado por la poca voluntad de los órganos del gobierno a legislar adecuadamente sobre el tema, creándose una serie de vacíos normativos que han hecho nacer y crecer a un verdadero “mutante jurídico” con lunares del sistema anglosajón.

33.- Características propias del sistema administrativo salvadoreño:

Algunas de las características del “híbrido criollo” sistema administrativo salvadoreño, son:

a. *La justicia administrativa.*

En El Salvador la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, crea una Sala que forma parte de la Corte Suprema de Justicia, única en su naturaleza. Pero su competencia está circunscrita exclusivamente a los actos administrativos propiamente dichos, dejando por fuera el conocimiento de otras providencias de la Administración Pública, como lo son las actuacio-

²⁴ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Art. 2.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.

Ley Orgánica Judicial Art. 56.- Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo conocer de las controversias que se susciten en relación a la legalidad de los actos de la administración pública; y los demás asuntos que determinen las leyes.

²⁵ Decreto Legislativo 868 de 2000, con vigencia a partir de julio de ese mismo año.

nes materiales, los contratos administrativos, la inactividad de la Administración Pública, los actos políticos o de gobierno, los reglamentos, etc. (Arts. 2 de la L.J.C.A. y 56 de la Ley Orgánica Judicial).²⁴

Como vemos, la competencia de nuestro contencioso administrativo es sumamente limitada, teniendo que discutirse la legalidad de muchas de las actuaciones de la administración ante los tribunales ordinarios, o a través de un amparo constitucional, si es que se reclama la inconstitucionalidad de la providencia.

Sobre el particular, debe expresarse que las Cámaras de Segunda Instancia de la capital, de acuerdo a la materia, conocen en primera instancia de los juicios contra el Estado; y en segunda instancia conoce la respectiva Sala de la Corte Suprema de Justicia. (Artículos 184 Cn. y 49 Pr. C.).

En materia de contratos administrativos, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública²⁵, señala que para resolver las diferencias o conflictos que surjan en la ejecución de los contratos, se deberá recurrir previamente al arreglo directo, y de no obtenerse una solución al diferendo, se procederá al arbitraje de árbitros arbitradores, siguiéndose el procedimiento especial estipulado en dicha ley administrativa y subsidiariamente en la Ley de

Mediación Conciliación y Arbitraje.

Formalmente la Constitución, la L.J.C.A. y la ley Orgánica Judicial, formulan un planteamiento en el sentido que exista un tribunal especial que conozca de los conflictos contra la Administración Pública; sin embargo, por la misma limitante de su competencia, podemos colegir, que muchas de las actuaciones de los Órganos Administrativos deben ser discutidos por los tribunales ordinarios, muy al estilo del régimen anglosajón del "rule of law".

b. Ejecutoriedad de los Actos Administrativos:

Una de las características de un régimen administrativo puro, es que los actos administrativos gocen de presunción de legitimidad y sean ejecutorios "per se"; es decir, que la misma administración por sí y ante sí pueda ejecutarlos o hacerlos efectivos aún de forma forzosa, que es la llamada prerrogativa de autotutela.

En El Salvador, ni la Constitución de la República, ni ninguna ley secundaria, le otorga a la Administración dicho privilegio de forma genérica; por ende, en respeto al principio de legalidad, la regla general es que la entidad administrativa debe necesariamente acudir ante los tribunales ordinarios a hacer efectivo el acto admi-

²⁴ Eduardo Gamero Casado, Monografía de Derecho Administrativo, páginas 136-140.

nistrativo correspondiente. De acuerdo al derecho común las resoluciones administrativas constituyen documentos auténticos que traen aparejada ejecución (Arts. 260 y 587 ordinales 2º Pr. C.).

Es necesario aclarar que en algunos casos, de forma expresa y excepcional algunas leyes administrativas especiales para situaciones concretas, le otorgan a ciertos actos administrativos la ejecutoriedad de los mismos. Pese a ello, a nuestro juicio, esas situaciones constituyen meras excepciones a la regla general planteada en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

El español Eduardo Gamero Casado²⁶ en su obra *Derecho Administrativo Monografías*, diciendo de lo expuesto por el suscrito, al señalar que existe en todos los operadores jurídicos una creencia bastante extendida de que las leyes salvadoreñas no reconocen la posibilidad de ejecutar de oficio los actos administrativos. Un análisis detenido del ordenamiento nos desmiente esta impresión, y demuestra la existencia de una gran variedad de supuestos en que se apodera a la Administración con el privilegio de la autotutela ejecutiva. Es oportuno citar como ejemplo el Art. 44 ordinal 2º, de la Ley del Servicio Civil: "las multas se deducirán del sueldo que devengue el responsable". Éste

es un claro ejemplo de auto ejecutoriedad que encuentra perfecta aplicación práctica, y demuestra no sólo que esta potestad existe en El Salvador, sino que es objeto de aplicación masiva e incuestionada por los afectados. Otro ejemplo que puede citarse es el Art. 87, Ley de la Carrera Docente, establece que: "Las sanciones impuestas se ejecutaran por las Juntas de la Carrera Docente, tres días hábiles después de que se haya notificado la sentencia sin que se haya recurrido de ella". El Art. 48 de la Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares dispone que "Toda arma que carezca de permiso, será decomisada y deberá remitirse de inmediato al Ministerio de la Defensa Nacional". El Art. 63 de la Ley de Migración contempla que "El Ministerio del Interior podrá, por motivos discrecionalmente calificados, acordar la expulsión de cualquier extranjero cuya presencia sea contraria a los intereses nacionales. El procedimiento será gubernativo". El Derecho Municipal y las disposiciones aplicables a las Municipalidades contienen asimismo gran cantidad de cláusulas apoderativas de la ejecución de oficio. En primer lugar, y en sentido genérico, el Art. 134 del Código Municipal permite ejecutar de oficio todos los incumplimientos de las normas en que hayan incurrido los vecinos: "Siempre que el obligado se negare a cumplir con el

mandato consignado en una ordenanza, reglamento o acuerdo municipal, el Concejo podrá, sin perjuicio de la sanción correspondiente, ejecutar o realizar la obligación del omiso, cargando a la cuenta de éste los gastos. El Concejo fijará plazos generales o específicos para el cumplimiento de las obligaciones y vencidos que fueren tendrá la potestad de acción directa establecida en el inciso anterior". Un ejemplo recurrente por su actualidad es el relativo a los casinos, que deben ser cerrados por la propia municipalidad sin necesidad de acudir al auxilio judicial. Todavía en la esfera local, el Art. 9 de la Ley de Urbanismo y Construcción dispone que, "Las Alcaldías respectivas, al igual que las autoridades de Obras Públicas, estarán obligadas a velar por el debido cumplimiento de lo preceptuado por este Decreto, debiendo proceder en sus casos, a la suspensión o demolición de obras que se estuvieren realizando en contravención a las leyes y reglamentos de la materia, todo a costa de los infractores, sin perjuicio de que la respectiva Alcaldía Municipal les pueda imponer por las violaciones a la presente ley y al reglamento respectivo multas de cien a quinientos colones exigibles gubernativamente". "Cuando la Dirección General de Urbanismo y Arquitectura y las Alcaldías Municipales soliciten el auxilio de los distintos cuerpos de seguridad para el cumplimiento de sus reso-

luciones o para evitar infracciones a la presente Ley y a las leyes y reglamentos relativos a construcciones, urbanizaciones, o a cualquier otro desarrollo físico, se les proporcionará de inmediato; también deberán colaborar con esa misma finalidad el resto de las instituciones gubernamentales, autónomas o edilicias involucradas en el desarrollo urbano". De otro lado, el Art. 316 Código de Salud permite adoptar medidas preventivas frente a las infracciones que presuntamente se hayan cometido contra la salud. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 24/3/98, exp. 126-M-95, confirma que nos encontramos en presencia de una potestad de ejecución de oficio, cuya aplicación sería válida siempre que concurriera su presupuesto de hecho. Igualmente, el Art. 67 Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado reconoce el derecho de cobrar las obligaciones tributarias declaradas. En su inciso segundo afirma que el procedimiento de cobro se determinará reglamentariamente. El problema reside en que el Art. 102 del Reglamento establece que el procedimiento a seguir en caso de impago por el moroso será la remisión de la certificación de la deuda por la Dirección General al Fiscal General de la República, para que realice su cobro por vía ejecutoria. Se observa aquí que por vía reglamentaria la Administración renuncia a su

potestad de ejecución de oficio previamente declarada en la Ley. Bastaría con dictar una reforma del reglamento que modificase este procedimiento para que la Dirección General pueda ejecutar el cobro por vía gubernativa. Existen ejemplos en que las leyes no apoderan con la ejecutoriedad. Así, el Art. 238 del Reglamento General de Tránsito afirma que las sanciones tendrán únicamente fuerza ejecutiva (no ejecutoria) y serán ratificadas por el Tribunal competente. En este caso la Dirección General de Tránsito no puede proceder al cobro de las multas por vía de oficio. En el mismo sentido, el Art. 43 de la Ley de Protección al Consumidor establece que las sanciones en esta materia serán comunicadas a la Fiscalía General de la República, para su ejecución por los procedimientos comunes. Aunque existan supuestos en que el ordenamiento jurídico no apodere con la ejecutoriedad de los actos administrativos, hemos observado que concurren gran cantidad de casos en que las leyes sí habilitan a la Administración con la ejecución de oficio. La existencia de un modelo de Derecho Administrativo persigue justamente el objetivo de que los actos administrativos sean ejecutados por la Administración cuando no exista un cumplimiento voluntario por parte de sus destinatarios.

Verdaderamente es innegable que nuestro ordenamiento plantea casos muy interesantes, de

autotutela de la administración, pero insistimos que al no existir una facultad genérica en tal sentido, esto será la excepción y no la regla general, dado que, para cada caso debe existir una norma expresa que habilite a la autoridad administrativa a ejecutar sus propios actos, sin necesidad de acudir al órgano judicial.

c. ***Régimen de responsabilidad de los funcionarios de la Administración:***

El fundamento del sistema de responsabilidad de los funcionarios públicos salvadoreños lo encontramos en el Art. 245 Cn. que señala que "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución".

En igual sentido, el artículo 34 inciso 2º de la LJCA, expresa que "si la sentencia no pudiese cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración."

Sobre la interpretación correcta de las disposiciones citadas vale traer a cuenta lo señalado por la Sala de lo Constitucional, que ha dejado

sentado que:

- I. «La responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio (...) no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de la conducta del funcionario; ya que, si bien es cierto que la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales —artículo 235 de la Constitución—, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no esté, sea porque la ley secundaria no desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional (ya que) el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y

en cumplimiento a sus disposiciones».

- II. En relación a los parámetros de apreciación de la responsabilidad de los Funcionarios Públicos: «dicha responsabilidad debe apreciarse a partir de ciertos aspectos fácticos, como son: la extralimitación o cumplimiento irregular de las atribuciones, negligencia inexcusable, ausencia de potestad legal, malicia, previsibilidad del daño, o anormalidad del perjuicio».
- III. Sobre la subsidiaridad y la naturaleza de la responsabilidad del Estado: «la calidad subsidiaria de la responsabilidad estatal surge no sólo ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario, sino también cuando a éste no es dable imputársele culpa alguna. La responsabilidad del Estado, contraria a la del funcionario, deviene en objetiva, pues aquél no posee una voluntad única, consciente y libre, por lo que no puede actuar dolosa o culpablemente»²⁷.

También debe considerarse que, a nuestro criterio, bajo la base de la jurisprudencia aludida, sobre la responsabilidad de los funcionarios y del Estado, aún se encuentra vigente el decreto legislativo preconstitucional denominado Ley Sobre Reclamaciones Pecuniarias de Ex-

²⁷ Como ejemplo citaremos: Ley de Carreteras y Caminos Vecinales; Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; Ley Orgánica de Aviación Civil; Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo; Decreto de Creación del Centro Nacional de Registro y su Régimen Administrativo; Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, etc.

²⁷ Sentencia de 26-VIII-1998, Amp. 317-97

²⁸ D.L., del 10 de mayo de 1910; D.O. N. 128, tomo 68, 3 de junio de 1910. (Ver el Anexo 1)

tranjeros y Nacionales Contra la Nación²⁸. Dicha normativa plantea que El Gobierno (La Administración), bajo ciertos supuestos es responsable civilmente hacia los particulares, por los actos o procedimientos de sus autoridades o funcionarios. Particularmente entendemos por el desarrollo de la mencionada ley, que cuando la misma alude a actos, se refiere tanto a actos administrativos como a actos materiales de la administración.

d. ***El procedimiento administrativo y la facultad sancionadora:***

En El Salvador por asombrosa omisión no existe en la actualidad una ley general de procedimientos administrativos, si no que cada organismo administrativo tiene asignado a través de su ley orgánica o reglamentos internos el trámite a seguir para cada caso en concreto.²⁹

No existe pues en nuestro país un procedimiento administrativo común y un sistema jurídico universal de responsabilidad de las entidades administrativas. Esta situación genera enormes lagunas en temas tan esenciales para el Estado y sus ciudadanos como lo son la organización administrativa, la actividad de la administración, el régimen de los actos administrativos, el procedimiento y los recursos en sede administrativa.

Ante tal carencia, cuando las entidades admi-

nistrativas en sus procedimientos encuentran lagunas o vacíos jurídicos, subsidiariamente aplican el Código de Procedimientos Civiles en lo que no riña con los principios y normas fundamentales del derecho administrativo; ello a fin de darle estricto cumplimiento al artículo 11 de nuestra Constitución, que señala que ninguna persona puede ser privada de sus derechos sin ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes cumpliendo con ello la garantía del debido proceso legal.

Considerando, pues, que luego de la Constitución de la República el segundo pilar mas fuerte de un Estado de Derecho con régimen administrativo lo constituye la ley de procedimientos administrativos, es grave para el sistema jurídico-político de El Salvador que, a estas alturas en su evolución social y política, no se cuente con un cuerpo normativo tan trascendental como éste; mediante el cual se uniformen todos los procedimientos administrativos, garantizando el eficaz cumplimiento del fin ulterior de la administración y el respeto de los derechos subjetivos e interés legítimo de los ciudadanos.

