

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007



TEMA

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, UN INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA EFECTIVIDAD EN LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DEL ESTADO HACIA EL CUMPLIMIENTO DE SU FINALIDAD CONSTITUCIONAL.

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

PRESENTADO POR:

CLAUDIA CAROLINA, CLEMENTE CABEZAS
ROXANA GUADALUPE, GARCIA PACHECO
SARA ABIGAIL, RUBIO DE SANCHEZ

LIC. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2015.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

VICERRECTOR ACADÉMICO

MAESTRO ÓSCAR NOÉ NAVARRETE

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA

SECRETARÍA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIADO JOSÉ REINERIO CARRANZA

DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA

DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. JESUS ERNESTO PEÑA MARTINEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios: todo poderoso por haberme brindado la sabiduría necesaria y la inteligencia que fueron fundamentales en el recorrido por alcanzar el éxito.

A mis padres: Doris Elizabeth Cabezas Laguán por su ardua labor desempeñada como madre y amiga, por su destacado esfuerzo en brindarme las herramientas necesarias para alcanzar el fin trazado, por su amor, comprensión y fe en mi. A mi padre José Miguel Clemente por ser el motor que me impulsa a ser siempre mejor y seguir adelante en el camino a alcanzar mi meta como profesional.

A mi hijo: Carlos José Casoverde Clemente, por ser el motor que impulsa mi vida y por quien tanto he luchado para poder darle siempre lo mejor.

A mi familia: por su apoyo incondicional para llegar a culminar mi formación como profesional y ayudar a alcanzar este sueño que llega a materializarse.

A mis compañeras de tesis: Roxana García y Sara Rubio, amigas y compañeras de tesis, que con esfuerzo, dedicación, paciencia, tolerancia y entendimiento logramos ejecutar el presente Trabajo de investigación a quienes recordare siempre.

A nuestro asesor: Licenciado Jesús Ernesto Peña Martínez por su tiempo y conocimientos brindados para lograr cumplir con la investigación.

CLAUDIA CAROLINA CLEMENTE CABEZAS.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODO PODEROSO: por ser el guía en mi vida, por bendecirme cada día a lo largo de este proceso académico. Por darme sabiduría, fuerza para vencer todas las adversidades que se me presentaron en mi carrera.

AMI MADRE: María Marta Pacheco, por su sacrificio, comprensión, confianza, por tanto amor incondicional, apoyo en los momentos difíciles de mi formación profesional y además de guiarme siempre por un buen camino y con ello pude así conseguir esta meta.

A MI HIJO: Eliseo Jesús, por su paciencia y comprensión por ser mi inspiración para seguir adelante y la razón que motiva a superarme profesionalmente.

A JOSE MARTIN: por su paciencia, por ser una persona importante en mi vida y estar siempre conmigo brindándome su apoyo y comprensión.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: Sara y Claudia, por haberme comprendido siempre y darme ánimos para seguir adelante y no desvanecer en los momentos difíciles de nuestra carrera.

A MI ASESOR DE TESIS: Licenciado, Jesús Peña, bajo cuya dirección se ha realizado este trabajo por su invaluable apoyo y asesoramiento durante la elaboración de la tesis.

ROXANA GUADALUPE GARCIA PACHECO

AGRADECIMIENTOS

A Dios, mi padre porque él es quien da la sabiduría y de él viene el entendimiento, quien nos enseña a vivir con esperanza tras las adversidades que se nos presentan.

Como arquitecto de la creación, le doy infinitas gracias por el triunfo obtenido.

A mi familia quienes fueron un pilar importante para lograr este objetivo, ya que sin su apoyo no podría haberlo realizado. Quienes me animaron he inspiraron con su ejemplo y su espíritu de lucha.

A mi esposo, por ser el instrumento que Dios ha utilizado para apoyarme en los momentos difíciles, dándome fortaleza para concretizar el presente trabajo.

SARA ABIGAIL RUBIO DE SÁNCHEZ

ABREVIATURAS

| | |
|---------------|-----------------------------|
| D.L. | Decreto Legislativo. |
| LEG. | Ley de Ética Gubernamental. |
| C.COM. | Código de Comercio. |
| Cn. | Constitución. |
| Ref. | Referencia. |
| Pág. | Página. |
| ss. | Siguientes. |

SIGLAS

| | |
|-------------|--|
| D O | Diario Oficial. |
| CLAD | Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. |
| CSJ | Corte suprema de Justicia |
| TEG | Tribunal de Ética Gubernamental. |

INDICE

| TEMA | PÁG. |
|-------------------|------|
| INTRODUCCION..... | i |

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

| | |
|--|----|
| 1.1. Referencia histórica..... | 1 |
| 1.2. Concepto de Derecho Administrativo..... | 6 |
| 1.3. Características del Derecho Administrativo..... | 10 |
| 1.4. Fuentes del Derecho Administrativo..... | 20 |
| 1.4.1 Fuentes del Derecho Administrativo Salvadoreño..... | 21 |
| 1. La Constitución como fuente del Derecho Administrativo..... | |
| 2. Los Tratados como fuente del Derecho Administrativo..... | 46 |
| 3. La Ley como fuente del Derecho Administrativo..... | 47 |
| 4. Los Reglamentos como fuente del Derecho Administrativo..... | 50 |
| 5. La Costumbre..... | 51 |

CAPÍTULO II

POTESTADES ADMINISTRATIVAS

| | |
|---|----|
| 2.1. Nociones generales..... | 56 |
| 2.2. Distintos conceptos de potestades administrativas..... | 58 |
| 2.3. Características de las potestades administrativas..... | 59 |

| | | |
|------|---|----|
| 2.4. | Clasificación de las potestades administrativas..... | 60 |
| 2.5. | Potestad administrativa según la Legislación Salvadoreña..... | 69 |

CAPÍTULO III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACION PÚBLICA

| | | |
|------|---|----|
| 3.1. | Nociones generales..... | 76 |
| 3.2. | La administración..... | |
| 3.3. | La administración pública..... | 78 |
| 3.4. | Funciones de la administración pública..... | 82 |
| 3.5. | Funciones esenciales según la Legislación Salvadoreña..... | 85 |
| 3.6. | Actividades de la administración pública..... | 93 |
| 3.7 | Relación entre Derecho Administrativo y administración pública..... | 95 |

CAPITULO IV

SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO-ADMINISTRATIVA Y LA ETICA PÚBLICA.

| | | |
|--------|---|-----|
| 4.1. | Aspectos generales | 97 |
| 4.1.1. | La función pública..... | |
| 4.1.2. | Los servidores públicos y el interés general..... | 101 |
| 4.1.3. | Definición de relación jurídica..... | 102 |
| 4.1.4. | Definición de relación jurídico-administrativa..... | 103 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 4.1.5. | Sujetos de la relación jurídico-administrativa..... | 105 |
| 4.1.6. | Características de la relación jurídico- administrativa..... | 106 |
| 4.1.7. | Estructura de la relación jurídico-administrativa..... | |
| 4.2. | Derecho subjetivo administrativo e interés legítimo..... | 107 |
| 4.2.1. | Interés colectivo..... | 108 |
| 4.3. | Derechos y obligaciones administrativas..... | 109 |
| 4.4. | Régimen de los servidores públicos..... | 111 |
| 4.4.1. | Naturaleza del estatuto público..... | |
| 4.4.2. | Base constitucional en El Salvador..... | 118 |
| 4.5. | La ética pública..... | 121 |
| 4.5.1. | Definición de ética..... | |
| 4.5.2. | Referencia histórica de la ética pública..... | 122 |
| 4.5.3. | Formación ética..... | 125 |
| 4.5.4. | La ética pública y el servidor público..... | 128 |
| 4.5.5. | El perfil del servidor público..... | 132 |
| 4.5.6. | Principios del servidor público..... | 134 |
| 4.5.7. | La ética y sus exigencias en la administración pública..... | 136 |

| | |
|--|------------|
| 4.6. Ética y corrupción..... | 138 |
| 4.6.1. Integridad ética de los funcionarios..... | 139 |
| 4.6.2. Corrupción en El Salvador..... | 142 |
| 4.6.3. Regulación de la ética en El Salvador..... | 155 |

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|----------------------------------|------------|
| 5.1. CONCLUSIONES..... | 164 |
| 5.2. RECOMENDACIONES..... | 167 |
| 5.3. BIBLIOGRAFÍA..... | 169 |

INTRODUCCION

La noción del Derecho Administrativo viene en permanente movimiento, derivada del cambio de enfoques y desarrollo del Estado, la gestión de los servicios, la estructura y funcionamiento, las relaciones del Estado con sus ciudadanos entre otros. Tiene una serie de singularidades propias que lo diferencian del resto de disciplinas jurídicas. Ya no es un Derecho “In fieri”, como algunos autores clásicos en principio lo denominaron. Por tanto es una disciplina jurídica autónoma de cualquier otra rama del Derecho con principios desarrollados¹; que ha llegado a su actual estado de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial a través de un proceso de acumulación y adaptación de técnicas e instituciones provenientes de diversos períodos históricos, que van sufriendo un proceso de constante adaptación a las necesidades públicas, muchas veces opuestas a las razones que motivaron su creación. Contiene en su mayor parte el estudio de normas relativas a la administración, siendo el umbral de esta disciplina la determinación del concepto de administración y su aplicación en la administración pública.