En cuanto a la facultad sancionatoria de la Administración, el artículo 14 Cn., nos dice que: "Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la au-

toridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.”

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dilucidó extensamente el contenido del Art. 14 Cn., en cuanto a la potestad sancionatoria de la administración, al determinar que: “la existencia de una potestad sancionadora de la administración es necesaria e indiscutible para el adecuado cumplimiento de la función administrativa (...); uno de los criterios para la interpretación del Art. 14 Cn. es el enfoque sistemático, visualizado por otros tratadistas como el principio de unidad de la Constitución. A la luz de este principio, la Constitución debe interpretarse siempre como un cuerpo o conjunto orgánico y sistemático (...) integrado por reglas y principios racionales e inseparablemente vinculados entre sí (...), por lo cual ninguna de sus cláusulas debe considerarse aislada, ni superfluamente sino como parte de un sistema”. Además, en dicha resolución se explicó: que “este punto se trae a cuento, porque al realizar una revisión integral

de la Constitución vigente, se encuentran otras disposiciones que, de forma expresa o implícita, atribuyen a la administración pública potestades sancionatorias diferentes a las indicadas en el Art. 14 Cn., por ejemplo, el Art. 68 Cn., al referirse a las potestades administrativas del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia, señala en su inciso segundo que estos organismos tendrán facultad para suspender en el ejercicio profesional a los miembros del gremio bajo su control, cuando ejerzan su profesión con manifiesta inmoralidad o incapacidad. Asimismo el Art. 182 Cn., al establecer las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, señala en la n° 12, que ésta podrá suspender o inhabilitar a los abogados autorizados por los motivos previstos (...)”³⁰. Por su parte la Sala de lo Constitucional comparte el criterio sostenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el sentido que debe quedar establecido que el Art. 14 Cn., al regular y atribuir a la autoridad administrativa la potestad de sancionar mediante arresto o multa las contravenciones, de ninguna manera tiene carácter excluyente o restrictivo, como para sostener, que una autoridad (...) en el ejercicio de la función administrativa que naturalmente le compete, no puede ser facultada legalmente para imponer otra especie de sanciones ante las contravenciones correspondientes. Y es

³⁰ Sentencia 149-M-99, dictada a las doce horas del 19-XII-2000

que (...), 'tanto el arresto como la multa han sido consideradas como penas en la legislación o Derecho Penal. Esa circunstancia fue considerada indudablemente por el constituyente salvadoreño en la formulación del Art. 14 Cn., y es el supuesto de la expresión que sigue a la regla general de que corresponde únicamente al órgano judicial la facultad de imponer penas. En efecto, la expresión que le sigue: No obstante, usada en la segunda parte del Art. 14 Cn., para facultar a la autoridad administrativa la imposición de sanciones como el arresto y la multa, por las contravenciones a las leyes o normas administrativas, sólo implica el recordatorio del origen penal de esas sanciones, pero de ninguna manera, que se erija como la base para sostener, que son las únicas sanciones administrativas que la Constitución faculta a la autoridad administrativa en ejercicio de sus atribuciones legales. Esta interpretación, como se colige, abona a considerar que la Administración posee una amplia gama –que requiere evidentemente del respeto al principio de legalidad, reserva de ley y tipicidad– de posibilidades para desplegar su potestad sancionatoria. Expuesto todo lo anterior, se concluye que las potestades excepcionales de imponer arresto o multa, conferidas a la Administración, deben entenderse en concordancia con toda la Cons-

titución, y no en forma aislada; de lo cual se colige que dichas medidas excepcionales se refieren estrictamente al orden del Derecho Penal. Por lo anterior es pertinente recalcar que la potestad sancionatoria concedida a la Administración no se limita a lo taxativamente expuesto por el Art. 14 Cn., dado que lo prescrito en cuanto al arresto y la multa son potestades punitivas de la Administración pero en materia penal, y no administrativo sancionatoria, pues partir del supuesto que la Administración en el resto de sus campos no puede sancionar a los administrados que incumplen la ley, sería quitarle la potestad de imperium contenida en la Constitución, al dejarla sin formas eficaces de hacer cumplir el ordenamiento jurídico"³¹.

Coincidimos con el contenido de las sentencias citadas, ya que nuestra ley primaria da pautas claras que evidencian que la Administración tiene la potestad de sancionar a los administrados por infracciones en las normas jurídicas; pero creemos que dicha prerrogativa debe estar establecida en una ley secundaria, ya que, a nuestro juicio, implícitamente hay reserva de ley en el tema sancionador, por lo que estaría proscrita su determinación vía reglamento.

No obstante, recientemente fallos jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, han establecido que en algunos casos

³¹ Sentencia de 23-IX-2000, Amparo 330-2000

pueden crearse sanciones administrativas en los reglamentos, postura que no compartimos por la razón antes manifestada.

En este sentido, dicho Tribunal ha expresado que en el Derecho Administrativo sancionador, ha de diferenciarse entre las sanciones cuyos efectos operen *“ad intra”* de la Administración, y aquellas que tengan un destinatario externo. Estas últimas persiguen un interés social y operan en el común de administrados; las primeras en cambio, atañen a la potestad disciplinaria que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados a su organización. Tales sanciones buscan mantener su disciplina interna, para lo cual se ha dotado a la Administración de un poder disciplinario correlativo, en virtud del cual puede imponer a sus agentes sanciones vinculadas normalmente al régimen funcional al que pertenecen. La doctrina sostiene que la peculiaridad de estas sanciones reside en el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propio funcionamiento. Se sostiene que tales sanciones: «...no son, en definitiva, más que sanciones administrativas calificadas por el tipo de relación jurídica sustantiva (que, a su vez, está en

función del tipo de organización y su fin propio) sobre el que operan: la relación de empleo público», y que: “Se explica así, el distinto alcance y, por tanto, el diferente régimen de la potestad disciplinaria en el seno de la Administración Pública”(…). en las sanciones relativas al régimen disciplinario: “El reglamento puede complementar lo dispuesto en la ley por relación a la tipificación de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes”, ya que: “resultaría exagerado imponer al legislador la carga de regular con todo detalle las infracciones y sanciones administrativas, o más en concreto, disciplinarias”. (...) En síntesis, su especial fin y naturaleza no permite aplicar de manera absoluta la premisa de reserva de ley en la tipificación de sanciones internas o de sujeción especial, sino, *será en cada caso que habrá de determinarse si la sanción regulada en reglamento es acorde a los principios y garantías constitucionales*.³².

34.- CONCLUSIÓN:

De lo exteriorizado se dilucida que en El Salvador estamos ante un régimen administrativo aun en formación, en donde, a pesar que existe un tribunal contencioso administrativo, su competencia como lo hemos demostrado es demasiada restringida, existiendo una excesiva remisión obligatoria al derecho privado y a los tribunales comunes.

³² Sentencia dictada a las doce horas de día cinco de mayo de dos mil tres, en el proceso referencia 49-F-2000 (Ver Anexo 2)

Además, introduciéndonos en una visión real, las acciones de tutela administrativa en la práctica son para una pequeña élite de la ciudadanía: sólo para aquellos que pueden costear un litigante especialista. El rol de la Procuraduría General de la República y de la Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos, linda en la mediocridad en este aspecto, quedando el ciudadano común, por falta de asesoría legal, a merced de los abusos de la Administración.

A nuestro juicio urgen mínimamente tres medidas inmediatas que El Salvador debe realizar si en verdad quiere erigir un verdadero régimen administrativo, primero dictar una ley general de procedimientos administrativos; segundo aumentar las actuaciones administrativas sujetas a control de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y tercero crear una unidad dentro de la Procuraduría General de la República que se especialice en el manejo de trámites y juicios administrativos. Con lo inicial se aseguran reglas claras para la Administración y los administrados, (equilibrio entre prerrogativas y derechos) y con lo último garantizamos que existirá una verdadera tutela judicial efectiva para los administrados, instituyendo un derecho administrativo que sea más que una quimera, para el ciudadano común.

CAPÍTULO V

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL
ESTADO SALVADOREÑO35.- **Formas de Distribución espacial de los Estados:**

Todo conjunto de individuos más o menos agrupado, requiere un mínimo de integración y orden, en donde exista un líder que coordine y dé lineamientos a seguir y los demás cumplan las tareas encomendadas; de otra forma, tendríamos una anarquía, que llevaría al fracaso al grupo en cuanto al logro de sus objetivos o metas. En palabras sabias y sencillas “una casa dividida no prevalece”

Este principio depurado técnicamente en la “división del trabajo” de la revolución industrial, es aplicable también al Estado; así, éste ente complejo, cuenta con una gama de estructuras diversas, según la forma de gobierno (distribución funcional del poder en sus distintos órganos: monarquía, aristocracia, democracia, teocracia) y de acuerdo a la forma de Estado (distribución espacial del poder: centralizado o descentralizado)

Las formas clásicas de Estados son: unitarios, confederados y federales, y últimamente con la influencia española se habla también de Estado autonómico. En términos más amplios podríamos también hablar de centralización y descentraliza-

ción.

- 36.- En un **Estado unitario** como El Salvador, los poderes políticos se hallan concentrados en un solo núcleo de autoridad; todos los habitantes de la República se encuentran sometidos a una soberanía y a un Régimen Jurídico central (Constitución, leyes etc.)
- 37.- En los **Estados confederados**, existe entre ellos un vínculo o unión creada mediante un Pacto o Tratado Internacional, cuyo objetivo es mantener la protección exterior y la paz interior. No obstante, los Estados miembros son soberanos y mantienen sus propias leyes y órganos de gobierno propios, esto implica que tienen el *Derecho de nulificación* esto es que cualquiera de estos Estados puede declarar nula una disposición que haya sido dictada por un órgano común confederado; y además el llamado *Derecho de secesión* que significa que los Estados se han reservado la facultad de retirarse libremente de la Confederación de Estados.
- 38.- El **Estado Federado**: Por otra parte, el **Federalismo** está formado por: Estados, Provincias o Regiones, en los cuales estos transfieren su soberanía al Estado federal creado y cada una de las provincias mantiene su autonomía, pero no son soberanas

³³ Bertrand Galindo, Tinetti, Manual de Derecho Constitucional, t. II, pág. 1025 y sigs.

³⁴ Eliseo Aja, El Estado Autonómico, pág. 18 y sigs.

(entiéndase por autonomía su facultad de dictar sus propias leyes). Nos dice Tinetti y Bertránd Galindo³³, que se trata de “una unión de estados de derecho político interno, investida de soberanía, que forma una unidad política. En otros términos, son generalmente estados antes soberanos y los cuales aceptan agruparse bajo una bandera única, abandonando parte de su competencia.”

En sus características encontramos un Derecho federal o nacional aplicable a todas las regiones o provincias miembros; además, éstas no tienen la facultad de nulificación ni de secesión, lo cual lo diferencia de la Confederación.

- 39.- **Diferencias entre Estado Unitario y Estado Federal:** Siguiendo a Eliseo Aja³⁴, podemos lacónicamente realizar una distinción ejemplificante entre Estado unitario y federal: el primero tiene un solo nivel de instituciones políticas, en cambio el segundo posee un doble nivel de Instituciones Políticas superpuestas, la federación y los Estados miembros o federados. En realidad, en todos los Estados, tanto en los unitarios como en los federales, existe otro nivel de instituciones: los poderes locales (los municipios principalmente), que aplican las leyes en su territorio y suelen tener cierta autonomía para la resolución de los problemas en su ámbito, pero siempre quedan sometidos a las leyes aprobadas por el Parlamento, de forma que, al referirnos al nivel único o doble de instituciones políticas, de-

jamós de lado la existencia del poder local.

En el Estado unitario existe una sola estructura de poder sobre todo el territorio, generalmente compuesta por un jefe del Estado, un Parlamento, un gobierno y una organización judicial. Por tanto, todos los ciudadanos y todo el territorio están vinculados por las mismas leyes, las mismas decisiones de gobierno y las mismas sentencias judiciales. Por ejemplo, en Francia o en Holanda, las mismas leyes se aplican a todos los ciudadanos en todos los rincones del Estado. Es el reino de la igualdad de derechos entre los ciudadanos, pero también de la uniformidad, que puede ser negativa si existen diferencias entre sectores de la población.

En cambio, en un sistema federal existen dos niveles de instituciones, la federación por una parte: Presidente, Parlamento y gobierno federales, a veces también algunos tribunales y los Estados por otra: Presidente, Parlamento y gobierno de cada uno de los Estados federados. Por ejemplo, en Estados Unidos, el Congreso aprueba en algunas materias leyes federales que obligan a todos los ciudadanos, pero los Parlamentos de los Estados de Nueva York o de California también aprueban leyes sobre otras materias que obligan a sus ciudadanos. En Alemania, todos los ciudadanos deben cumplir las leyes federales, pero los habitantes de Baviera o de Renania-Palatinado han de

obedecer además las leyes de sus Länder.

La teoría de la división de poderes, formulada por Locke y Montesquieu y recogida por las Constituciones francesa y Americana desde finales del siglo XVIII, se extendió a todos los Estados liberales como una condición esencial de la libertad de los ciudadanos, puesto que la división del poder protegía contra el posible despotismo de los gobernantes

Aunque en las últimas décadas se han producido cambios importantes en el constitucionalismo occidental suele decirse que los Estados responden a la división de poderes, porque la diferenciación entre el Poder Legislativo (el Parlamento), el Poder Ejecutivo (el gobierno) y el Poder Judicial resulta una garantía básica para la existencia de la Democracia; ésta sería la división horizontal de poderes. En los sistemas federales (Estados Unidos, Suiza, Alemania, etc.), además de la división horizontal de poderes, existe una división vertical, entre la federación y los Estados, que cumple igualmente funciones de garantía para los ciudadanos, aunque de un tipo distinto del anterior.

El carácter federal o unitario de un Estado viene decidido por su Constitución, pero generalmente responde a circunstancias históricas. Además, no constituyen modelos cerrados y homogéneos sino que dentro de cada categoría existen variantes y numerosos matices. De hecho, sería más correcto

decir, como propuso Kelsen hace muchos años, que "entre los dos polos extremos de máximo centralismo y máxima descentralización se pueden ir colocando todos los Estados existentes. Pese a ello, tiene sentido distinguir entre dos grandes categorías -Estados unitarios y federales-, porque la estructura y la dinámica de cada una de ellas responden a principios diferentes"

40.- **El Estado autonómico:** En cuanto al **Estado Autonómico**, podemos partir de los artículos 2 y 143 de la Constitución Española que en lo pertinente nos dicen que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. Y que en el ejercicio de éste derecho de autonomía, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en la Constitución y en los respectivos Estatutos.

De esta forma la Constitución española de 1978, instaura un sistema de forma de Estado, que constituye una mixtura entre lo unitario y lo federal; esto es lo que la doctrina llama Estado Autonómico o Estado de las Autonomías Territoriales.

El Estado español se compone por: a) Organismos Centrales; b) las comunidades autónomas y c) los Entes locales (formados por provincias y Municipios). El Estado Central, organización política que ostenta la soberanía, las Comunidades Autónomas, institucionalizaciones de las nacionalidades y regiones, de autonomía política, y los entes locales con autonomía administrativa.

La distribución de la organización española es graduada, en la cual El Estado Central está por encima de las Comunidades Autónomas y los entes locales.

Vale aclarar que este sistema parte de que la autonomía con la que cuentan las Comunidades Autónomas es superior a la de los entes locales; y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, al referirse que esta autonomía política es "cualitativamente" superior a la autonomía administrativa.

Podemos observar que la organización territorial española es escalonada, en donde, el Estado central queda situado en la posición de superioridad (soberanía) y las Comunidades Autónomas y entes locales en una posición de inferioridad. (Autonomía)

El Estado español autonómico es un estado descentralizado políticamente. En él coexisten, de un

lado, una organización política central o general con jurisdicción sobre todo el territorio nacional, esto es un nivel de autoridades completas: un parlamento, un gobierno y una organización judicial comunes; de otro, un nivel de autoridades territoriales con sus correspondientes parlamentos y gobiernos.

41.- **Las diferencias del Estado autonómico con el Estado federal** son cualitativamente significativas y se refieren al hecho de que, en el primero, las Comunidades Autónomas no disponen propiamente de verdadero poder constituyente, la norma que organiza las instituciones de autogobierno de las Comunidades Autónomas y atribuye las competencias, en el marco de la Constitución de los Parlamentos y Gobiernos territoriales, es el **Estatuto de Autonomía**; pero esta norma no es una verdadera Constitución de las Comunidades Autónomas. Por eso, al revés de las Constituciones de los miembros de un Estado federal la norma no es aprobada por el Parlamento autonómico, sino por el Parlamento central, pues tienen el rango de una ley orgánica³⁵.

Efectivamente el "Estatuto de Autonomía" tiene una dualidad de lo más interesante: por una parte, es la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, y por otra parte, es una ley que forma parte de todo el ordenamiento jurídico global que el Es-

³⁵ Para ahondar más sobre el tema, puede verse la obra de J.J. Solozábal Echevarría, El Estado Autonómico y el Tribunal Constitucional, Madrid 1991.

³⁶ Parte de la Codificación de leyes Patrias de 1879

tado Español ampara y reconoce, ya que como dijimos, es aprobada por el Parlamento Central. (Artículo 147 de la Constitución Española).

42.- Régimen de distribución territorial en El Salvador:

El Salvador, constituye un Estado Unitario, ya que la parte orgánica de su Constitución establece una sola estructura de poder sobre todo el territorio, en donde existe un Órgano Ejecutivo, bajo el liderazgo del Presidente de la República, una Asamblea Legislativa (sistema unicameral) y una sola estructura judicial, administrativamente dependiente de la Corte Suprema de Justicia; además la constitución y las leyes secundarias son aplicables en todo el territorio, existiendo prácticamente una reserva de ley nacional total, en donde los reglamentos y las ordenanzas municipales no pueden invadir esa "competencia legislativa".

En este orden, el Título VI de nuestra Constitución de 1983, vigente, tiene el acápite "Órganos del Gobierno, Atribuciones y Competencias", dentro de este Título, encontramos el CAPÍTULO VI, que regula el "Gobierno Local", el cual nuestra carta magna lo bifurca en dos secciones: la primera "Las Gobernaciones" y la segunda "Las Municipalidades".

La norma preconstitucional, la "Ley Única del Régimen Político"³⁶ y sus enmiendas, establece que el territorio de El Salvador se divide en catorce de-

partamentos, treinta y nueve distritos y doscientos sesenta y dos municipios. El gobierno de los Departamentos está confiado a los Gobernadores, existiendo un Jefe de Distrito, el cual recae sobre el Alcalde de cabecera de distrito.

43.- LAS GOBERNACIONES:

Al referirse a las Gobernaciones el artículo 200 Cn. nos dice que "Para la Administración política se divide el territorio de la República en departamentos cuyo número y límite fijará la ley. En cada uno de ellos habrá un Gobernador propietario y un suplente, nombrados por el Órgano Ejecutivo y cuyas atribuciones determinará la ley".

Como ya lo expresamos la Ley Única del Régimen Político, nos consigna que el gobierno de los Departamentos será confiado a los Gobernadores, agregando que éstos no tienen período fijo, pero terminan sus funciones con el Presidente de la República que los nombró. Cada Gobernador cuenta con un Secretario, nombrado por el Organo Ejecutivo, a propuesta del primero.

La referida Ley Única del Régimen Político, otorgaba una serie de facultades al Gobernador, que prácticamente lo convertían en el "representante" del Presidente de la República en su Gobernación, situación que ha caído en desuso. Dada la cercanía de los Departamentos con la sede del Organo Ejecutivo, y los medios de comunicación y transporte modernos, tal "representación" pierde el sentido

que tenía hace ciento veinticinco años, cuando se decreto la mencionada ley; por ende la misma en su mayoría se ha convertido en Derecho vigente no positivo, (utilizando la terminología de García Maynez).

De las resoluciones del Gobernador que tengan el carácter de definitivas o interlocutorias procede el recurso de apelación ante el Órgano Ejecutivo.

Otras de las facultades que la ley en mención le otorga a los Gobernadores es la de vigilar, coordinar, sancionar y conocer en apelación de las resoluciones de las Municipalidades y los alcaldes, atribución que queda tácitamente derogada por la Constitución de la Republica de 1983, la que como lo veremos adelante le otorga al Municipio una amplia autonomía.

De lo anterior, se desprende que hoy en día la figura de la Gobernación es absolutamente "decorativa", convirtiéndose su titular en un burócrata innecesario que adorna las bodas de los pueblos y las fiestas patronales.

Por lo que, en posteriores revisiones a reformas constitucionales, lo mas aconsejable sería la eliminación de la figura de la gobernación, consolidando a la Municipalidad.

44.- LAS MUNICIPALIDADES:

Desde 1945, por mandato Constitucional, los Alcaldes y Concejales son designados por elección popular, obteniendo cierto grado de autonomía a partir de 1950, la cual fue acrecentada en nuestra constitución vigente de 1983.

Así, la Constitución nos indica que los Municipios son autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo, estando regidos por un Código Municipal, que sienta los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas. Sin embargo, sabiamente nuestra ley primaria, se encarga de aclarar que los Municipios están obligados a colaborar con otras Instituciones Públicas en los planes de desarrollo nacional y regional. En el mismo sentido, los Organismos del Estado Central deben colaborar con la Municipalidad en los planes de desarrollo local (artículos 203 y 206 Cn.).

Sobre lo expuesto la Sala de lo Constitucional en sentencia de amparo³⁷, expuso con meridiana claridad:

"...La autonomía de los municipios es una pieza fundamental de la función propia de los gobiernos locales, pues asegura la debida articulación del diseño de descentralización del Estado previsto en la Constitución. Por ello, su calidad como garantía institucional, más que como un derecho, posibilita su protección por la vía del Proceso de Amparo para que las municipalidades puedan defender

³⁷ Sentencia 14-11-2003, proceso de Amparo 794-2002

sus facultades. (...) En consecuencia, esta Sala estima que la municipalidad se encuentra legitimada activamente por ser el objeto de este Proceso de Amparo la protección de la *autonomía municipal*, verdadera garantía institucional reconocida en la Constitución de la República a favor de todos los municipios del país. (Los Municipios) son autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo (art. 203 Cn.), lo cual significa que son libres e independientes al momento de adoptar sus propias decisiones en estos rubros: los municipios, de acuerdo a esta última disposición Constitucional, determinan libremente el destino de su presupuesto, la forma o manera de invertirlo y ejecutarlo, así como su estructura administrativa. (...) Además, la autonomía municipal comprende las materias expresamente señaladas en el art. 204 Cn., así como también *la potestad de decidir, en última instancia, la aprobación o no de los planes de desarrollo local* (art. 206 Cn.); sin embargo, cuando se trate de planes de mayor envergadura, es decir, «(...) planes de desarrollo nacional o regional» (art. 203 inc. 2° Cn.), los municipios no tiene un papel decisorio sobre su aprobación y ejecución, más bien su rol Constitucional se refiere exclusivamente a prestar colaboración obligatoria con la Institución Estatal que desarrolla el proyecto nacional o regional: «Los Municipios estarán obligados a colaborar con otras instituciones públicas en los planes de desarrollo nacional o regional» (art. 203 Cn.) (...) De lo

anteriormente expuesto, se desprende que los municipios, en nuestro país, y en relación con los planes de desarrollo, tienen constitucionalmente autonomía si aquéllos son de estricto orden o «interés local». En efecto, nuestro Código Municipal señala, en su art. 4 #1, que compete a los municipios «La elaboración, aprobación y ejecución de planes de desarrollo urbanos y rurales de la *localidad*»; y en su art. 6 que la «Administración del Estado únicamente podrá ejecutar obras o prestar servicios de *carácter local* o mejorarlos cuando el municipio al que competan, no las construya o preste, o la haga deficientemente (...) Corresponde identificar ahora qué debe entenderse por «asunto de interés local» a partir del estudio del interés nacional. De acuerdo a la doctrina constitucional, la determinación exacta de qué debe entenderse por *interés nacional* se realiza por la acción de los poderes públicos, que se plasma –mayoritariamente- en la pirámide normativa y en los instrumentos o herramientas jurídicas de interpretación y aplicación del derecho. En efecto, en nuestro Ordenamiento Jurídico, la Constitución no señala qué es el interés nacional; por ello, corresponde a esta Sala –en el ámbito de sus competencias- establecer su contenido, alcance y límites al momento de concretar en algún proceso constitucional. El concepto de interés nacional dentro de nuestra Carta Magna puede adquirir varios significados; sin embargo, por *interés nacional* habrá que entender el «interés de todos», es decir,

lo que afecta al común de los ciudadanos que componen la totalidad de una comunidad política; son intereses, pues, de la nación en su conjunto, como por ejemplo, la defensa de la soberanía, el respeto de los derechos humanos, etc. La doctrina afirma que el interés nacional, en sustancia, es aquel conjunto de intereses de la colectividad que el poder público ha asumido como propios, en fase constituyente o como poder constituido, prestándoles sus medios públicos de gestión, conservación y defensa; por ello, *el interés nacional puede ser considerado como equivalente a los intereses del Gobierno Central y como superior al interés local*. Estos últimos intereses (los locales) *están al servicio predominantemente de las pretensiones de las poblaciones correspondientes*, sin salirse del marco material o de las competencias que han sido distribuidas constitucional y legalmente. Desde esta perspectiva, los *intereses locales* tienen por objeto –a partir de criterios políticos– la mejor organización de la circunscripción territorial de que se trate en las materias de su competencia (art. 204 Cn y arts. 3 y 4 del Código Municipal, entre otros); es decir, la administración de aquellos aspectos que afecten propia y exclusivamente a una localidad o sector de la población.

De acuerdo a nuestra Constitución (arts. 202-204),

el modelo de Estado incorpora el que los municipios gocen de autonomía para el efectivo ejercicio de sus funciones y facultades; por ello, tienen, además, un ámbito propio y exclusivo de intereses, determinados comúnmente por la legislación secundaria (Código Municipal) con base en la misma Constitución. Igual sería decir que, *para la gestión de sus propios intereses*, los municipios tienen constitucionalmente garantizada autonomía, sin que esto habilite para incidir en forma negativa sobre los intereses generales de la nación: *los intereses locales son limitados y compatibles con la unidad en que en definitiva se insertan...*"

En este mismo ideario, debemos expresar que la Constitución delimita de forma expresa en su artículo 204 la demarcación de la autonomía del Municipio, la cual comprende: 1º Crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites que una ley general establezca. 2º Decretar su Presupuesto de Ingresos y Egresos. 3º Gestionar libremente en las materias de su competencia. 4º Nombrar y remover a los funcionarios y empleados de sus dependencias. 5º Decretar las ordenanzas y reglamentos locales y 6º elaborar sus tarifas de impuestos y las reformas a las mismas, para proponerlas como ley a la Asamblea Legislativa.

³⁸ Decreto Legislativo No 274 de fecha 31 de enero de 1986, publicado en el Diario Oficial No 23 tomo 290, del 5 de febrero de 1986, con vigencia a partir del primero de marzo del mismo año.

³⁹ Sentencia de las nueve horas del día veintisiete de dos mil uno, en el proceso I- 22-97

El Código Municipal³⁸, nos dice en el Art. 2 que “el Municipio constituye la Unidad Política Administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del Municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autonomía y autonomía suficiente.

El Municipio tiene personalidad jurídica, con jurisdicción territorial determinada y su representación la ejercerán los órganos determinados en esta ley. El núcleo urbano principal del municipio será la sede del Gobierno Municipal”.

Significativo también resulta que la Constitución les permite a los Municipios asociarse o concertar entre ellos convenios cooperativos a fin de colaborar en la realización de obras o servicios que sean de interés común para dos o más Municipios.

Al respecto la Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad³⁹, señaló en lo atinente: La Ley Suprema, en su art. 207 inc. 2°, establece que las municipalidades podrán asociarse a fin de colaborar en la realización de obras o servicios

que sean de interés común para dos o más municipios. Tal disposición es desarrollada en el art. 14 CM, el cual dispone que «los Municipios solos o en unión con otros, podrán acordar la creación de entidades descentralizadas con o sin autonomía, para la realización de determinados fines municipales».