La administración pública es una organización a la que corresponde satisfacer los intereses generales de sus respectivas comunidades, en el referente cotidiano de la población para evaluar el funcionamiento y la efectividad del régimen democrático, ya que reviste de gran importancia para la legitimidad de éste.

En ese sentido, para mantener y profundizar la democracia, debe ponerse atención no solo a las demandas de la población, convirtiéndolas en acciones y decisiones orientadas a satisfacerlas, sino también al

¹Mejía, Henry Alexander. “Manual de Derecho Administrativo”, 1ª edición, editorial Cuscatleca, San Salvador, 2014, pág. 62.

funcionamiento de las organizaciones que se encargan de materializar e individualizar dichas demandas para satisfacerlas concreta y efectivamente, en el que la legitimidad de acción de las instituciones del Estado pueda verse desde su actuación dentro de las normas democrático-constitucionales hasta su capacidad de responder a las demandas de la población dentro de su ámbito de actuación: seguridad, justicia, salud, empleo, entre otras. Ya que, del resultado de esta relación dependerá en buena medida la percepción general que se tendrá de las políticas públicas, que de no parecer certeras, minarán el grado de legitimidad no tanto de la administración, sino principalmente de los gobernantes.

Es importante tener en cuenta que la transparencia en la administración es indispensable para lograr mayor eficiencia y legitimidad ante la población. Debe ser vista como un proceso que implica una verdadera transformación cultural en la forma de concebir el servicio público, sometiendo la administración pública y el desempeño de los servidores públicos al escrutinio de los ciudadanos.

Al respecto la cultura de transparencia debe promoverse buscando ir más allá de legislaciones o decretos, para pasar a prácticas reales; debe estar fundamentada en cuanto a valores que se consideran en la actualidad, como los que conforman las prácticas transparentes: claridad de las normas, rendición de cuentas, acceso a la información y participación ciudadana.

Es por ello que el objetivo principal de esta investigación es determinar cuáles son los principios fundamentales del Derecho Administrativo que sirven de instrumento para mejorar la efectividad en las funciones administrativas del Estado hacia el cumplimiento de su finalidad constitucional, principios que en la actualidad están reconocidos en el ordenamiento jurídico, incluso constitucionalizados; lo que conlleva a que las

autoridades administrativas y los tribunales de justicia queden vinculados y, por tanto a aplicarlos; citando necesariamente los principios de: legalidad, confianza legítima, reserva de ley, proporcionalidad, entre otros.²

²Mejía, Henry Alexander. "Manual de Derecho Administrativo", 1ª edición, editorial Cuscatleca, San Salvador, 2014, pág. 107.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1. Referencia histórica

La noción del Derecho Administrativo es una noción que viene en permanente movimiento, derivada del cambio de enfoques y desarrollo del Estado, la gestión de los servicios, la estructura y funcionamiento, las relaciones del Estado con sus ciudadanos, entre otros³.

El Derecho Administrativo ha llegado a su actual estado de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial a través de un proceso de acumulación y adaptación de técnicas e instituciones provenientes de diversos períodos históricos; el cambio de las circunstancias históricas ejerce una preponderante influencia sobre los fines de las instituciones del Estado, que van sufriendo un proceso de constante adaptación a las necesidades públicas, muchas veces opuestas a las razones que motivaron su creación⁴. Por ello, resulta indispensable la comprensión histórica de los principios que hoy nutren al Derecho Administrativo y a sus principales instituciones, a fin de poder explicar e interpretar su origen, desarrollo y transformación. Tiene raíces comunes en casi la totalidad de los Estados del continente Europeo, debido a que es un producto cultural, que se ha ido creando al ritmo de la construcción del Estado de Derecho, desde sus orígenes hace más de dos siglos, cuando se consolida la división de poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos ante los poderes públicos en el marco del Estado Constitucional, según la cual el poder legislativo asume el monopolio

³Bernal Francisco, Javier. "Derecho Administrativo", Programa de Administración Pública Territorial, Escuela Superior de Administración Pública, Álvarez Collazos, Augusto, Bogotá enero, 2008, pág. 12.

⁴Cassagne, Juan Carlos. "Derecho Administrativo", 7ª edición actualizada, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 103.

de la ley, y el ejecutivo la capacidad de hacer cumplir lo dictado por el legislativo.

Su origen próximo lo encontramos en la época inmediatamente posterior a la Revolución Francesa; sin embargo, podemos encontrar algunos antecedentes en épocas anteriores a ésta, como se muestra a continuación:

1.1.1. El Estado Absolutista

El Estado moderno, tal como lo conocemos hoy, es la forma de organización política que emerge en Europa como consecuencia de la descomposición del régimen feudal. Es un fenómeno netamente europeo, más precisamente de Europa Occidental, que tendrá repercusiones posteriormente en América.

El Monarca emerge como una unidad superior y soberana por la concentración del poder que se reúne en sus manos. Los legistas y los post-glosadores contribuirán con su aporte doctrinario y así se elaborará toda la teoría de la monarquía absoluta y su legitimación por la gracia divina⁵. Es así como la historia contemporánea se complace en subrayar los fundamentos políticos del sistema, pero el alcance administrativo sigue siendo poco apreciado o incluso se ignora totalmente, en el que poco a poco la frase "Derecho Público" ganará terreno, relegando la expresión antiguamente usual "Derecho común".

⁵La monarquía absoluta es una forma de gobierno en la que el monarca (lleve el título de rey, emperador, zar o cualquier otro) tiene el poder absoluto. No existe en ella división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Aunque la administración de la justicia pueda tener una autonomía relativa en relación al rey, o existan instituciones parlamentarias, el monarca absoluto puede cambiar las decisiones o dictámenes de los tribunales en última instancia o reformar las leyes a su voluntad (la palabra del Rey es Ley). Hasta el siglo XVII predominaba la idea de que el poder se justificaba de manera natural o apelando a instancias religiosas, de forma que más allá de todo cambio circunstancial, los seres humanos vivían en sociedades ordenadas y reguladas conforme a ciertas reglas que excedían su capacidad de decisión. Así, el rey lo era por gracia de Dios (como se afirmaba desde las concepciones monárquicas) o los esclavos lo eran por naturaleza (como proclamara Aristóteles).

Teniendo una importancia decisiva la obra que lleva el título: "Droit Public de France⁶" la cual fue escrita por el Abad Claude Fleury. El Derecho Público se encuentra despojado de la teoría del poder y definido por la policía, o sea reducida al mantenimiento del orden y al cumplimiento de la justicia.

Ocurre lo propio en la obra de Domat: "Traité des lois⁷". Con la cual puede reconocerse en Domat al principal fundador de la Ciencia Administrativa francesa liberal, aunque sólo haya definido de manera adecuada la tarea esencial del Estado: mantener la nación.

1.1.2. Hacia el Estado de Derecho

La transición de la época que hemos analizado a esta nueva etapa se produce como consecuencia de la Revolución Inglesa (1688), la Emancipación Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y los pensamientos que las inspiran. Claro está que estos hechos no se producen de sí, sino que reconocen la convergencia de una serie de circunstancias que precipitan la caída de la monarquía absoluta y el advenimiento del Estado de Derecho.

1.1.3. Época de la Revolución Francesa

La mayoría de los autores que se han enfrentado con el estudio de la elaboración histórica del Derecho Administrativo, entienden que esta rama del derecho nace de la Revolución Francesa. En efecto, la Revolución Francesa fue una revolución política, social y económica, sobre la cual se va

⁶"Droit Public de la France" (Derecho Público de Francia), obra escrita por el historiador eclesiástico francés y cisterciense abad, quien condujo hábilmente a través de controversias doctrinales contemporáneas, abogando por una restricción del poder papal.

⁷La obra "Traité des Lois" ofrece una exposición acerca de la interpretación de la Ley. Según Domat, la interpretación es necesaria en dos clases de casos: la primera se da cuando hay obscuridad, ambigüedad o defecto de expresión y segundo, cuando el sentido de la Ley es evidente según sus términos.

a construir el Estado de Derecho y el liberalismo. De hecho significa el fin del Estado Absoluto; la organización política que se va a encontrar va a tener poderes limitados, no sólo porque el Estado se va a encontrar separado en sus poderes para realizar el adecuado balance y contrapeso entre ellos, sino porque el poder legislativo va a tener la supremacía.

Frente al poder personal y arbitrario existente con anterioridad, el gobierno en virtud de las leyes va a prevalecer y de ahí la sumisión del Estado al Derecho y al Principio de Legalidad⁸. Y por otra parte la Revolución Francesa formula los principios de la filosofía política que permanecerán como base de toda la elaboración ulterior: la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la administración y el liberalismo económico. De esta ideología, algunos componentes ya no existen, pero la mayoría han guardado su autoridad; ellos proveen al Derecho Administrativo, de lo esencial en sus principios generales por ende de la Revolución Francesa surge y se irá desarrollando el Derecho Administrativo, con distintos ritmos y con diversos matices, según los países, como una construcción paralela e inseparable de la del Estado de Derecho.

1.1.4. Estado actual y nuevas perspectivas del Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo es de reciente creación, su elaboración parte propiamente del último cuarto del siglo XIX y por tanto podemos decir que esta disciplina nació con el Estado de Derecho. Ahora bien, cuando el Derecho Administrativo tuvo que llevar a cabo la formulación sistemática de sus conceptos, de sus instituciones, no pudo sino acudir al Derecho Civil, poseedor ya entonces de una milenaria tradición técnicamente depurada; sin

⁸García de Enterría, Eduardo. "Revolución Francesa y Administración Contemporánea", 4ª Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pág. 50.

embargo, podemos admitir que gracias a la construcción post revolucionaria y sobre todo a la aportación napoleónica, la administración pública tuvo en Francia su propio Derecho, el Derecho Administrativo, sin desconocer que la administración se ha servido y se sirve en ocasiones del Derecho Civil.

En efecto, el Derecho Civil, por siglos, ha constituido el Derecho Común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho; por tanto, esta situación hace que el Derecho Administrativo se encuentre ante una circunstancia de no haber superado la antigua fuerza atractiva del Derecho Civil, por consiguiente se debe dejar constancia de un hecho innegable, el empleo del derecho privado por la administración.

Su presencia debe reconocerse incluso, en aquellos casos en que la administración actualiza y lleva a cabo su propia actividad específica, esto es la actividad pública.

Además, el que los conceptos centrales en torno a los que se ha verificado la construcción sistemática del Derecho Administrativo no sean referibles al Derecho Privado, no es obstáculo para que una serie de sus instituciones y de sus conceptos se hayan desarrollado conforme al esquema que éste último facilitó al Derecho Administrativo.

Al respecto, señala el catedrático español José Ramón Parada Vázquez⁹, que la existencia de un régimen de Derecho Administrativo; es decir, de unas normas específicamente destinadas a regir la organización y la actividad de las administraciones públicas y un orden jurisdiccional propio, la jurisdicción contencioso administrativa no es un obstáculo para que aquéllas puedan sujetarse en el cumplimiento de sus fines al Derecho Privado.

⁹Parada Vázquez, José Ramón. "Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo", 2ª edición, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pág. 25.

1.1.6. Desarrollo histórico del Derecho Administrativo en El Salvador

A partir de la Constitución de 1950 que fue 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, es hasta enero de 1979, 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 judicial más importante del siglo pasado en nuestro país, ya que antes de ello no existía un mecanismo judicial idóneo y especializado (aparte del Amparo Constitucional) que nos permitiera impugnar las resoluciones de las autoridades administrativas; pues bien, solo a partir de esa fecha creemos que podemos hablar del inicio 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 del Estado Salvadoreño es la 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. Sin embargo, 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.

1.2. Concepto de Derecho Administrativo

En el Derecho Administrativo se hace preciso más que en otras disciplinas analizar el sentido de un buen número de conceptos tratados en el Derecho Civil, que forman parte realmente de la teoría general del derecho o en su caso del sistema de fuentes.

Por lo que doctrinariamente se considera una rama del Derecho Público Interno que está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y de los entes públicos estatales y no estatales.

Sin embargo, atreverse a dar una definición acertada es arriesgado, en cuanto al enorme cúmulo de conocimientos de diversos legisladores, doctrinarios y juristas, quienes lo han definido de distintas formas. De tal manera que se presentan definiciones primarias por medio de las cuales intentaremos plasmar este importante concepto.

Citando al profesor español Santiago Muñoz Machado que señala: “Se ha dicho con alguna frecuencia que es difícil encontrar una disciplina científica en la que, como en el Derecho Administrativo, el tema del concepto se haya resistido más a una comprensión pacífica por parte de los autores”¹⁰.

En efecto, el concepto de Derecho Administrativo ha sido, a lo largo de la historia bastante discutido, pero sobre todo pareciera que no se ha logrado identificar plenamente ese elemento esencial que de alguna manera permita arribar a una definición universal de Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo como lo plantean los españoles Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández¹¹, se entiende a la administración pública, no en sentido cerrado al Poder Ejecutivo, que fue su concepción inicial, sino como el sistema de derecho que compete a todos los poderes públicos en su desempeño administrativo.¹² Lo conciben como el Derecho

¹⁰Muñoz Machado, Santiago. “Las Concepciones del Derecho Administrativo y la Idea de Participación en la Administración”. Revista de Administración Pública No. 84, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1977, pág. 519.

¹¹García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 8ª edición, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2011, pág. 30.

¹²Aunque esta posición todavía es discutida por algunos autores.

Común de las administraciones públicas, y no como un Derecho Especial dentro del Derecho Público. Estableciendo de esta manera categórica que esto tiene alcances incluso, cuando la actividad administrativa no sea desarrollada de forma directa por la administración sino por un particular, como es el caso de las concesiones de los servicios públicos.

Señalan que el Derecho Administrativo busca en todo momento el equilibrio entre los privilegios de la administración y las garantías de los ciudadanos, pues todo privilegio tiene como contraparte los derechos de éstos, sin mengua de ellos¹³. Así, como se concibe en la teoría de la autolimitación del Estado postulada por Jellinek¹⁴, el Estado se limita a sí mismo por conducto del Derecho emanado del propio Estado.¹⁵

En el Derecho Administrativo, como derecho de la administración pública, se representa a ésta como una *potentior personae*¹⁶; en el pensamiento de Maurice Hariou, citando al profesor británico A. V. DICEY¹⁷:

“El Derecho Administrativo es, desde el punto de vista del Derecho Público general, un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la

¹³García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I”, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, pág. 51.

¹⁴Se basa en “soberanía como facultad de determinarse por el mismo exclusivamente, la autolimitación del poder del estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere su carácter jurídico, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a este la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo. Es preciso tener presente que la soberanía es un concepto jurídico, en consecuencia sería un desconocimiento de la evolución histórica de la doctrina de la soberanía considerar el poder soberano como situado sobre el derecho.

¹⁵Pereira Menaut, Antonio Carlos. “Lecciones de Teoría Constitucional”, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2005, pág. 86.

¹⁶La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una *potentior persona*, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público de acuerdo al pensamiento de Maurice Hariou.