De igual forma el artículo 11 Código Municipal dice que los Municipios podrán asociarse para mejorar, defender y proyectar sus intereses o concretar entre ellos convenios cooperativos a fin de colaborar en la realización de obras o prestación de servicios que sean de interés común para dos o más municipios.

Sobre la base de las anteriores disposiciones, fue creado el Consejo de Alcaldes del Área Metropolitana de San Salvador, (COAMSS) que constituye, en esencia, una especie de asociación de representantes legales de dichos municipios, es decir, de Alcaldes Municipales; y tiene como finalidad – entre otras– colaborar en la elaboración, aprobación y ejecución de planes de desarrollo urbanos y rurales de la localidad.

45.- Principios de la organización administrativa:

Desde el punto de vista de división territorial, el municipio es en nuestro ordenamiento la única enti-

⁴⁰ Marienhoff. Op. cit. Tomo I. pág. 618

dad distinta de la Administración Central, con competencia propia, pero indiscutiblemente limitada y circunscrita a su ámbito geográfico; en cambio la Administración Central se extiende a todo el espacio del Estado. Empero ambas entidades tienen sendas subdivisiones internas de incidencia importante.

Paralelamente existen varios grupos de organismos dentro del Estado, cuyo ámbito de competencia es definido por la actividad o el servicio que prestan.

Por lo que hay que tomar en cuenta que la doctrina casi de forma unánime, establece como Principios básicos de Organización Administrativa la Jerarquía y la Competencia.

1. **La Jerarquía**, constituye una vinculación de hegemonía de los órganos superiores sobre los inferiores y de sumisión y obediencia de estos últimos con los primeros. La jerarquía es un elemento de naturaleza administrativa, que no se presenta en las funciones Legislativas y Judiciales, en donde la relación es de independencia y coordinación de los funcionarios que los conforman.

El poder jerárquico, por principio, se ejerce sobre todos los funcionarios y empleados de la Administración Pública. Pero hay algunos funcionarios que por la posición que ocupan o por la índole de sus actividades, escapan a dicho poder jerárquico y, en consecuencia, al deber de obediencia.⁴⁰

En primer término el Jefe del Ejecutivo o Presidente de la República, está exento del Poder Jerárquico y del deber de obediencia, pues él no tiene sobre sí superior alguno.

Aparte del Jefe del Ejecutivo, los órganos "Consultivos" como las "Comisiones de Evaluación de ofertas de la Administración Pública" (Art. 55 y 56 LACAP) y los de "control" como el Consejo de Ética Policial (Art. 28 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil); del mismo modo los Órganos Administrativos que realizan actividades "cuasi jurisdiccionales", como es el Tribunal del Servicio Civil (Arts. 9, 13, 59, 61, 63 Ley del Servicio Civil).

La razón de la jerarquía se concibe en virtud de que, una organización administrativa en que existiera una igualdad en todos sus miembros, nadie obedecería los mandatos del otro, creando un desorden en la administración; en tal anarquía toda la gestión se tornaría ineficaz. De ahí la necesidad que existan "superiores" e "inferiores", vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación, respectivamente. Ello a fin de lograr una eficiente organización administrativa.

2. **La Competencia**, es el conjunto de atribuciones

⁴⁰ Documento de Apoyo al Proyecto de ley de Procedimientos Administrativos, pag. 76. Ministerio de Justicia 1994.

que los Organos Gubernamentales realizan en el ejercicio de sus funciones.

En la evolución forense, en un principio, la competencia era un atributo propio del Monarca, pero con el avance del Estado de Derecho —Constitucionalismo— se bifurcaron las Funciones Jurisdiccionales de las administrativas. De ahí en adelante se le dió una importancia esencial a que la determinación de la competencia de los Organos estuviera establecida en una norma jurídica (Art. 86 Cn). La competencia es imperativa y no potestativa; por tanto, el órgano debe ejercerla, caso contrario faltaría a su deber. Por ser de Orden Público, una Actuación Administrativa fuera de los alcances de la competencia, desemboca en nulidad de pleno derecho o absoluta.

La Competencia es irrenunciable para el órgano que le es otorgada; por ende constituye un poder-deber y no un derecho subjetivo. Así como ésta potestad en sí misma no es renunciable, tampoco lo es la titularidad que un órgano concreto pueda tener para ejercerla.⁴¹

La competencia es definitivamente de Orden Público, y debe ser **expresa e improrrogable**.

A nuestro juicio la circunstancia que la competen-

cia sea “expresa” no debe ser llevado al absurdo de exigirle a la norma el determinar de forma exacta el caso fáctico que el funcionario ventila; basta para la legitimidad de la actuación, que se encuadre de forma genérica con el sentido de la facultad otorgada por la norma al órgano

46.- **Delegación de competencia, Avocación, Sustitución de firmas y Suplencia en el cargo:**

Como excepciones a la no-prórroga de la competencia la doctrina reconoce: La Avocación y La Delegación de competencia.

Mediante la avocación el órgano superior jerárquico puede ejercer una competencia atribuida al inferior.

La avocación se fundamenta en la jerarquía como consecuencia de la potestad jerárquica. Bajo esta idea la potestad de avocación será la regla general, salvo que una ley la prohíba expresa o implícitamente. No cabría la avocación en aquellos funcionarios en que la competencia les es atribuida por razones técnicas⁴²; ni cuando exista la posibilidad de impugnar la decisión del inferior ante el superior vía recurso jerárquico, dado que por sentido común ello nulificaría el derecho a la impugnación.

La Delegación de la Competencia, “trátase, en substancia, de una técnica que se traduce en la posibilidad de producir el desprendimiento de una facultad por parte de un órgano que transfiere su

⁴² Manuel María Díez, Manual de Derecho Administrativo, t I, pag. 125

⁴³ Cassagne, op. cit. pág. 241

ejercicio a otro".⁴³

La delegación es una figura inversa a la avocación y se presenta cuando el superior jerárquico encarga la resolución de un asunto que le compete al inferior.

Cuando se "delega" o se transfiere competencia a otro órgano de igual nivel jerárquico, se habla de "Sustitución".

La facultad de delegación debe estar expresamente autorizada en una norma jurídica de igual jerarquía a la que otorga la competencia del funcionario delegante, caso contrario se vulneraría el principio de legalidad.

Son ejemplos de delegación de competencia el Art. 50 del Código Municipal, el cual dispone que el Alcalde puede delegar, previo acuerdo del Concejo Municipal, la dirección de determinadas funciones a funcionarios municipales. También el Art. 68 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo preceptúa que la ejecución de atribuciones y facultades que este reglamento y cualquiera otra disposición legal señale a cada secretaría de Estado o a sus titulares, podrá delegarse o descentralizarse en los funcionarios o unidades que la organización interna determine, salvo aquellas que por disposición de la Constitución, Leyes, Reglamentos o del Presidente de la República queden expresamente exceptuadas; para ordenar la delegación o descentralización bastará un acuerdo del Órgano Ejecutivo en el ramo co-

rrespondiente, publicado en el Diario Oficial y comunicado a los organismos dependientes o directamente vinculados con la función de que se trate.

Hay que distinguir de lo expresado la figura de la "**sustitución de firmas**", por medio de la cual el funcionario superior autoriza a que se firme en su nombre actos de mero trámite, que no suponen resoluciones definitivas propias y exclusivas de su competencia; es decir, que se traslada únicamente la actividad mecánica de firmar en su nombre pero no la facultad decisoria. En este sentido, el Art. 20 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, manifiesta que los Ministros y Viceministros de Estado podrán autorizar a funcionarios de su respectivo ramo, para que firmen correspondencia corriente y lo mismo aquella que no implique resolución de asuntos de que se trate, así como de transcripciones y notificaciones de resoluciones o providencias autorizadas por los titulares, debiendo en cada caso, emitirse el correspondiente acuerdo. Otro ejemplo de sustitución de firmas lo encontramos en el Art. 12 inc. segundo de la Ley Orgánica de Aviación Civil, que plantea la posibilidad que el director ejecutivo de la Autoridad de Aviación civil delegue la firma de documentos en los Gerentes de Área.

Una figura distinta que vale la pena mencionar es la llamada "**Suplencia en el cargo**", por medio de la que los funcionarios pueden ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacancia, ausencia

o enfermedad por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquellos.

Cabe aclarar que, en los supuestos de sustitución de firmas y suplencia en el cargo, no hay una transferencia de competencia, por lo que para los efectos legales debe considerarse que el acto, trámite o resolución ha sido dictado por el órgano que resultaba competente de acuerdo con la ley, por el órgano cuyo titular no ha firmado.

47.- Formas de Organización Administrativa:

Se reconocen en doctrina tres formas de organización administrativa: La Centralización; la Desconcentración; y la Descentralización.

- a) En la **Centralización Administrativa** importa reunir varias materias en un centro común, e implica necesariamente dependencia de un poder central.

Los órganos que integran la Administración guardan entre sí una relación piramidal: convergen hacia una autoridad con quien se enlazan los demás órganos del sistema.

Los órganos no están dotados de personalidad jurídica propia e independiente de la personalidad jurídica estatal. Por el contrario, esos órganos se agrupan respecto de otros, se enlazan

y unifican para la acción en situación de dependencia y subordinación, manteniendo entre sí una estricta relación jerárquica con diversos grados y niveles, pero siempre respetando las instrucciones y directivas que imparte el órgano superior, generalmente el jefe de Estado. El ejemplo típico es el ministerio.⁴⁴

- b) La **Desconcentración** implica que el ente central, en base a una ley, ha transferido en forma permanente parte de su competencia a órganos que forman parte del mismo ente. Sin embargo, el órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y su "autonomía" es únicamente técnica, administrativa y a veces financiera. En nuestro medio algunos ejemplos de órganos desconcentrados son la Dirección General de Impuestos Internos, la Dirección General de Aduanas, la Dirección General de Correos, el Centro Nacional de Registro, etc.
- c) Existe **Descentralización** cuando a través de una norma jurídica se crea una entidad con personalidad jurídica propia, con autonomía económica, técnica y administrativa.

El ente descentralizado es una persona distinta a la del Estado teniendo libertad en su actuación.

48.- Existen por lo menos dos formas de descentra-

⁴⁴ Roberto Dromi, Derecho Administrativo. pags. 590-591.

⁴⁵ Fraga, op. cit. pág. 218.

lización:

- a. Descentralización Territorial o por Región; y
- b. Descentralización Institucional o por servicio.

La Descentralización por Región, consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial.

Las razones que han conducido a este régimen de descentralización por región consisten, fundamentalmente en que él se adapta de una manera más efectiva a las aspiraciones democráticas, ya que da oportunidad a los interesados de hacer la designación de las autoridades que han de manejar los negocios que le son comunes y, por lo mismo, de ejercer sobre dichas autoridades un control por la vía de la opinión pública⁴⁵.

En nuestro ordenamiento el único caso de descentralización por el territorio lo constituye el Municipio, del cual nos hemos referido anteriormente. (Art. 203 y 204 Cn. y Código Municipal).

La Descentralización Institucional o por Servicio se fundamenta sobre una base técnica, y consiste en crear mediante la ley una entidad con personalidad jurídica propia cuya finalidad principal será la prestación de un servicio público o la fiscalización del mismo. Ejemplos de este tipo de órganos serían: la Administración Nacional de Acueductos y

Alcantarillados "ANDA" (Arts. 1 y 2 Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados), el Instituto Salvadoreño del Seguro Social "ISSS" (Arts. 1, 4 y 5 Ley del Seguro Social), la Universidad Nacional de El Salvador, UES, (Arts. 61 Cn. y Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador) el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos "INPEP" (Arts. 1 y 2 Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos), el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada "IPSFA", la Superintendencia de Pensiones (Arts. 1 y 3 Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones), la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones "SIGET" (Arts. 1 y 3 Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones), la Superintendencia del Sistema Financiero, la Superintendencia de Valores, etc. entidades que en El Salvador son conocidas como Instituciones oficiales autónomas o simplemente autónomas.

En cuanto a este tipo de descentralización el Art. 225 de nuestra Constitución nos dice que cuando la Ley lo autorice, el Estado, para la consecución de sus fines, podrá separar bienes de la masa de la Hacienda Pública o asignar recursos del Fondo General, para la constitución o incremento de patrimonios especiales destinados a instituciones públicas.

También el Art. 227 Inc. 4º de nuestra Carta Mag-

na señala que las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo se registrarán por presupuestos especiales y sistemas de salarios aprobados por el Órgano Legislativo.

49.- Relaciones Interorgánicas e Interadministrativas:

Hemos visto que dentro del Estado concurren una gama de entidades que ejercen funciones administrativas, algunas de forma permanente y otras de carácter eventual, interrelacionándose de diversas formas, tal como a continuación lo desarrollamos.

Decimos que existe una vinculación Interadministrativa cuando se presenta una relación jurídica entre dos o más entidades administrativas con personalidad jurídica propia. Así como las que acontecen entre la Administración Central y un Municipio o entre éste y una Autónoma. Un ejemplo sería un conflicto de competencia entre el Ministerio de Obras Públicas y un Municipio.

La Relación Interorgánica es aquella que enlaza o vincula a dos o más órganos de una misma entidad administrativa. Tal sería el caso de las distintas relaciones que mantiene el Presidente de la República con sus Ministros.

La diferencia radica en que las relaciones interadministrativas son externas, entre dos sujetos de derechos distintos; en cambio, las relaciones

interorgánicas son de carácter interno dentro del mismo sujeto, siendo los instructivos y las circulares los cauces principales de estos enlaces hacia el seno de la administración, en los que predomina el principio de Jerarquía.

Creemos que en El Salvador, en caso de presentarse un conflicto en una relación interadministrativa, le correspondería a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, conocer de tal disputa o bien a la Sala de lo Constitucional, en proceso de amparo, si la discusión versa sobre alguna competencia otorgada por la Ley primaria a una de las entidades en debate.

Si la disputa es interorgánica le corresponderá su solución al máximo titular del órgano; así el artículo 6 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo le establece al Presidente de la República la facultad de dirimir las competencias que se susciten entre las secretarías de Estado.

50.- COMENTARIO

Hemos tratado de desarrollar un tema clásico del derecho administrativo, adecuándolo al escenario jurídico y político salvadoreño.

⁴⁶ Art. 89 Cn.- El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las Repúblicas Americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismos con funciones supranacionales.