¹⁷Especialista de Derecho Constitucional de gran influencia y abogado, escribió en el siglo XIX sobre los dos pilares de la Constitución Británica, en su obra clásica “An Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, 8ª edición, editorial Macmillan, Londres, 1915.

administración... Regula las relaciones entre la administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad fundamental, reconociendo que la administración está sustraída al Derecho Común y concediéndole jurídicamente privilegios...”¹⁸

Para autores como Gastón Jezé, Rogerd Bonard y León Duguit (Franceses), hay coincidencias en concebir el Derecho Administrativo como el conjunto de normas jurídicas que organizan la prestación y el control de los servicios¹⁹.

Los autores mexicanos Gabino Fraga y Andrés Serra Rojas²⁰, desarrollan conceptos del Derecho Administrativo, que es necesario resaltar varios de sus postulados:

Según Fraga, Derecho Administrativo es: “la rama del Derecho Público, que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa”²¹.

El profesor Andrés Serra Rojas, proporciona una definición de carácter formal del Derecho Administrativo: “El Derecho Administrativo, es una rama del derecho interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como paraestatal”²².

Autores colombianos como Gabriel Rojas Arbeláez Y Orlando García Herreros, también nos brindan un concepto de Derecho Administrativo, así

¹⁸Maurice Hariou, “Manual de Derecho Administrativo”, Vol. 1, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 13 y 14.

¹⁹García Herreros, Orlando. “Lecciones de Derecho Administrativo”, Institución Universitaria, Sergio Arboleda, 1994, Bogotá, D.C. pág. 8.

²⁰Báez Martínez, Roberto. “Manual de Derecho Administrativo”, 2º Edición, Editorial Trillas, México, 1997, pág. 11.

²¹Fraga, Gabino. “Derecho Administrativo”, 13ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1969, pág. 12.

²²Rojas Serras, Andrés. “Derecho Administrativo”, Editorial Porrúa, 3º Edición, México, 1983, pág. 133.

tenemos que según Rojas Arbeláez, el Derecho Administrativo: “es la rama del Derecho Interno que estudia la organización y la actividad de la administración pública sub razione legis (bajo la razón de la ley)”²³, mientras que García Herreros dice que “el estudio y la estructura de la actividad de la administración pública forma parte de la temática del Derecho Administrativo; como que él tiene entre su objeto el régimen jurídico de esa administración y de la función administrativa que ella cumple”²⁴.

En este mismo orden de ideas y después del análisis de los conceptos elaborados por diversos autores podemos definir al Derecho Administrativo como: un conjunto de normas jurídicas y principios de Derecho Público Interno, que regula la organización y actividad de la administración pública, las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, entre los órganos y su control, siendo su objeto o finalidad último el buen desarrollo de dichas funciones, satisfaciendo de esta manera intereses que benefician a la colectividad y no a algunos pocos particulares o al propio órgano ejecutivo; compilando todas las normas jurídicas relacionadas con aquellas instituciones del Estado que administran bienes, fondos y activos públicos, ya sean dependientes del Órgano Ejecutivo o de las instituciones oficiales autónomas.

1.3. Características del Derecho Administrativo

Se establece que el Derecho Administrativo posee ciertos rasgos esenciales, que lo distingue de otras ramas del Derecho, a continuación se enumeran para proceder posteriormente al análisis de cada una de ellas:

- a) Auto tutela declarativa y ejecutiva;

²³Rojas Arbeláez, Gabriel. “El Espíritu del Derecho Administrativo”, Editorial Temis, 2º Edición, Bogotá 2001, pág. 11.

²⁴García Herreros, Orlando. Op. cit. pág. 11.

- b) Derecho tutor de intereses públicos y;
 - c) Derecho dirigido a proteger derechos o intereses legítimos de los particulares.
- a) Auto tutela declarativa y ejecutiva

Una diferencia sustancial entre el sistema administrativo europeo y el “Rule of the Law²⁵” (imperio de la ley) propio del sistema anglosajón, es que en el sistema europeo el Derecho Administrativo, el régimen de actuación y funcionamiento de los órganos administrativos poseen las facultades de “presunción de legalidad de los actos emanados de dichos órganos” y la de “ejecutividad forzosa de los mismos sin necesidad de contar con el auxilio de los Juzgados²⁶”; mientras que el Derecho Anglosajón se define como un sistema “jurisprudencial”, en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales (el conjunto de las mismas se denomina “jurisprudencia”), las cuales tienen un carácter “vinculante”, es decir obligatoria para los aplicadores de la ley.

²⁵Imperio de la ley es un concepto jurídico-político de definición formal, pero que generalmente se entiende en el sentido de la primacía de la ley sobre cualquier otro principio gubernativo, especialmente contra la tiranía y la arbitrariedad del poder político. Una denominación etimológicamente equivalente sería nomocracia, entendido como principio o supremacía constitucional, el “imperio de la ley” que significa la sujeción de la acción estatal a una regla o ley fundamental (la constitución). Esa tendencia culminó con la obra de Albert Dicey (Study of the Law of the Constitution, 1885), a quien se considera el formulador definitivo de la concepción actual del principio de Rule of Law. Según él, esa regla está constituida por tres principios: 1. Todos son iguales ante la ley, 2. Nadie puede ser sancionado a menos que haya un claro quebrantamiento de la ley; y 3. Ningún conjunto de leyes está por encima de los tribunales. En la actualidad el concepto tiene un significado más general. Según el diccionario jurídico Black’s (de uso extensivo en el sistema judicial inglés): “Rule of Law es un principio legal de aplicación general, sancionado por el reconocimiento de las autoridades y usualmente expresado en la forma de una máxima o proposición lógica. Es llamado una “regla” (rule) porque en casos de significado dudoso o en casos imprevistos es una guía o norma para decisiones. La Rule of Law, a veces llamada la “supremacía de la ley”, provee que las decisiones deberían ser alcanzadas por la aplicación de principios reconocidos con la ley, sin la intervención de discreción en su aplicación.

²⁶Ayala, José María. “Manual de Justicia Administrativa”, 1ª Edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, Año 2003, pág. 31.

b) Derecho tutor de intereses públicos

Esta segunda característica importante del Derecho Administrativo admite que el objeto o finalidad última a la que se dirige el desarrollo de unas funciones o potestades públicas por parte de la administración pública es la de satisfacer intereses que benefician a la colectividad y no algunos pocos particulares o al propio órgano administrativo.

Es así, como la legislación concede a la administración poderes de actuar en cuanto ente tutor o protector de intereses generales que benefician a todos. Sus potestades son vicarias, o como sostiene García de Enterría, constituyen una potestad función; es decir, “deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta al titular, en función del interés público...”²⁷

c) Derecho que tiene por objeto la protección de derechos e intereses legítimos de los particulares

Como se ha establecido anteriormente uno de los fines esenciales a los que se dirige el Derecho Administrativo, es tutelar los derechos e intereses individuales de los ciudadanos; es su formación y evolución lo que ha evitado las transgresiones ilícitas que los poderes públicos podían mantener frente a esos ciudadanos; así, contra la actuación propia del poder real se reconocen dos baluartes: “el respeto al principio de legalidad” y “el respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

El principio de legalidad²⁸ es de vital importancia en el Derecho Público, ya que el ejercicio de las potestades administrativas debe sustentarse en

²⁷García de Enterría Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Op. cit. pág. 436.

²⁸En la administración pública, tal principio significa, que la prenombrada administración está sometida a las reglas de derechos, recogidas en la Constitución, en leyes dictadas por el Órgano Legislativo y las propias de la administración. Este principio, impone a las autoridades, la obligación de ceñir todas sus decisiones al contenido de las reglas jurídicas

normas jurídicas que determinen un órgano competente; fortaleciéndose así la seguridad jurídica; por lo que en su planteamiento original conforme a dicho principio, la administración no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley, ello bajo una interpretación estricta del principio de separación de poderes originado en la Revolución Francesa. En la actualidad, el principio de legalidad opera como una cobertura legal previa de toda potestad; cuando la administración cuenta con ella su actuación es legítima²⁹, en el caso de El Salvador este principio está regulado en el artículo 14 de la Constitución de la República, asimismo es ésta la que regula las funciones que a cada órgano le corresponde; es decir, la distribución de competencias que cada uno desempeña están protegidas jurídicamente.

1.3.1 Características propias del sistema administrativo salvadoreño

Como lo expresa el Licenciado Ricardo Mena Guerra en su libro Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador³⁰, el Derecho Administrativo Salvadoreño tiene sus características propias las cuales se desarrollan a continuación:

a) La justicia administrativa

En El Salvador la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³¹, establece que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el

preestablecidas y los principios no escritos que conforman el ordenamiento jurídico, aplicándose tanto a los actos administrativos individuales, como a los actos administrativos generales. Citado por: Orlando Fernández, Ex jefe de la División de Estudios, Asesoría y Procedimientos Jurídicos, unidad adscrita a la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Contraloría Municipal de Maracaibo, Venezuela, en la obra “El principio de Legalidad Administrativa”, 1ª ed., Venezuela.

²⁹García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Op. cit. pág. 436.

³⁰Mena Guerra, Ricardo “Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador”, 1ª edición, San Salvador, 2005. pág. 73.

³¹Decreto N° 81, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 2. y Decreto N° 126, Ley Orgánica Judicial, artículo 56.

conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la administración pública. 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 actuaciones materiales, los contratos administrativos, la inactividad de la administración pública, los actos políticos o de gobierno, los reglamentos, entre otros.

Como se puede ver la competencia contencioso administrativa salvadoreña 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 violación por la providencia de un derecho constitucionalmente protegido.

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.³²

En materia de contratos administrativos, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública³³, 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, se procederá al arbitraje siguiéndose el procedimiento especial estipulado y subsidiariamente en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje³⁴, formalmente en la Constitución, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley Orgánica Judicial, formulan un planteamiento para

³²Artículos 184 Cn. y 29 ordinal 2º, Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 712.

³³Decreto 868, Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, artículo 161.

³⁴Decreto N° 914, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Título 3º, artículo 25.

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” (Reglas de la Ley).

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 auto tutela³⁵.

En El Salvador, ni la Constitución de la República, ni otra 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 administrativo correspondiente

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 artículo 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”.

³⁵Es la que diferencia la actividad de la Administración de la actividad de los particulares. Ello significa que la Administración está en una posición superior frente a los particulares.

En igual sentido, el artículo 34 inciso 2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa expresa que: “Si la sentencia no pudiere 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 él personalmente responsable y en forma subsidiaria contra la administración”.

Ahora bien, la responsabilidad personal del funcionario público puede ser civil, administrativa y penal. Las dos últimas son las más comunes por representar hechos noticiosos, aquí se ubican los delitos de Salvaguarda del Patrimonio Público como el peculado y el enriquecimiento ilícito. La responsabilidad penal opera cuando el funcionario incurre en acciones u omisiones tipificadas en las leyes como delitos o faltas. En estos casos se pueden producir las condenas judiciales a que haya lugar, incluyendo las penas privativas de libertad. Cuando se trata de funcionarios públicos del más alto nivel, la investidura del cargo requiere una protección previa para evitar acciones temerarias en el campo penal, por ello los juicios en que se exige la responsabilidad penal por ejemplo del Presidente de la República, los ministros, gobernadores, entre otros, requieren de un proceso preliminar conocido como antejuicio en el cual se debe determinar si existen méritos suficientes para proseguir el enjuiciamiento definitivo del alto funcionario.

La responsabilidad administrativa procede cuando el funcionario incurre en acciones u omisiones que impiden el normal funcionamiento del servicio público o que representan irregularidades en el ejercicio del cargo. Generalmente, esta responsabilidad acarrea multas, suspensiones, destituciones y amonestaciones.

En cuanto a la responsabilidad civil del funcionario público, es la menos conocida y en consecuencia la menos exigida. Aquí se ubica la posibilidad

real y efectiva que tiene un particular de acudir a los tribunales de la República para exigir que el funcionario público, que resulte ser personalmente responsable, indemnice o repare los daños y perjuicios causados por sus acciones u omisiones. En estos casos pueden incluso solicitarse medidas preventivas (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar, etcétera) sobre bienes propiedad del funcionario público, como si se tratara de cualquier otro demandado. Dentro de la misma equivalencia, si la acción intentada por el particular es declarada improcedente, el funcionario demandado podrá intentar las acciones que estime pertinentes dentro de las cuales está exigir el pago de las costas del juicio.

Por otro lado, el tema de la Responsabilidad Subsidiaria aún para los autores más reconocidos en materia de responsabilidad extra contractual del Estado se convierte en una institución difícil de explicar, ya que disienten de su origen, sentido, y, aún, de su forma de aplicación. Las interpretaciones son diversas, y las definiciones de la misma son escasas.

El autor Guillermo Cabanellas³⁶ nos ilustra con una definición de responsabilidad subsidiaria muy completa en expresar el sentido más acertado de la figura, aunque sin relacionar al Estado nos da una idea: "la Responsabilidad Subsidiaria es la escalonada de modo tal que la insolvencia o incumplimiento de una persona o de una clase de responsables determina la posibilidad de dirigirse contra otro a fin de exigir la Responsabilidad de carácter civil que no ha resultado factible satisfacer, en todo o en parte por los principales obligados, se basa en cierto nexo que existe o que la ley presume existente entre los obligados en primer término y los que deben suplir la falta de recursos de éstos dentro de sus medios patrimoniales".

³⁶Cabanellas, Guillermo: "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" T. 2, 21 Edición, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1989, pág. 322.

Podemos apreciar que ésta es una definición general de responsabilidad subsidiaria, pero resulta realmente efectiva cuando relacionamos tales ideas con el Estado específicamente en cuanto a la responsabilidad del Estado en nuestra realidad; es decir, cuando este ocasiona un daño material o moral a un particular, comprobado que sea, estará obligado a indemnizar, tal como lo establece el artículo 245 de la Constitución es decir, ante la falta de recursos de su titular (Funcionario o Empleado) que ha dañado con su actitud sea lícita o ilícita.

En esencia lo más relevante de esta figura es la situación jurídica de cada uno de los sujetos que resulten responsables frente a la víctima o particular. En tal caso podemos entonces decir, que según nuestra interpretación el legislador separó claramente la posición del Estado y del Funcionario Público, colocándolo al primero solamente, comparativamente hablando como un fiador del Funcionario Público con la diferencia de que no es un contrato, el que los conecta. Al respecto, también podemos mencionar que nuestro legislador fue más allá de lo planteado en la definición en tanto el Estado será subsidiariamente responsable no sólo ante la insolvencia o incumplimiento del funcionario, sino, que lo será también, cuando no sea dable a este último imputarle culpa alguna.

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. No existe un procedimiento administrativo común y un sistema jurídico universal de responsabilidad de las entidades administrativas. Esta situación genera enormes lagunas o vacíos 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 administrativas en sus procedimientos encuentran lagunas o vacíos jurídicos, subsidiariamente aplican el Código Procesal Civil y Mercantil 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 que luego de la Constitución de la República el segundo pilar más 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 o administrados.

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 autoridad 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”.

De acuerdo a lo expuesto se colige que el Derecho Administrativo se caracteriza por ser un derecho joven, porque surge con la Revolución Francesa y nace como producto del surgimiento del Estado de Derecho. Es un Derecho subordinado, porque depende de una ley superior, en este caso la Constitución. Es autónomo por la especialización y relaciones que regula, basados en el principio de normatividad que lo informa. También es dinámico por la naturaleza del servicio y por la labor que desarrolla la administración pública que se encuentra en constante cambio, más que todo en los procedimientos.

1.4. Fuentes del Derecho Administrativo

“Fuente” deriva del latín “fons” o “fontis” que significa lugar donde se derrama o brota el agua de la superficie. Por tanto debemos entender el fenómeno o el objeto que genera o que produce algo, o aquello de donde se origina una cosa.

En ese sentido, se entiende por fuentes del Derecho los actos o hechos que lo producen, que lo crean; es decir, la causa de su origen, o como dice Luis Legaz y Lacambra³⁷: "Son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos a los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo", entendiendo por objetividad la expectativa de certidumbre de que la solución dada o encontrada al problema deba ser compartida y más que eso aceptada en el conglomerado; es decir, que el punto de vista o elección de conducta adoptado por el órgano al dirimir la disputa o conflicto, sea un punto de vista aceptable para los demás.