También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes.

En esta perspectiva reiteramos que nuestro país es un Estado unitario, con tendencia centralista y presidencialista, donde sólo existen un tipo de leyes, las nacionales, aplicables en todo el territorio de la República. Siendo los Municipios la única forma de descentralización por territorio.

Dada la pequeña extensión territorial es adecuado el sistema unitario, empero, debe reactivarse la aspiración de revivir la unión Centroamericana, ya que, de otro modo, difícilmente los países de esta región podrán enfrentar los retos de la globalización y la enorme competencia de potencias económicas, que nos condenarían a ser países de consumo y no de producción o generación. En este esfuerzo unionista los grupos empresariales regionales, con mayor poderío económico, han dado pequeños pasos, al regionalizar sus empresas, por lo que no cabe duda, que una presión de la empresa privada centroamericana a sus políticos sería determinante para lograr una unión económica, que nos lleve gradualmente a la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, aspiración unionista que incluso tiene base constitucional (Artículo 89 Cn⁴⁶).

El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular.

En materia de integración económica, El Salvador suscribió en 1960 en Nicaragua, el Tratado General de Integración Económica (A.E. N. 13; D.O. N 49, t, 190); en 1962 en Honduras, el Protocolo a dicho Tratado (D.L. 489; D.O. N, 21, t, 202); en 1991 en Honduras, el Protocolo de Tegucigalpa que crea el Sistema de Integración Centroamericana.

En cuanto a la integración social en mayo de 1995, El Salvador ratificó el Tratado de Integración Social Centroamericana.

Internamente, debe fomentarse de forma prudente la descentralización a través del Municipio, dotándolo de mayores recursos y mayores competencias locales, de preferencia que la generalidad de los servicios públicos sean prestados por los Municipios de forma regional.

Pero para ello, conviene que existan dos requisitos previos:

1. La creación de asociaciones municipales por regiones más o menos extensas, que se agrupen según sus intereses locales comunes; y
2. Una verdadera, estricta y eficaz contraloría en el manejo de los fondos públicos utilizados por los Municipios.

Para lograr tales fines los entes gubernamentales competentes, deben conjuntar un grupo de juristas, sociólogos y politólogos, que conozcan nuestra realidad, a fin de que no calquen ningún sistema foráneo, sino estructuren un sistema propio de descentralización, bajo los fundamentos constitucionales de la facultad de asociación de las municipalidades y su autonomía.

En cuanto a la conformación del órgano ejecutivo o Administración Central, existe una facultad constitucional de auto organización, la cual es desarrollada en el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo; por lo que en El Salvador, los Ministerios y Secretarías varían según el estilo y plan de gobierno de

cada mandatario.

También es relevante mencionar que hoy en día las facultades de los Ministerios, órganos descentralizados y desconcentrados, están tan diseminados que ninguno de ellos de forma independiente y aislada pueden dar soluciones integrales a los problemas de interés de la comunidad, así, existen: los comerciales, los de los derechos del consumidor, los de los servicios públicos, los tributarios, etcétera, dificultades que enfrentan cotidianamente los administrados. A nuestro juicio debería evaluarse la creación de grupos interinstitucionales conformados por diversos funcionarios de los distintos órganos involucrados; como por ejemplo, para algunos problemas de defraudación fiscal pluriofensivos que afectan a la hacienda pública, a la empresa privada y a los consumidores, podría crearse una unidad conformada por delegados de la Policía Nacional Civil, Dirección General de Aduana, Ministerio de Salud, Dirección de Protección al Consumidor etc. de esta forma se solucionaría de una forma más eficiente y integral un determinado problema jurídico y social.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo. *El Estado Autonómico*, 1ª Edición, España, Alianza Editorial, 1999.
- Bertrand Galindo, Tinetti. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomos I y II, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación Judicial "UCA", 1992
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomos I y II. 6ª Edición. Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2000
- Documento de Apoyo al Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*. El Salvador, Ministerio de Justicia 1994.
- Dromi Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª Edición, Argentina, Ciudad Argentina, 2001
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 12ª Edición, España, Editorial Tecnos, 1998
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*, 38ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1998

- Gamero Casado, Eduardo. *Derecho Administrativo*, Monografía. El Salvador, Editorial "UCA", 2002
- García de Enterría y Fernández, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, 9ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1999
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 13ª Edición, España, Editorial Tecnos, 2002
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª Edición, Argentina, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 2000
- Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso*, Reimpresión. Colombia, Editorial Temis, 1998
- Maria Diez, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I. Argentina, Editorial Plus Ultra, 1979
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª Edición, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1995
- Mayora Alvarado, Eduardo. *Teoría Constitucional para una Sociedad Libre*, Argentina, Fundación

ANEXO 1

LEY SOBRE RECLAMACIONES PECUNIARIAS
DE EXTRANJEROS Y NACIONALES



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

LEGISLACIÓN

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA .

Ayala, José María y otros. *Manual de Justicia Administrativa*. El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003

Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho Constitucional Comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996

Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, Editorial Porrúa, 2002

Escola, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*, Vol. I, Editorial Depalma. Argentina 1967

Enciclopedia Jurídica Básica, 1ª Edición, España, Editorial Civitas, 1995

Farrando, Ismael (h). *Manual de Derecho Administrativo*, Reimpresión. Argentina, Ediciones Desalma, 2000.

García Oviedo, Carlos. *Derecho Administrativo*, 7ª Edición, España, Imprenta Provincial.- Murcia, 1959

García de Enterría, Eduardo. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*, 3ª Edición, España, Editorial Civitas, 1995

Latorre, Ángel. *Introducción al Derecho*, 12ª Edición, España, Colección Editorial Ariel, 1994

Parada, Ramón. *Derecho Administrativo (Organización y empleo público)*, 12ª Edición, España, Ediciones Jurídicas y Sociales (Marcial Pons), 2000

Rebollo, Luis Martín. *Leyes Administrativas*, 6º Edición. España, Editorial Aranzadi, 2000

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo I*, Uruguay, 1953

Vidales, Roberto. *Índice de la Legislación Salvadoreña Vigente*, 1ª Edición. El Salvador, CESPAD, 1992.

Materia: Derecho Administrativo Categoría: Derecho Administrativo
 Origen: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Estado: VIGENTE
 Naturaleza : Decreto Legislativo
 Nº: S/N Fecha:10/05/10
 D. Oficial: 128 Tomo: 68
 Publicación DO: 03/06/1910
 Reformas: S/R
 Comentarios:

Contenido:

LEY SOBRE RECLAMACIONES PECUNIARIAS DE
 EXTRANJEROS Y NACIONALES CONTRA LA NACION.

DECRETO S/N.

La Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador,

En uso de las facultades que la Constitución le confiere,

DECRETA:

La siguiente Ley sobre Reclamaciones Pecuniarias de extranjeros y nacionales contra la Nación.

Art. 1.-El Gobierno sólo es responsable civilmente, respecto de terceros, por los actos o procedimientos ilegales de sus autoridades o funcionarios, en los casos siguientes:

I. Si habiendo recibido aviso en tiempo oportuno del acto ilegal que la autoridad o funcionario intenta cometer, no lo ha impedido eficazmente, pudiendo hacerlo por los medios legales de que dispone. Artículo 2,089 C.

II. Cuando ha tenido conocimiento del acto ilícito durante su ejecución o después de consumado, y no se ha apresurado a suspenderlo en el primer caso o a desaprobarlo en el segundo, tomando

todas las precauciones conducentes a evitar que se repita y ordenando el juzgamiento del culpable; todo conforme a derecho.

III. Cuando, en los casos de los números anteriores, no ha procedido por los medios legales con la debida diligencia, o cuando se justificare por el interesado, que ordenó o aprobó el acto ilícito consumado por sus funcionarios o agentes. Art. 2,089. C.

Sin embargo, la Nación no podrá ser declarada civilmente responsable, en los casos antes expresados, si los hechos de que pretenda derivarse su responsabilidad han sido consecuencia de un caso fortuito, o de fuerza mayor cuando ésta proceda del ejercicio legítimo de los derechos de soberanía, como sucedería en los actos de guerra civil o internacional, en la sofocación de un incendio, o con motivo de otra calamidad pública semejante.

También debe declararse la irresponsabilidad del Gobierno, cuando la persona que pretenda deducirla no ha intentado en debido tiempo los recursos que las leyes le franquean para prevenir o evitar la consumación del acto o procedimiento ilegal de que se queja.

Art. 2.- Toda persona o corporación, sea natural o extranjera, que, de acuerdo con el artículo anterior, pretenda obtener indemnización pecuniaria de la Nación, por daños, perjuicios, expropiaciones, despojo o cualquiera otro acto violatorio de un derecho, ejecutado en su persona o bienes, por alguna autoridad o funcionario que obre en el carácter de tal, deberá necesariamente intentar su reclamo ante la autoridad competente sujetándose a las prescripciones de la presente ley.

En esta disposición quedan comprendidos los reclamos contra el Fisco procedentes de contratos celebrados por el Gobierno con particulares sobre objetos de la Administración Pública.

Art. 3.- Si el acto que motiva el reclamo constituye delito o falta, podrá intentar el reclamante, independientemente de la acción criminal que compete para el castigo del culpable, la demanda de indemnización pecuniaria, cualquiera que sea la naturaleza del delito o falta; pero con tal que el funcionario o autoridad haya procedido en su carácter público y que concurren los requisitos que exija

el artículo 1o.

Art. 4.- Cuando el reclamante sea extranjero no podrá acudir a la vía diplomática o a la del Arbitraje Internacional, sin haber agotado previamente los recursos que por la presente ley se le confieren.

Quedan comprendidos en esta disposición los naturales o ciudadanos de las otras Repúblicas de Centro América.

Art. 5.- La autoridad competente para conocer en esta clase de juicios será la Cámara de Segunda Instancia en cuya jurisdicción se practiquen los actos ilícitos que dan origen al reclamo. La sentencia definitiva admitirá apelación ante la Cámara de Tercera Instancia.

Si la demanda fuere contra los Magistrados de alguna de las Cámaras de Segunda Instancia, conocerá la Primera Cámara de la Sección Central respecto de los Tribunales de San Miguel, Cojutepeque y Santa Ana; y la Cámara hábil si la acción se intenta contra cualquiera de los Magistrados de los Tribunales de la Sección Central.

En las demandas contra el Presidente de la República o sus Ministros, conocerá el Tribunal Supremo de Justicia; y en las que se entablen contra los actos o procedimientos dictados en Corte Plena conocerá un Tribunal formado por los Magistrados suplentes de la capital, presidido por el más antiguo, según el orden de sus nombramientos; pero si alguno ó algunos de los Magistrados suplentes estaban funcionando cuando se verificó el acto o procedimiento que motiva la demanda, deberá sustituirle el Magistrado o Magistrados propietarios hábiles, para integrar el Tribunal formado con los cuatro suplentes ya dichos.

En los casos del anterior inciso, no necesita el reclamante comprobar ninguno de los requisitos que exigen los números I, II y III del artículo primero, bastando sólo justificar que el acto o procedimiento ilegal se ha consumado directamente por el Poder Ejecutivo o por la Corte Suprema de Justicia, salvo que el caso no preste mérito para condenar a la Nación, con arreglo a las demás disposiciones de esta ley. Art. 2,083 C.

Art. 6.-El reclamante deberá presentar su demanda, por sí o por medio de representante legal, exponiendo con toda claridad los hechos y circunstancias en que la funda, el nombre de la autoridad o funcionario a quien se imputen y la cantidad a que, en su concepto, monta la indemnización que deba otorgársele. También deberá manifestar en cuál de los casos, que conforme al artículo primero, hace responsable a la Nación, están comprendidos los hechos ilegales de que se queja; salvo lo dispuesto en el último inciso del artículo anterior, cuando la responsabilidad del Gobierno se derive de actos o procedimientos del Poder Ejecutivo o del Tribunal Supremo de Justicia.

Art. 7.-El procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio sumario, debiendo siempre emplazarse al representante del Fisco y al funcionario o autoridad que ejecutó los hechos por razón de los cuales se pide indemnización. Si la autoridad o funcionario dicho no compareciere, o abandonare el procedimiento después de contestada la demanda, se seguirá el juicio con sólo la intervención del representante fiscal o del apoderado que éste nombre.

Si el Administrador de Rentas que intervenga como representante del Fisco no es abogado, deberá hacer todas sus gestiones bajo la dirección y con la firma de un letrado; siendo ambos solidariamente responsables por negligencia, malicia u otra falta grave en la defensa de los intereses fiscales que les está encomendada; y el Tribunal que conozca del reclamo dictará sobre este punto, en la sentencia definitiva, lo que sea procedente con vista de autos.

Art. 8.-Antes de la contestación de la demanda, el Tribunal mandará publicar en el periódico oficial del Gobierno y a expensas del actor, un extracto del libelo de demanda en el cual se expondrán los hechos y demás fundamentos en que se apoye la acción, el nombre, nacionalidad y demás generales del demandante y la suma demandada.

Art. 9.-En estos juicios no se admitirá, por regla general, la prueba testimonial, salvo que la naturaleza del caso lo exija o que se acredite que la autoridad o funcionario a quien se imputen los hechos se negó a dar la constancia escrita correspondiente o que aparezca comprobado que

fue de todo punto imposible obtener dicha constancia.

Art. 10.-El Tribunal deberá mandar recoger, con citación de partes, todas las pruebas que juzgue conducentes al descubrimiento de la verdad, bien sea de oficio, a petición de parte o por indicaciones que cualquier particular puede hacer en el curso del procedimiento.

Art. 11.-En la sentencia deberá declararse si la Nación es o no responsable de los perjuicios causados, con arreglo a las disposiciones de esta ley; y en el primer caso se determinará el monto de la indemnización que se deba pagar al demandante, según lo que aparezca de autos o conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente; pero si el actor no hubiere justificado plenamente el referido monto, deberá absolverse a la Nación, salvo siempre el caso del artículo que sigue.

Art. 12.-Si se trata de hechos perpetrados contra la persona del reclamante que no han producido elementos materiales suficientes, ya en la persona misma, ya en sus bienes o intereses, para apreciar los daños y perjuicios reclamados, la indemnización pecuniaria que por aquellos hechos deba acordarse, quedará al prudente arbitrio de los tribunales. Art. 2,100 C.