³⁷Luis Legaz y Lacambra, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, 1ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 1943. pág. 345.

1.4.1. Fuentes del Derecho Administrativo salvadoreño

1. La Constitución como fuente del Derecho Administrativo

1.1. Definición y Rol

La fuente primordial no sólo del Derecho Administrativo en nuestro medio sino de todas las ramas del Derecho, es la Constitución Política³⁸. Ella constituye la piedra de toque o el punto de partida de todo nuestro ordenamiento jurídico ya que toda norma jurídica debe de concordar en forma inmediata o mediata con la Constitución o Carta Magna.

Se concibe así desde hace mucho tiempo, como la norma fundamental y primordial del ordenamiento jurídico³⁹, por cuanto en ese cuerpo normativo se edifican los elementos esenciales del Estado: su forma y la de su gobierno, sus órganos primarios, los valores y principios básicos. Se regula sustantivamente y se controla adjetivamente al poder público del Estado, en beneficio de los gobernados⁴⁰.

En el sistema jurídico salvadoreño, la Constitución se instaure como la norma jurídica hegemónica; su contenido es la base del ordenamiento del Estado⁴¹ y todas las demás fuentes deben interpretarse en el contexto de ésta.

³⁸La Constitución (del latín cum- 'con, en conjunto' y statuere 'establecer', a veces llamada también carta magna o carta fundamental) es la norma suprema de un Estado de derecho soberano; es decir, la organización establecida o aceptada para dirigirlo. La Constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado (poderes que se definen como poder legislativo, ejecutivo y judicial) y de estos con sus ciudadanos, determinando así las bases para su gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. Este documento busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades. Se le denomina Constitución Política cuando esta es creada por medio de Convención o Asamblea Constituyente.

³⁹Coscolluela, Montaner. "Manual de Derecho Administrativo", 24 edición, Editorial S.L. Civitas., Madrid, 2014, pág. 55.

⁴⁰Burgoa, Ignacio. "Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo", 6ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, pág. 87.

⁴¹Sagüés, Néstor. "Manual de Derecho Constitucional", editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, págs. 35 y 36. Afirma el autor, que uno de los principios básicos del Derecho Constitucional es el principio de fundamentalidad, el cual consiste en que éste se ocupa solamente de lo esencial de la estructura y funcionamiento del Estado. De este principio, se desprenden,

Juega tres roles primordiales:

1. Jerárquicamente, constituye la ley primaria con una categoría y valor de súper norma⁴² (artículo 246 inciso 1 Cn.): se otorga a sí misma una predominancia sobre las demás fuentes, ya que, en primer lugar, indica que no se pueden ratificar tratados que restrinjan o afecten de alguna manera disposiciones constitucionales (artículos 145 y 149 Cn.);
2. Por otra parte, señala de forma expresa que ella prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos (artículo 246 inciso 2 Cn.), y
3. Formal y jurídicamente, siempre será la guía de interpretación de todo el sistema normativo pues, como lo indica su preámbulo, en ella se establecen los fundamentos de la convivencia nacional (artículos 235, 185 y 149 Cn.).

1.2. Normas de nuestra Constitución que tienen incidencia en el Derecho Administrativo:

1.2.1. Disposiciones relativas al desarrollo de las actividades que se suscitan entre la administración y los administrados.

- A. Artículo 8: Establece el Principio de Libertad aplicable a los administrados y el que debe ser respetado por la administración:

Sobre el contenido de esta disposición puede establecerse:

entre otros, los siguientes sub-principios: el de organización, que consiste en configuración de los poderes básicos del Estado; el de finalidad, que se relaciona con los fines y objetivos básicos del Estado; y el de totalidad, que trata de los aspectos esenciales de la vida estatal y social.

⁴²Garrido Falla, F. Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, pág. 212. La primacía de la Constitución con respecto al resto del ordenamiento jurídico tiene rango formal, constituye el primer escalón en el ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho y, por tanto, tiene rango y valor de súper ley.

1. La consagración de un derecho general de libertad, al cual son reconducibles todas las manifestaciones de la autonomía, cualificación de la voluntad y auto disposición, y cualificación de la acción de la persona humana;
 2. La vinculación de tal derecho general de libertad con el ordenamiento jurídico, en el sentido que en principio nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, pero sí puede ser obligado a adecuar su conducta a prescripciones jurídicas que le conminen a actuar o abstenerse de actuar, y
 3. La exigencia que tales prescripciones jurídicas sean justificadas; es decir, razonables y proporcionales pues no debe olvidarse que ellas significan una limitación o acortamiento de un ámbito de libertad que en principio, es amplio y como tal es protegido por la Constitución por ser una condición esencial para el libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo.
- B. Artículo 11 inciso 2: Preceptúa la garantía constitucional al Hábeas Corpus como defensa contra los ataques a la esfera de libertad de los particulares por las autoridades administrativas y otras⁴³:

Al hablar de garantías constitucionales, se hace referencia a aquellos medios jurídicos que tienen como objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de ellas; es decir que la garantía es el medio protector del derecho. El Hábeas Corpus es una garantía que tiene como finalidad la protección de la libertad personal de cualquier individuo; es considerado un derecho propio de la persona que no

⁴³Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo bajo referencia HC 9-V-94, el 17-XI-1994: La naturaleza jurídica del Hábeas Corpus: es una garantía constitucional que tiene como finalidad la protección de la libertad personal de cualquier individuo.

se limita a un simple elemento del debido proceso; le son permitidos cuando la infracción, afecte, viole o altere algún derecho constitucional, y la resolución que se dicte en un determinado proceso se limite estrictamente a reconocer la inconstitucionalidad o no de los actos realizados por las autoridades que restrinjan la libertad personal del individuo.

C. Artículo 13 inciso 2 y 3: Regula la detención administrativa provisional por el supuesto cometimiento de delitos, estableciendo un plazo máximo de setenta y dos horas, dentro de las cuales debe consignarse a la autoridad judicial:

Sobre el carácter excepcional de toda detención, el hecho de no haber solicitado u ofrecido el imputado o su defensor una medida cautelar de tipo personal o pecuniaria, no justifica de ninguna forma razonable la aplicación automática de la detención provisional; cayendo así en una infracción al artículo 13 de nuestra Constitución que ordena que toda orden de detención debe ser de conformidad con las leyes y por tanto deberá observarse además de la legislación específica en materia penal en los tratados internacionales ratificados por El Salvador.

Se llama detención administrativa, porque se realiza bajo la disposición de los órganos auxiliares de la administración de justicia, para la investigación de delitos y faltas procurando descubrir a los presuntos culpables, para ponerlos a la orden de los jueces competentes.

La autoridad administrativa debe reunir pruebas pertinentes a fin de comprobar la culpabilidad o inocencia del detenido, para lograr su libertad o que decrete la autoridad competente la detención por el término de inquirir.

D. Artículo 14: Contiene la potestad sancionadora de la administración y el derecho al debido proceso a favor del administrado:

La potestad sancionadora de la administración es tan antigua como la administración misma y durante varios siglos fue considerada como un elemento esencial de la policía; sin embargo, a partir del constitucionalismo moderno cambiaron profundamente las concepciones dominantes y el desprestigio ideológico de la autoridad administrativa terminó por negar la existencia de la potestad sancionadora, en beneficio de los jueces y tribunales.

En la actualidad se acepta la existencia de dicha potestad 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* (poder del Estado) superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste.

E. Artículo 18: Consagra el derecho de petición y respuesta de los particulares frente a las autoridades:

El derecho de petición puede ser ejercido por cualquier habitante de la República, sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica; ante cualquiera de las autoridades legalmente instituidas, las que tienen la obligación de resolver dentro de un plazo razonable⁴⁴ y de manera congruente con las leyes lo solicitado conforme las atribuciones conferidas. Tal derecho data de tiempos muy antiguos, habiendo existido casi en todas las épocas inclusive bajo los regímenes monárquicos y despóticos; si bien en estos últimos más que como un derecho como una gracia o favor.

⁴⁴El plazo razonable está estrechamente relacionado con el derecho al debido proceso y el principio de celeridad del proceso, ya que, abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo el criterio expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado: Se reconocen tres elementos de evaluación para establecer si se ha transgredido el principio de un plazo razonable: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Puede decirse que la existencia del derecho de petición como derecho individual es resultado del Estado Constitucional de Derecho. Y es que como derecho subjetivo se manifiesta como reprobación al sistema de la venganza privada, en el cual cada quien podía hacerse justicia por su propia mano para oponerse a la violación de sus derechos o para resarcirse de los daños que injustamente se le había causado.

Sobre los sujetos activo y pasivo de este derecho, nuestra Constitución no hace referencia alguna en cuanto a la titularidad de tal derecho, por lo que cabe concluir que toda persona, sea nacional o extranjera, natural o jurídica, es capaz jurídicamente para ejercer este derecho; luego, toda persona puede ser sujeto activo de dicho derecho. Ahora bien, el derecho de petición puede ejercerse ante -sujeto pasivo del derecho de petición- cualquier entidad estatal, pues el texto constitucional establece que el destinatario de la misma puede serlo cualquiera de las autoridades legalmente establecidas.

F. Artículo 86 inciso 3: Enuncia el principio de legalidad administrativa, al cual están sometidos todos los funcionarios⁴⁵ y empleados públicos:

El principio de legalidad rige a la administración, por lo que toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido previamente por ley, la que lo construye y delimita las actuaciones de los servidores públicos.

Lo anterior significa que las entidades administrativas deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca, entendiendo tal expresión como indicativa del concreto sistema de Derecho Administrativo que rige en un ordenamiento jurídico dado.

⁴⁵Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo bajo referencia 117-97, el 17-XII-97.

Dicho principio no hace referencia sólo a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad; es decir, que la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad y que comprende a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley sino también y de modo preferente sujeción a la Constitución.

Y es que sobre la expresión ley no debe olvidarse que en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica, la disposición legal debe ser conforme a la normativa constitucional.

G. Artículo 106: Establece los motivos o causas por las cuales procede la expropiación:

Por expropiación entendemos el desposeimiento o privación de la propiedad por causa de utilidad pública o interés social preferente a cambio de una indemnización previa.

El inciso uno del artículo 106 nos afirma, el interés social como causa expropiante; concepto que responde a la idea de que el individuo es parte esencial de la sociedad; además de ser un concepto amplio basado en el beneficio colectivo. El interés social, ha ampliado el concepto de expropiación ya que, no sólo es un medio para realizar obras públicas, sino que se debe tomar como instrumento para resolver graves problemas que afectan a los pueblos. En el inciso dos de dicho artículo encontramos las excepciones; es decir, cuando la indemnización no es previa; esto se justifica por cuanto la magnitud de las obras como la construcción de carreteras por ejemplo, requiere de mucha inversión y es por ello que el Estado decide hacer las indemnizaciones a futuro de las propiedades que son afectadas.

En el inciso tres, encontramos la forma de pago y pone fin a la indeterminación del plazo, el cual no debe exceder en su conjunto 15 años;

plazo que se considera razonable por cuanto el Estado cumple con su obligación de indemnizar al expropiado y le permite cumplir con muchas obras más, siempre de beneficio colectivo.

El mismo inciso señala que para que opere la indemnización a plazo se requiere que el monto de la misma sea de cierta consideración, que está a cargo de los peritos valuadores que se nombren dentro del proceso expropiatorio. Cabe aclarar que no basta el hecho de que el monto de la indemnización sea elevado, sino que se requiere estar en presencia de cualquiera de los casos de excepción.

El inciso tres nos menciona un caso en la que se puede expropiar sin indemnización previa ni posterior; siendo lógico que en el proceso expropiatorio intervienen dos partes: expropiante y expropiado, por lo que es prudente que todas aquellas entidades creadas con fondos públicos no ameriten indemnización, ya que el Estado es el dueño de tales bienes y por lo tanto no puede ostentar ambas calidades.

H. Artículo 183: Le otorga a todos los ciudadanos capaces de ejercer sus derechos políticos la facultad de plantear pretensiones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

La Constitución es la norma primaria dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se vuelve una autoridad suprema, absoluta e incontrolada, es a la vez una limitante ante el abuso de poder, por lo que el control es un elemento que se encuentra inmerso dentro del sistema constitucional.

Con base en lo antes expuesto se puede establecer que dentro de la Constitución existen tres principios fundamentales, a saber: principio de

Supremacía Constitucional, principio de Imperatividad Constitucional y el principio de Regularidad Jurídica.

El control de la adecuación de la ley secundaria a la Constitución se puede hacer previamente a su promulgación como sería el veto presidencial, lo que constituye el control preventivo a priori, por medio del cual el Jefe del Ejecutivo se opone al surgimiento de una norma que considera va en contra de la ley suprema; pero también se contempla el control de las leyes que han sido aprobadas y que conllevan una contradicción con la ley primaria y así tenemos el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos y la declaratoria de inaplicabilidad por parte de los jueces.

El proceso de inconstitucionalidad se puede definir como el mecanismo procesal de control que está constituido por un análisis lógico-jurídico que tiene como fin desentrañar el sentido intrínseco de las disposiciones constitucionales y el sentido general que pueden contener las disposiciones que son objeto de control, para garantizar conformidad entre las normas inferiores con respecto a la Constitución.

- I. Artículo 247: Otorga la acción de Amparo por violación de los derechos reconocidos por la misma Constitución, contra los actos administrativos y otras actuaciones:

Además del proceso de inconstitucionalidad, de carácter abstracto, en el sistema de control encontramos dos procesos de tipo concreto. Uno de ellos es el proceso de amparo.

Este puede definirse como un mecanismo de satisfacción de pretensiones y de control concentrado de constitucionalidad que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales reconocidos a la persona por la Constitución. El proceso de amparo tiene como principal objeto de protección

los derechos fundamentales, mas éstos no son los únicos cuya tutela abarca; este proceso tiene la característica de proteger no solo las categorías denominadas en puridad de derechos, sino también algunas categorías denominadas categorías subjetivas protegibles reconocidas como tales por la Sala de lo Constitucional y siempre contenidas en el texto constitucional. Entre estas encontramos principios y valores que pueden ser atribuibles a la esfera jurídica de los sujetos protegidos por la Constitución, sean personas naturales o jurídicas.

El objeto de control de constitucionalidad en el proceso de amparo son actos de autoridad; es decir, manifestaciones de las entidades públicas o privadas que en ejercicio de poder y en relación de supra a subordinación, realizan una actividad dañosa para la esfera jurídica constitucional del sujeto reclamante.

Por tal razón en el proceso de amparo es indispensable que concurra el requisito del agravio de trascendencia constitucional para que el sujeto que dice haberlo sufrido tenga la real y válida posibilidad de iniciar este mecanismo de control de constitucionalidad. En tal sentido, dicho proceso sirve al individuo para invalidar y remediar las actuaciones que pudieron haberle perjudicado una o varias categorías subjetivas protegibles, llámense valores, principios o derechos, atribuibles a su esfera jurídica.

A diferencia del proceso de inconstitucionalidad, el proceso de amparo tiene la característica de ser concreto, en la medida en que el pronunciamiento que realiza el tribunal constitucional se refiere de un caso específico, a uno particular. Así pues el pronunciamiento que realiza el tribunal sobre aquello que se convierte en el objeto de control del amparo es de carácter específico, no abarca a la generalidad, como sí ocurre en el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad.

Las consecuencias inmediatas de la estimación de la pretensión en el proceso de amparo fundamentalmente se refieren o están destinados a anular la actuación de autoridad que ha ocasionado perjuicio a los demandantes. En esa medida, el efecto de una sentencia estimatoria circunscrito al caso particular, estará orientado a restituir en la medida de lo posible los derechos, principios o valores que pudieran habersele vulnerado al individuo. Ahora bien, si el acto reclamado se hubiere ejecutado en todo o en parte de un modo irremediable, habrá lugar a la iniciación de un proceso civil de indemnización por daños y perjuicios contra el responsable personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado.

1.2.2. Disposiciones concernientes a la estructuración y actividad de la administración pública.

A. Artículo 164: Sanciona con nulidad aquellas providencias de los funcionarios que excedan los límites de las facultades constitucionales.