En cualquiera otro caso, la indemnización deberá ajustarse a las constancias que aparezcan plenamente acreditadas en el juicio.

Art. 13.-Si la sentencia fuese absolutoria para la Nación, será condenado el demandante, además de las costas, daños y perjuicios, en una multa de cien a mil pesos si aparece que procedió de malicia.

Art. 14.-En ningún caso podrá pretenderse de la Nación una indemnización en virtud de actos o procedimientos que no se hayan ejecutado por funcionarios o autoridades legítimas, obrando en su carácter público.

Para los efectos de esta ley, se presume que la autoridad o funcionario procede en su carácter público, cuando ordena o ejecuta un acto ilegal, extralimitándose en el ejercicio de las facultades y atribuciones que las leyes le confieren; o cuando dicta una orden o

comete un acto arbitrario, valiéndose de los medios de que legalmente dispone para el desempeño de su cargo.

Art. 15.-Todo el que, sin carácter público legal, decrete contribuciones o empréstitos forzosos, ordene exacciones o cualquiera otro acto que viole un derecho, será solidariamente responsable con los ejecutores del acto. En este caso el damnificado deberá dirigir su acción directamente contra ellos. Art. 2086 C.

Art. 16.-La Nación no es responsable de los daños y perjuicios sufridos por los nacionales o extranjeros cuando han sido causados por facciosos o rebeldes o individuos particulares; quedando en estos casos al perjudicado los recursos legales que le competan contra los actores de los daños y perjuicios que haya sufrido. Art. 2086 C.

Art. 17.-Las acciones que esta ley otorga a los damnificados no podrán intentarse contra los actos, providencias o resoluciones dictados en juicios o diligencias civiles o criminales, o en un procedimiento administrativo de cualquier naturaleza, mientras no se hayan agotado los recursos legales contra aquellos y no se haya terminado el juicio o procedimiento en que se dicten.

Art. 18.-Los extranjeros no podrán recurrir a la vía diplomática contra las providencias dictadas en los juicios de reclamo que establece esta ley, sino en los casos en que haya de parte de los Tribunales que conocen en ellos, manifiesta denegación de justicia, retardo anormal en administrarla o violación evidente de los principios del Derecho Internacional.

Art. 19.-La acción que se concede a los particulares o corporaciones para reclamar de la Nación las indemnizaciones pecuniarias que establece esta ley, prescribe a los cinco años.

Art. 20.-Los juicios de indemnización a que se refiere la presente ley, podrán entablarse por los perjudicados aunque los hechos que los originen se hayan cometido durante el estado de guerra civil o in-

ANEXO 2

SENTENCIA DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EMITIDA A
LAS DOCE HORAS DEL DÍA CINCO DE MAYO
DE DOS MIL TRES, REF.: 49-F-2000

ternacional.

Art. 21.-Toda autoridad o funcionario está obligado a dar, en la oportunidad necesaria, al actor, su Abogado o procurador, y al representante del Fisco, las certificaciones o constancias que pidan como prueba de los actos o procedimientos que motiven el reclamo, de conformidad con el Art. 9 de esta ley, bajo la pena de cien a quinientos pesos de multa que se impondrá por el Tribunal que conozca del juicio, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra conforme al Código Penal la autoridad o funcionario que se niegue a dar dichas certificaciones o constancias.

Art. 22.-En los casos que, con arreglo a la presente ley, el perjudicado no pueda obtener indemnización pecuniaria del Estado, podrá dirigir las acciones y recursos que las demás leyes le otorguen contra los que sean directamente responsables de los hechos que dán mérito a la demanda. Artículo 2,083 y siguientes C.

Art. 23.-Cuando el demandante reclama la indemnización en su carácter de extranjero, deberá probar la nacionalidad a que pertenece, por medio de la certificación de la matrícula de extranjería o por otros medios fehacientes admitidos por el Derecho Internacional, si no está obligado a matricularse.

Si no probare su calidad de extranjero, o si se le justificare que la ha perdido legalmente, se declarará a la Nación irresponsable, condenándolo en costas, daños y perjuicios; y si aparece que obró de malicia al atribuirse una nacionalidad de que carece, se le condenará en la multa que establece el artículo 13 de esta ley.

Art. 24.-Para los efectos de esta ley, la palabra Gobierno se aplica tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial, respecto de las autoridades, funcionarios o agentes de su respectiva dependencia.

Art. 25.-En los casos en que la Nación sea condenada a reparar a los particulares los daños y perjuicios causados por actos o procedimientos ilegales cometidos por sus funcionarios o autoridades, tendrá el Gobierno derecho para ser indemnizado en los bienes de las autoridades o funcionarios responsables, de conformidad con lo

prescrito en esta ley. Art. 2,094 C.

Esta acción es imprescriptible, y se sustanciará por los trámites de juicio sumario, conforme al artículo 49 del Código de Procedimientos Civiles.

Pero, si la autoridad o funcionario responsable está sujeto a otro procedimiento especial, determinado por la ley, se estará a lo que en ésta se dispone.

Dado en el salón de sesiones del Poder Legislativo: San Salvador, a diez de mayo de mil novecientos diez.

Rafael Pinto,
Presidente.

José Celso Echeverría,
1er. Secretario.

Eduardo A. Burgos,
2o. Secretario.

Palacio del Ejecutivo: San Salvador, 30 de mayo de 1910.

POR TANTO: cúmplase.

F. Figueroa.

El Secretario de Estado, en el Despacho
de Relaciones Exteriores,

Salvador Rodríguez G.

D.L. S/N, del 10 de mayo de 1910, publicado en el D.O. N° 128,
Tomo 68, del 3 de junio de 1910.

49-F-2000

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las doce horas del día cinco de mayo del año dos mil tres.

El presente juicio contencioso administrativo ha sido promovido por los abogados Manuel Edgardo Acosta Oertel y Ricardo Antonio Mena Guerra, ambos abogados y de este domicilio, de treinta y nueve y veintiocho años de edad al iniciarse este proceso, en calidad de Apoderados Generales Judiciales del señor (...) de treinta y cuatro años de edad, empleado y de este domicilio, impugnando de ilegales actuaciones del Tribunal Disciplinario Itinerante de la Policía Nacional Civil y el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil.

Han intervenido en el juicio: la parte actora en la forma indicada; las autoridades demandadas y la licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría, en representación del señor Fiscal General de la República.

CONSIDERANDOS:

ANTECEDENTES DE HECHO. ALEGATOS DE LAS PARTES.

I. En la demanda presentada la parte actora esencialmente expone: 1) Acto Impugnado y Autoridad Demandada. El peticionario dirige su pretensión contra la resolución emitida por el Tribunal Disciplinario Itinerante de la Policía Nacional Civil a las catorce horas y cuarenta y tres minutos del día catorce de julio del año dos mil, por medio de la cual se sanciona al Subcomisionado (...) con ciento ochenta y dos días de suspensión del cargo sin goce de sueldo, por atribuirle la falta cometida en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil; y la resolución emitida en apelación por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, a las nueve horas del día veintidós de julio del año dos mil, mediante la cual se modificó el sobreseimiento otorgado al señor (...) por la sanción de destitución, por la conducta tipificada en el Art. 7 numeral 6 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, y modificar la sanción de ciento ochenta y dos días de suspensión del cargo sin goce de sueldo por la sanción de destitución, por in-

currir en la conducta tipificada en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil. 2. Circunstancias. Relata el demandante que ante una nota anónima denunciando supuestas irregularidades administrativas y disciplinarias de ciertos elementos de la Policía Nacional Civil, entre ellas que los miembros del Comité de Compras, al cual pertenecía el demandante, realizaban licitaciones viciadas que afectaban el patrimonio de la Institución, la Unidad de Control de la Policía Nacional Civil, sin ser la competente para conocer del proceso sancionador, inició una investigación llena de irregularidades; que ello dio lugar a la emisión de un informe que concluyó que las diligencias debían remitirse a la Unidad de Investigación Disciplinaria de la Policía Nacional Civil. Que posteriormente el Director General de la Policía Nacional Civil ordenó la formación de un expediente que debía remitirse al Jefe de la Unidad de Investigación Disciplinaria; que luego que la expresada Unidad realizó una investigación superficial que consistió únicamente en retomar las diligencias realizadas por la Unidad de Control, como tomar declaración de indagados, remitió las diligencias al Jefe de la Unidad de Investigación, quien las envió al Tribunal Disciplinario Itinerante de la Policía Nacional Civil, donde se notificó al señor (...) y se le convocó a la celebración de una audiencia oral. Que durante el transcurso de la audiencia oral se conoció el requerimiento presentado por la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil, quien de forma irresponsable estableció que al comisionado Flores Velásquez se le atribuía la falta señalada en el numeral 6 y 20 del Art. 7 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil; que a fin de recoger la prueba de descargo que ofreció la defensa, el expresado tribunal convocó a la celebración de una audiencia oral, dentro de la cual, luego de escuchar las declaraciones de los testigos y de un sumario debate entre la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil y la defensa, sucintamente resolvió imponer al demandante la falta muy grave establecida en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, que estable-

ce: "el abuso de atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a los compañeros o subordinados, así como a las personas que se encuentran bajo su detención o custodia", sancionándolo con una suspensión del cargo sin goce de sueldo por ciento ochenta y dos días. Que de esa forma el Tribunal demostró una enorme incongruencia con la discusión fáctica y jurídica del caso. Que estando en desacuerdo con dicha resolución, el diecisiete de julio del dos mil interpuso recurso contra la misma. Que el veintitrés de agosto del año dos mil fue notificado de la resolución emitida por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, en la que señaló: "Que la conducta del indagado se enmarca en la falta muy grave del artículo 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario, al quedar plenamente establecido que se extralimitó en sus funciones como miembro del Comité de Compras, al excluir de las reuniones del Comité al asesor legal; y en la falta muy grave del artículo 7 numeral 6, al establecerse que se valió de su cargo como Miembro del Comité de Compras, incurriendo en la figura penal de negociaciones ilícitas, descrita en el Artículo 328 del Código Penal; modificando la sanción impuesta de suspensión del cargo sin goce de sueldo por el término de ciento ochenta y dos días, de la falta del artículo 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario, por la máxima sanción establecida por la comisión de falta muy grave, siendo la sanción de DESTITUCIÓN, la que conforme a derecho procede; igual sanción se aplica para la comisión de la falta muy grave del artículo 7 numeral 6 del Reglamento referido, misma que solicita la Inspectoría General en el recurso interpuesto". 3) Fundamentos de Derecho. Señala que con tales actuaciones se han cometido las siguientes ilegalidades: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL: que la tipificación de las conductas constitutivas de faltas administrativas y sus respectivas sanciones se encuentran plasmadas únicamente en el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, careciendo de cobertura legal, con lo cual se vulnera el principio de legalidad y el principio de reserva de ley en mate-

ria de sanciones administrativas. TRANSGRESION AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Que tanto en el auto de incoación emitido por la Dirección General de la Policía Nacional Civil, como la resolución preliminar notificada por el Tribunal Disciplinario Itinerante, determinaban que el proceso se relacionaba a actividades de negligencia en el desempeño de sus obligaciones como miembro del Comité de Compras de la Policía Nacional Civil, lo cual conllevaba a determinar que el proceso se iniciaba por la falta determinada en el Art. 8 numeral 6 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, y que no obstante lo anterior, sin ninguna armonía con la investigación realizada, se presentó requerimiento ante el Tribunal referido atribuyéndole las faltas muy graves establecidas en el Art. 7 numeral 6 y 20 del referido Reglamento. Que de igual manera el Tribunal Disciplinario Itinerante apartándose del proceso de instrucción y de la acusación establecida en el requerimiento de la inspectoría, decidió imponerle la falta muy grave determinada en el Art. 7 numeral 4, la cual nada tenía que ver con la investigación fáctica que se discutía, y que finalmente, siguiendo el mismo sendero de ilegalidad, el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil lo sancionó por las faltas muy graves contempladas en el Art. 7 numerales 4 y 6 del citado Reglamento. Que con ello los actos impugnados se apartan de las solicitudes formuladas por el órgano instructor y la defensa, introduciendo de oficio nuevos hechos y como consecuencia calificaciones jurídicas diferentes de las cuales nunca tuvo oportunidad de defenderse, y vulnerando el principio de congruencia procesal. ATIPICIDAD DE LAS SANCIONES ATRIBUIDAS: Alega que los hechos imputados al señor (...) deben conciliar con la figura descrita como falta administrativa, es decir, la señalada en el Art. 7 No. 4 y 6 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, y que el hecho que le imputó, no permitir que un asesor jurídico participara en las reuniones del Comité de Compras no encaja en las faltas relacionadas; que no se ha demostrado que exista ningún abuso de atribuciones por parte del

Subcomisionado (...) ni que éste haya realizado prácticas de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios, y que además el asesor jurídico no es ni compañero ni subordinado del Subcomisionado (...). Que en relación a la falta sancionada por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, considerando que los hechos imputados eran constitutivos del delito de negociaciones ilícitas, debe repararse en que éste implica una conducta dolosa, y la investigación realizada se perfiló a determinar una negligencia, figuras que son antagónicas y que determinan que no existe una congruencia lógica entre la investigación y la imputación hecha. Que por otra parte, el Comité de Compras era una institución colegiada y sus decisiones no eran tomadas de forma unilateral. 4) Petición. Con base en lo expuesto, pide que en sentencia definitiva se declare la ilegalidad del acto que adversa.

II- La demanda fue admitida, se tuvo por parte a los abogados Manuel Edgardo Acosta Oertel y Ricardo Antonio Mena Guerra en el carácter en que comparecieron, y se pidió informe al Tribunal Disciplinario Itinerante y al Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil sobre la existencia de los actos impugnados.

Recibidos dichos informes se decretó sin lugar la suspensión de los actos administrativos impugnados, se solicitaron nuevos informes con los fundamentos de legalidad respectivos y se ordenó notificar la existencia de este juicio al señor Fiscal General de la República. El Presidente del Tribunal Disciplinario Itinerante y Director General de la Policía Nacional Civil pretendieron rendir los informes en mención, ante lo cual, mediante auto de las once horas y diez minutos del día veinte de abril del año dos mil uno se previno a los órganos demandados comparecieran en debida forma, ya que la normativa aplicable no otorga ni al Presidente del Tribunal Disciplinario Itinerante ni al Director General de la Policía Nacional Civil la facultad de representarlos.

III. El juicio se abrió a prueba por el término de ley.

Concluido el término probatorio se corrieron los traslados que ordena el Art. 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La parte actora reiteró argumentos expuestos con anterioridad.

El Tribunal Disciplinario solicitó la ineptitud de la demanda aduciendo básicamente: "Que dentro del proceso de depuración de los malos elementos policiales que inicio nuestra Institución y ante la problemática que dentro de la Corporación existía un solo Tribunal con competencia Nacional y para todas las escalas, el trabajo era extremadamente grande por lo que el señor Director en uso de las facultades que le confería el artículo cuarenta inciso segundo creó el Tribunal Disciplinario Itinerante al cual le fueron asignados determinados número de expedientes y una vez depurados dicho Tribunal desapareció, regresando los expedientes al único Tribunal Disciplinario; el que con la entrada en vigencia del actual Reglamento Disciplinario.....en su art. Cincuenta se creó Tribunales Regionales, Nacional y Especial, convirtiéndose el anterior Tribunal Disciplinario en Tribunal Disciplinario de la Región Metropolitana, por lo que es a este Tribunal al que debió demandarse". Que así: "Considerando que los Licenciados Acosta Oertel y Mena Guerra han demandado a una instancia administrativa que no existe, no existiendo, en consecuencia, idoneidad de parte de las personas que hemos suscrito los informes para representar al Tribunal Itinerante, y si bien los hemos firmado, es porque seguimos siendo parte de la corporación, pero asignados a otros cargos..." (folios 293 y 294).

Por su parte el Tribunal de Apelaciones expresó que: "no tuvo solución de continuidad con el desaparecido Tribunal de Apelaciones que fue integrado por el Director General de la Policía Nacional Civil y por los dos Subdirectores Generales de la misma, según así lo establecía el Reglamento Disciplinario emitido el día 7 de junio de 1995, y como consecuencia de ello se carece de antecedentes, razón por la cual no se tuvo oportunidad de conocer de las diligencias o procedimientos disciplinarios tramitados por aquél

Tribunal.....Sin embargo, debido a que en la demanda se anexa fotocopia de la resolución emitida por aquél Tribunal de Apelaciones a las nueve horas del día veintidós de julio del año dos mil, que dice le causa agravio al impetrante (...), este Tribunal no duda de la veracidad de los hechos contenidos en la resolución pronunciada, y siendo ese el único documento del cual disponemos nos adherimos a lo consignado en él" (folios 298).|

Finalmente la representación Fiscal sostuvo básicamente que se ha vulnerado el principio de reserva de ley, porque las sanciones están contempladas en Reglamento. Que sin embargo, si se analiza la actuación de la Administración a la luz del Reglamento, no ha existido la incongruencia alegada, porque si se probó que el demandante incurrió en abuso en el ejercicio de sus funciones al excluir al asesor legal de las reuniones del Comité de Compras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

IV. El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia.

Los actos objeto de la pretensión motivadora de este proceso son:

1) La resolución emitida por el Tribunal Disciplinario Itinerante de la Policía Nacional Civil a las catorce horas y cuarenta y tres minutos del día catorce de julio del año dos mil, por medio de la cual se sanciona al Subcomisionado (...) con ciento ochenta y dos días de suspensión del cargo sin goce de sueldo, por atribuirle la falta cometida en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil; y,

2) La resolución emitida en apelación por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, a las nueve horas del día veintidós de julio del año dos mil, mediante la cual se modificó el sobreseimiento otorgado al señor (...) por la sanción de destitución, por la conducta tipificada en el Art. 7 numeral 6 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, y se modificó la sanción de ciento ochenta y dos días de suspensión del cargo sin goce de sueldo por la sanción de destitución, por incurrir en la conducta

tipificada en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil.

Sobre la ineptitud solicitada.

Como se ha expuesto, la demanda motivadora de este proceso se entabló contra el Tribunal Disciplinario Itinerante de la Policía Nacional Civil, términos en que fue admitida.

En representación del mismo se mostró parte el señor (...), como Presidente del referido Tribunal. Posteriormente, mediante auto de las once horas y diez minutos del día veinte de abril del año dos mil uno, esta Sala emitió resolución, en la cual expuso que la demanda se había encauzado contra el Tribunal Disciplinario Itinerante y el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, pero que la normativa aplicable no le otorgaba ni al Presidente del Tribunal Disciplinario ni al Director General de la Policía Nacional Civil, respectivamente, la facultad de representar a los órganos demandados, por lo cual los escritos presentados por éstos no pueden suplir los informes requeridos. Por tanto, se previno al Tribunal Disciplinario Itinerante y al Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil que comparecieran en debida forma.

Ante tal prevención, comparecieron el Subcomisionado (...), en calidad de Presidente del Tribunal Disciplinario Itinerante, la Subcomisionada (...), Representante del Nivel Superior, el S.I. (...), Representante del Nivel Ejecutivo, y S.I.(...), representante del Nivel Ejecutivo.

Al contestar el traslado, los referidos miembros pidieron la ineptitud de la demanda, aduciendo básicamente:

“Que dentro del proceso de depuración de los malos elementos policiales que inició nuestra Institución y ante la problemática que dentro de la Corporación existía un solo Tribunal con competencia Nacional y para todas las escalas, el trabajo era extremadamente grande por lo que el señor Director en uso de las facultades que le confería el artículo cuarenta inciso segundo creó el Tribunal Disciplinario Itinerante al cual le fueron asignados determinados núme-

ro de expedientes y una vez depurados dicho Tribunal desapareció, regresando los expedientes al único Tribunal Disciplinario; el que con la entrada en vigencia del actual Reglamento Disciplinario (...) en su art. Cincuenta se creó Tribunales Regionales, Nacional y Especial, convirtiéndose el anterior Tribunal Disciplinario en Tribunal Disciplinario de la Región Metropolitana, por lo que es a este Tribunal al que debió demandarse”. Que así: “Considerando que los Licenciados Acosta Oertel y Mena Guerra han demandado a una instancia administrativa que no existe, no existiendo, en consecuencia, idoneidad de parte de las personas que hemos suscrito los informes para representar al Tribunal Itinerante, y si bien los hemos firmado, es porque seguimos siendo parte de la corporación, pero asignados a otros cargos...” (folios 293 y 294).

No obstante tal afirmación, debe repararse que a folios 244 corre agregada copia certificada por notario del Acuerdo emitido por el Director General de la Policía Nacional Civil, de las catorce horas y treinta minutos del día veintitrés de octubre del año dos mil (fecha posterior a la interposición de la demanda) en el cual se nombra al Subcomisionado (...) como “Presidente del Tribunal Disciplinario Itinerante de San Salvador”, en sustitución del Subcomisionado ONI 017 (...): “para que conozca únicamente de los procedimientos disciplinarios iniciados por señalamiento de la Comisión Depuradora nombrada por el Presidente de la República”.

Con ello, se aprecia que el Tribunal Disciplinario Itinerante siguió existiendo, para efectos de seguir conociendo de los procedimientos iniciados a raíz del proceso de depuración. Es vital también establecer que si una de las instituciones creadas temporalmente por el Estado deja de existir, tal inexistencia, no puede excluir de responsabilidad al Estado. En este caso se colige que el Tribunal Disciplinario se constituye en razón y bajo el amparo legal de la Policía Nacional Civil como institución, y es por ello que la responsabilidad de los actos dictados por dicho Tribunal, se entienden realizados bajo el amparo de ésta. Así, es la institución quién deberá

responder por medio de su representante legal, el Director de la Policía Nacional Civil, ante la responsabilidad que se determina en el artículo 9 literal d) de Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador Establecido que no existe la ineptitud alegada, se pasa al análisis del fondo del asunto.

Antes de entrar a conocer sobre los argumentos expuestos por la parte actora, este Tribunal considera necesario el examinar la potestad sancionatoria de la Administración Pública y la aplicabilidad de ciertos principios jurídicos a dicha potestad.

1. Sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Según importantes corrientes doctrinarias, el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de inconstitucionalidad de las doce horas del día veintitrés de marzo de dos mil uno, asume esta postura al decir que: "En la actualidad, se acepta la existencia de dicha potestad (refiriéndose a la potestad sancionadora de la Administración) dentro de un ámbito más genérico, y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste." (Considerando jurídico V.4 de la Sentencia ref. 8-97Ac).

De similar manera, esta Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido en diversas sentencias que la potestad sancionadora de la Administración Pública puede definirse como aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados,

por actos de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. En similares términos, y parafraseando a Luciano Parejo Alfonso, también ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración materializa actuaciones que traducen un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, agregando que: "La finalidad que guía tal potestad es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general." (entre otras, Sentencia del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ref. 29-G-91).

Como se constata, es criterio asumido tanto por esta Sala como por la Sala de lo Constitucional, que la potestad sancionadora de la Administración encuentra común origen con el Derecho Penal al derivarse del mismo tronco del *ius puniendi* del Estado.

El tratadista español Alejandro Nieto resume el concepto referido de la siguiente manera, que aunque crítica, permite comprender su configuración: "La idea del *ius puniendi* único del Estado, (...), nos descubre un recurso dogmático que en Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior y único -un supraconcepto- en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen. Esto es, como sabemos, lo que se ha hecho con la potestad sancionadora del Estado, en la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas. Una técnica que se reproduce simétricamente con el supraconcepto del ilícito común, en el que se engloban las variedades de los ilícitos penal y administrativo y que se corona, en fin, con la creación de un Derecho punitivo único, desdoblado en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador." (Derecho Administrativo Sancionador, segunda edición ampliada, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1994).

Esta potestad sancionadora de la que está dotada la Administración tiene cobertura constitucional en el artículo 14, que establece la fa-

cultad punitiva del Órgano Judicial, y por excepción, la de la Administración. La sentencia de Inconstitucionalidad (ref. 8-97Ac), antes citada, lo expone con claridad en el mismo considerando jurídico: "Si bien es cierto que existe una potestad jurisdiccional que exclusivamente es ejercida por el OJ (Órgano Judicial), dentro de la cual se encuentra la facultad de imponer penas según el Art. 14 Cn., también existe una potestad sancionadora de la Administración Pública, igualmente conferida en el mismo artículo...". Sin duda, es en esta norma constitucional en la que se encuentra el fundamento en el ordenamiento jurídico salvadoreño de la potestad penal y la potestad sancionadora administrativa.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, la misma disposición citada en el párrafo anterior sujeta inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del Art. 86 de la Constitución. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

2. Sobre los Principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien

dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

La tesis de este trasvase de principios no es unívocamente aceptada en el Derecho comparado, aunque se encuentra más asentada en ordenamientos tradicionalmente emparentados con el nuestro. Al respecto, Alejandro Nieto señala para el caso español: "La unanimidad que sobre el 'sí' reina en nuestro Derecho no debe dar la impresión de que se trata de un fenómeno universal y nada polémico en otros países, antes al contrario. En Francia (...) la Jurisprudencia y la doctrina han afirmado unánimemente lo contrario hasta hace muy poco. Y en Italia, (...) la Corte Constitucional se niega terminantemente a aplicar a los ilícitos administrativos los principios constitucionales del Derecho Penal, cuidándose, además, de advertir expresamente que esta diferencia de regímenes no rompe el principio de igualdad".

Es menester en ese sentido referirse a la realidad jurídica salvadoreña, particularmente a las sentencias de la Sala de lo Constitucional vinculadas con el tema. A este efecto resulta ilustrativo examinar ciertas consideraciones vertidas en la sentencia de inconstitucionalidad de las doce horas del día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos (ref. 3-92, acumulado al 6-92) que contiene expresas menciones a esta materia. La construcción dogmática que se hace en los considerandos jurídicos XI al XIV de la sentencia discurre sobre la aplicabilidad o no de los principios que rigen en el proceso penal a la actividad de la Administración, específicamente en el Derecho Tributario Sancionador, pero sus valoraciones son claramente extensibles a toda la materia

sancionatoria.

La exposición inicia con una breve consideración sobre la naturaleza jurídica del "ilícito tributario", "infracción tributaria" y "sanción administrativa". Una primera conclusión a la que se llega es que no hay diferencia ontológica o cualitativa entre el ilícito penal común y el ilícito tributario (que es un tipo de ilícito administrativo), y sus diferencias de grado o cuantitativas son meramente formales y no de fondo. Como consecuencia de esta conexión ontológica -que se desprende nuevamente del tronco común del ius puniendi- resulta la migración de los principios penales al ámbito administrativo sancionador. En palabras citadas de Pérez Royo lo que sucede es que: "se va produciendo la progresiva introducción de garantías y principios tradicionales del Derecho Penal en el ámbito de las infracciones administrativas y las correspondientes sanciones...". Para ilustrar la referida postura jurídica, se cita la sentencia del Tribunal Constitucional español 18/81, del ocho de junio de ese año: "Ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, (...), hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales". Se afirma además que dicha idea no es novedosa en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, pues dos sentencias así lo demuestran, y se concluye que tanto en la creación como en la aplicación de las normas relativas a las infracciones y sanciones tributarias habrán de estar presentes los principios decantados en la creación de la teoría general del delito.

Finalmente conviene apuntar una idea consignada en dicha sentencia que sirve de colofón: "La idea expuesta en el acápite precedente significa -como ineludible derivación- que el vocablo "delito" consignado en el Artículo 12 inciso primero de la Constitución debe entenderse no en sentido estricto, sino indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es, conducta humana que en virtud de mandato legal

se hace reprochable a efecto de sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas, y específicamente las tributarias. Esta equiparación -que no puede hacerse más que al raso de la teoría general del delito- implica que los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son los que se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del concepto."

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

Aceptada que sea la tesis del tronco común de ambas potestades, la penal y administrativa, el debate sobre la aplicación por trasvase de los principios que encauzan el derecho penal no es respecto a su pertinencia, sino respecto a la forma en que estos principios pasan del primer ámbito al segundo. En palabras de Alejandro Nieto: "...la principal dificultad se encuentra en la determinación de 'qué' principios van a ser aplicados y, sobre todo, de 'hasta qué punto' van a serlo." Ciertamente, dicho tema no es materia de esta sentencia, y de manera indudable dependerá de las elaboraciones jurisprudenciales que cada caso controvertido exija.

Con tales antecedentes, se pasa al análisis de los argumentos del demandante.

3. Violación al principio de reserva de ley.

Aduce el demandante que la tipificación de las conductas constitutivas de faltas administrativas y sus respectivas sanciones se encuentran plasmadas únicamente en el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, careciendo de cobertura legal, con lo cual se vulnera el principio de legalidad y el principio de reserva de ley en materia de sanciones administrativas.

En el Derecho Administrativo sancionador, ha de diferenciarse entre las sanciones cuyos efectos operen ad intra de la Administración, y aquellas que tengan un destinatario externo. Estas últimas persiguen un interés social y operan en el común de administrados, las primeras en cambio, atañen a la potestad disciplinaria que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados a su organización. Tales sanciones buscan mantener su disciplina interna, para lo cual se ha dotado a la Administración de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer a sus agentes sanciones vinculadas normalmente al régimen funcional al que pertenecen.

La doctrina sostiene que la peculiaridad de estas sanciones reside en el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propio funcionamiento.

Se sostiene que tales sanciones: «...no son, en definitiva, más que sanciones administrativas cualificadas por el tipo de relación jurídica sustantiva (que, a su vez, está en función del tipo de organización y su fin propio) sobre el que operan: la relación de empleo público», y que: “Se explica así, el distinto alcance y, por tanto, el diferente régimen de la potestad disciplinaria en el seno de la Administración Pública” (Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco, Ortega Álvarez: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, Pág. 313).

Nos encontramos ante una potestad doméstica, vocada a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización y funcionamiento y no contra los ciudadanos en abstracto.

Lo anterior no implica que los destinatarios de tales sanciones estén desprotegidos o que no apliquen las garantías constitucionales generales, sin embargo, sí es claro que en su aplicación han de entenderse matizados los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho sancionatorio común.

Así lo sostiene también Miguel Sánchez Morón en su obra “Derecho de la Función Pública”, al afirmar que en las sanciones relativas al régimen disciplinario: “El reglamento puede complementar lo dispuesto en la ley por relación a la tipificación de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes”, ya que: “resultaría exagerado imponer al legislador la carga de regular con todo detalle las infracciones y sanciones administrativas, o más en concreto, disciplinarias”. Añade que esto naturalmente no admite “regulaciones reglamentarias independientes y no claramente subordinadas a la ley”. (Miguel Sánchez Morón: Derecho de la Función Pública. Editorial Tecnos, S.A., 1997, Madrid).

En síntesis, su especial fin y naturaleza no permite aplicar de manera absoluta la premisa de reserva de ley en la tipificación de sanciones internas o de sujeción especial, sino, será en cada caso que habrá de determinarse si la sanción regulada en reglamento es acorde a los principios y garantías constitucionales.

4. Normativa aplicable.

La normativa aplicable al caso en análisis es la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, Decreto Legislativo número doscientos sesenta y nueve, de fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos dieciséis, del diez de agosto de ese mismo año. Ésta, en el Art. 34 del CAPÍTULO VI “Régimen Disciplinario”, estipulaba que habría un Reglamento Disciplinario que establecería la

gradualidad de las sanciones disciplinarias aplicables a los miembros de dicha institución.

Por otra parte, por Decreto Ejecutivo número cuarenta y ocho, de fecha siete de junio de mil novecientos noventa y cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento seis, tomo trescientos veintisiete, de fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y cinco, se emitió el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil. El referido Reglamento establecía en su Art. 1 que el mismo tenía por objeto desarrollar los principios contenidos en el capítulo VI de la Ley Orgánica de dicha Institución. Dicha disposición se refería a la Ley Orgánica derogada antes relacionada.

El Art. 34 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil consignaba que los miembros de dicha institución estarían sujetos a ciertas sanciones disciplinarias, según la gravedad de la falta en que hubieren incurrido, entre ellas la destitución contemplada en el numeral 6 de dicho artículo. El inciso tercero de la misma disposición establecía por exclusión que la sanción de destitución, entre otras, sería impuesta por el Tribunal Disciplinario y en caso de apelación conocería el Tribunal de Apelaciones de la misma institución. El inciso cuarto del mismo Art. 34 estipulaba que el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil establecería la gradualidad de la sanción.

Por su parte, el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil vigente a la fecha de emisión de las resoluciones impugnadas, el cual según su Art. 1 desarrolla los principios contenidos en el Capítulo VI de la Ley Orgánica de dicha institución, establecía en el inciso primero del Art. 2 que todos los miembros de la Policía Nacional Civil, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen y la situación funcional o administrativa en que se encuentren, estarían sujetos a lo dispuesto en dicho Reglamento.

En el Título III "De las Faltas", Capítulo I "Faltas Muy Graves", del mismo Reglamento, se realizaba una tipificación de las faltas disciplinarias que encajan en tal categoría, entre las que se encuentran

las atribuidas al demandante, como posteriormente se analizará.

5. Sobre las violaciones al principio de congruencia y tipicidad de las sanciones.

Afirma el demandante que tanto en el auto de incoación emitido por la Dirección General de la Policía Nacional Civil, como la resolución preliminar notificada por el Tribunal Disciplinario Itinerante, determinaban que el proceso se relacionaba a actividades de negligencia en el desempeño de sus obligaciones como miembro del Comité de Compras de la Policía Nacional Civil, y sin embargo, sin ninguna armonía con la investigación realizada, se presentó requerimiento ante el Tribunal referido atribuyéndole las faltas muy graves establecidas en el Art. 7 numeral 6 y 20 del referido Reglamento, y éste finalmente apartándose del proceso de instrucción y de la acusación establecida en el requerimiento de la inspectoría, decidió imponerle la falta muy grave determinada en el Art. 7 numeral 4, la cual nada tenía que ver con la investigación fáctica que se discutía. Que en el mismo sentido, apartándose de la congruencia, el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil lo sancionó por las faltas muy graves contempladas en el Art. 7 numerales 4 y 6 del citado Reglamento.

Señala también que se violó el principio de tipicidad, ya que las conductas que se le atribuyeron no encajaban en las normas por las cuales se le pretendió sancionar.

Como ya se ha señalado, a la fecha en que se emitieron los actos adversados se encontraba vigente el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, Decreto Ejecutivo número cuarenta y ocho, y la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, emitida por Decreto Legislativo número doscientos sesenta y nueve.

El demandante fue sancionado específicamente por las "Faltas Muy Graves" siguientes:

"Art. 7 numeral 4. El abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a los compañeros o subordinados, así como a las personas que se encuentran bajo su detención o custodia"; y,

“No. 6. “Cualquier conducta constitutiva de delito doloso o preterintencional”.

a) En relación a la actuación del Tribunal Disciplinario.

Como se ha expuesto en la relación de los hechos de este proceso, al señor (..) , quien formó parte del Comité de Compras de la Policía Nacional Civil, se le imputaron irregularidades en las licitaciones que afectaron el patrimonio de la Institución, por lo cual se siguieron diligencias en la Unidad de Control de la PNC y posteriormente en la Unidad de Investigación Disciplinaria. Tales irregularidades estaban vinculadas con una adjudicación a (...). El Tribunal Disciplinario concretó su acusación, básicamente, en el hecho de haber excluido al asesor jurídico de las reuniones del Comité de Compras.

En la resolución emitida por el Tribunal Disciplinario a las catorce horas y cuarenta y tres minutos del día catorce de julio del año dos mil –acto impugnado en este proceso- se consignó las declaraciones de los testigos Ingeniero (...), ex Director de la Policía Nacional Civil, y los licenciados (...) y (...), quienes también formaron parte del relacionado Comité de Compras.

En tales declaraciones, el Ingeniero (...) expuso que el Subcomisionado (...) fue miembro del Comité de Compras, nombrado como delegado de la Dirección General, aclarando que el Comité de Compras era colegiado, que inició procedimiento disciplinario al Comité de Compras, que también lo hizo a la Unidad de Control, la División de Investigación Criminal y la Fiscalía General de la República, trascendiendo a la esfera de la Asamblea Legislativa y la Corte de Cuentas, y: “en ninguna de las instancias hubo responsabilidad de ningún tipo para el Subcomisionado (...) ...”. Enfatizó que todos los actos del referido Subcomisionado fueron avalados por él, y dentro de sus lineamientos.

El licenciado (...) sostuvo: “...en relación al Comité de Compras era presidente, siendo colegiado el mismo; no pueden ser atribuible individualmente al Subcomisionado (...)con referencia a problemas

con (...) y las adjudicaciones realizadas, recuerda haber impuesto las multas a (...) , con relación a observaciones para no ser asignada la licitación a (...) , responde conocía pero las mismas no se comprobaban...”. Señala que no avaló la exclusión del Asesor Jurídico. En dicha audiencia la defensa manifestó que en todo caso, la conducta atribuible al Subcomisionado (...) era negligencia.

Con tales bases el Tribunal Disciplinario manifestó que la conducta atribuida al Subcomisionado (...) en el requerimiento “no se tipifica”, “pero sí determinó las conductas de extralimitación de atribuciones en su función de representante de la Dirección General, contemplada en la falta muy grave del artículo siete numeral cuatro”.

Como se ha expuesto, la referida disposición recoge como conducta constitutiva de infracción:

“El abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a los compañeros o subordinados, así como a las personas que se encuentran bajo su detención o custodia”.

Del literal de la disposición transcrita, se desprende que el tipo comprende conductas referidas al ejercicio de potestades propias del cargo de que es titular el funcionario, en las cuales se actúe fuera de los marcos y límites del mismo, o para fines distintos del interés público, tanto expresando el abuso en relaciones externas como internas. Asimismo, encaja en el tipo -a su tenor- actuaciones “inhumanas” o “degradantes” no relacionadas con el ejercicio de las funciones, tales como conductas prepotentes que menoscaben la dignidad de los sujetos ahí enumerados.

El Tribunal Disciplinario calificó el hecho que el demandante no permitiera la participación del Asesor Jurídico en las Sesiones del Comité de Compras como extralimitación de atribuciones, calificación apegada a Derecho, ya que el cargo del demandante no le otorgaba la potestad de decidir la no comparecencia del referido Asesor. Tampoco ha existido violación al principio de congruencia, ya que,

independientemente de la precalificación que se haya hecho a la conducta sancionable en el proceso de instrucción, lo determinante es que no variaron los hechos que se imputaban al Subcomisionado (...). La calificación de los mismos en la norma pertinente, es un análisis que la autoridad administrativa, en aplicación del Derecho podía validamente realizar.

En consecuencia, la actuación del Tribunal Disciplinario no fue contraria a Derecho, en tanto atribuyó al demandante la falta contemplada en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, sancionándolo con ciento ochenta y dos días de suspensión del cargo sin goce de sueldo.

b) En relación a la actuación del Tribunal de Apelaciones.

Como se ha expuesto, el Tribunal de Apelaciones modificó la sanción de ciento ochenta y dos días de suspensión por la sanción de destitución, en relación a la falta muy grave tipificada en el Art. 7 numeral 4 del Reglamento Disciplinario de la PNC, y modificó el sobreseimiento otorgado por la sanción de destitución, al establecerse que incurrió con su conducta en la falta muy grave del Artículo 7 numeral 6 del Reglamento Disciplinario.

El numeral 6 del referido artículo 7 establece como falta muy grave: "Cualquier conducta constitutiva de delito doloso o preterintencional".

Cuando el Reglamento tipifica como falta las conductas o actos constitutivos de delito, otorga a la autoridad administrativa la potestad de determinar si en la conducta del funcionario existen elementos constitutivos de delito, y en base a ellos imponer sanciones.

El Tribunal de Apelaciones sostuvo en su resolución que el indagado se "valió de su cargo como miembro del Comité de Compras, para decidir sobre otros miembros a fin que se le adjudicara la licitación a la empresa (...)", y que con ello: "se configura el delito de negociaciones ilícitas contenido en el Art. 328 del Código Penal".

La referida disposición establece: "El funcionario o empleado públi-

co que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo. El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, intervinere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo. La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal intervinere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos".

Si bien la normativa otorga a la Administración la potestad de valorar si los componentes que perfilan o forman una conducta son constitutivos de delito, aún cuando éste no se determine en un cien por ciento como tal, es preciso naturalmente que se prueben los elementos base que determinarían la conducta ilícita.

En el caso en análisis, es claro que para que ésta se configurase, eran elementos esenciales que el funcionario: "se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones", o que: "aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios".

Tales hechos no se han establecido ni probado en forma alguna en relación al demandante, por lo cual la actuación del Tribunal de Ape-

laciones ha sido contraria a Derecho al atribuirle la falta en mención, violando el principio de tipicidad.

La exigencia de la tipicidad encuentra su asidero constitucional en los principios de legalidad y seguridad jurídica. Esta Sala ha resuelto anteriormente que esta exigencia se traduce en que para la imposición de una sanción administrativa se requiere la necesaria existencia de una norma previa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción. El catedrático Garberí Llobregat, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo de España distingue entre este principio y el de legalidad en que mientras este último se observa mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, el primero lo es mediante la precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse. En otras palabras, se cumplen con ambos los requisitos de *lex praevia* y el de *lex certa*. Parafraseando a Jescheck, concluye que la "conducta típica" es aquella donde se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica.

Agrega Garberí Llobregat que si bien la tipicidad se desenvuelve en el plano teórico mediante la declaración expresa en la norma de los hechos constitutivos de infracción y de sus consecuencias represivas, en la práctica ello implica la imposibilidad de atribuir las consecuencias jurídicas de la norma a conductas que no guardan similitud con las señaladas en las normas. En otras palabras, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no puede ser subsumida en la infracción contenida en la norma. Citando nuevamente jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera la exigencia de la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales de la ilicitud y de la imputabilidad, rechazando cualquier interpretación extensiva, analógica o inductiva.

De tal manera, la aplicación de sanciones no es una potestad discrecional de la Administración, sino una debida aplicación de las normas pertinentes que exige certeza respecto a los hechos sancionados. Esta certeza deberá comprobarla suficientemente el órgano sancionador con los medios probatorios que resulten conducentes,