Este artículo sanciona con nulidad aquellas providencias de los funcionarios que excedan los límites de las facultades constitucionales, protegiendo intereses que resulten vulnerados por no cumplir las prescripciones legales al celebrarse un acto jurídico o dictarse una norma, acto administrativo o judicial.

La nulidad es un vicio de carácter imprescriptible; es decir que está puede ser alegada en cualquier momento por el particular que se encuentre perjudicado, entonces no solo la administración puede actuar de oficio sino también a petición del particular afectado.

Además tiene efectos retroactivos y elimina en forma radical el acto y por tanto deben hacerse desaparecer todas las secuelas que hubieran derivado

del mismo. También es un vicio insubsanable ya que no puede enmendarse mediante una actuación administrativa posterior ni en virtud del consentimiento del afectado.

B. Artículo 167: Desglosa el conjunto de atribuciones correspondientes al Consejo de Ministros.

Este artículo detalla parte de las atribuciones que corresponden al Consejo de Ministros, ente colegiado que tiene la facultad para realizar actividades de interés para el Estado y entre ellas podemos mencionar la elaboración del plan general de gobierno que incluye todos los proyectos y planes a ejecutar por el Órgano Ejecutivo; elaborar el proyecto del presupuesto de ingresos y egresos, en el cual se justifica los programas que cada ramo tiene para que de esta forma se le asignan recursos al gasto público, conocer y decidir sobre todos los asuntos que sometan a consideración el Presidente de la República.

Respecto de la potestad de decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y del reglamento del Consejo de Ministros, el artículo 159 Cn., sirve de fundamento, ya que la potestad organizadora del Órgano Ejecutivo reconoce la necesidad de dividir la administración pública en diferentes unidades primarias o Secretarías, a fin de cumplir con la gestión de los negocios públicos.

La expresión gestión de los negocios públicos engloba la realización de las funciones tanto ejecutivas como de dirección política del Órgano Ejecutivo y que persiguen como finalidad responder real y efectivamente a las necesidades de la comunidad.

En consecuencia, para dar respuesta a esas necesidades, es indispensable dotar al Ejecutivo de una estructura organizada que permita desarrollar

eficazmente las políticas del gobierno, de donde se desprende la idea de una potestad organizadora de la administración.

Es decir, que la creación de Secretarías de Estado y de las distintas unidades que conforman el Ejecutivo es materia integrante de la mencionada potestad de dicho Órgano.

Ahora bien, la potestad organizadora del Órgano Ejecutivo se complementa con la función normativa del mismo, pues a través de la emisión de un reglamento autónomo de organización se plasman los distintos elementos que conforman la estructura de la administración.

En virtud de lo antes expuesto, el artículo 159 inc. 1 Cn., debe interpretarse en el sentido que la creación de las Secretarías de Estado y la estructuración de la administración pública, es materia organizativa y por lo tanto debe estar contenida en el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, lo que implica que su formulación corresponde al Consejo de Ministros.

C. Artículo 168: indica las atribuciones y obligaciones constitucionales del Presidente de la República; es decir, que el Presidente dispone de atribuciones que se encuentran directamente vinculadas con el carácter de Jefe de Estado o Jefe de Gobierno y que pueden ser políticas, legislativas, reglamentarias, administrativas y representativas; entre las cuales tenemos:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y las demás disposiciones legales ya que es obligación constitucional velar que haya paz y soberanía nacional;
2. En el Derecho Internacional le corresponde al Jefe de Estado dirigir la política exterior, la ratificación de tratados; el Presidente declara la voluntad del Estado respecto de otros Estados;

3. El Presidente deberá rendir informe cuando la Asamblea Legislativa lo solicite a excepción cuando sean planes militares secretos y la rendición de un informe especial;
4. El Presidente se encuentra facultado para sancionar, promulgar y publicar las leyes y hacerlas ejecutar.

La sanción es un acto en virtud del cual el gobierno refrenda y convierte en ley el proyecto que ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa.

Normalmente la sanción es expresa, pero a veces puede ser tácita, cuando el Presidente de la República no devuelve el proyecto de ley en el tiempo que la Constitución establece; no la veta ni le hace observaciones sino que se abstiene de sancionarla y de mandarla a publicar.

En cuanto a la promulgación es el acto que comprende la decisión de dar a conocer la ley mediante la publicación material en el Diario Oficial, el plazo de conocimiento y la ejecución o proceso de cumplimiento del cual el Presidente de la República responde y ordena la reglamentación de aquellas leyes cuya ejecución le corresponde y;

5. El Presidente tiene la facultad de conmutar penas previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley Especial de los Ocurros de Gracia⁴⁶ regula todo lo concerniente a la conmutación de la pena. La conmutación de la pena se define como una especie de indulto parcial, que altera la naturaleza del castigo a favor del reo.

La conmutación puede estar referida a la disminución en la duración de la pena o sustituir la pena de prisión por la libertad condicional.

⁴⁶Decreto 436, publicado en el D. O. N° 206, Tomo N° 431, el 5 de noviembre de 1998, Ley Especial de Ocurros de Gracia, Capítulo IV, artículos 28 y 29, vigente a la fecha.

D. Artículos del 200 al 207: Recogen lo referente a la figura de las Gobernaciones y la normativa que atañe a las Municipalidades.

Estas son la única expresión de descentralización por territorio existente en nuestro ordenamiento, con autonomía económica, técnica y administrativa, ya que cada municipio de nuestro país 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, autoridad y autonomía suficiente.

En la autonomía de los municipios se pueden mencionar los aspectos siguientes: crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales, decretar su presupuesto de ingresos y egresos, nombrar y remover a los funcionarios públicos y empleados de su dependencia, decretar las ordenanzas y reglamentos locales.

Por otro lado el Código Municipal⁴⁷ tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, funcionamiento y ejercicio de las facultades autónomas de los municipios. Estos constituyen 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 forma y condición de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del municipio está encargado de la rectoría y

⁴⁷Decreto 274, Código Municipal, artículo 1.

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, autoridad y autonomía suficiente.

E. Artículos del 218 al 222: Se refieren al régimen del servicio civil, que es al que se encuentran sometidos los funcionarios y empleados públicos.

Se entiende por régimen de los servidores públicos, al conjunto de funcionarios o empleados públicos que están permanentemente a disposición de los poderes públicos, remunerados por el Erario Nacional y a los cuales se aplican normas jurídicas de carácter administrativo y técnico que rigen las condiciones generales e impersonales de su nombramiento, ascenso y despido.

Este régimen se da dentro de la administración pública, entendiéndose por tal, aquella organización especial a través de la cual el Estado tiende a la realización de los intereses colectivos, por medio de la función administrativa que en el sistema constitucional se le atribuye esencialmente al Órgano Ejecutivo, sin perjuicio de que otros organismos realicen excepcionalmente funciones administrativas.

F. Artículo 195 Ord. 4^o en relación con el artículo 227 inc. 4: Aluden al funcionamiento de las Instituciones Oficiales Autónomas, las cuales constituyen verdaderos entes administrativos descentralizados en razón del servicio.

Los entes autónomos son instituciones de Derecho Público creadas por la ley con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de la administración central, pero sujetos a su autoridad, dirección y orientación; son los organismos llamados por el Estado a agilizar la prestación de los

servicios públicos; es decir, que son aquellos por medio de los cuales el Estado puede otorgar la prestación de los servicios de una manera más rápida y eficaz.

Son entidades separadas administrativamente del Gobierno Central, poseen sus propios reglamentos, y aunque están dirigidas por Juntas Directivas cuyos Directores en su mayoría son nombrados por el Poder Ejecutivo o el Presidente de la República, tienen cierta autonomía, precisamente porque sus ingresos no son considerados fondos públicos y cuentan con una estructura organizativa propia.

Es decir, que las instituciones autónomas han tenido su origen en la administración central, de la cual son independientes en lo administrativo y financiero, pero dicha independencia persigue la única finalidad de lograr una mayor eficiencia y especialización en el servicio público o actividades específicas cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado, y es por tales razones que el Estado ejerce un control permanente sobre ellas.

En el Estado moderno cada día se va acrecentando más el número de Instituciones Autónomas y es porque la administración central no puede prestar los servicios públicos con la eficiencia y oportunidad que los puede prestar un ente con patrimonio propio, personalidad jurídica distinta a la del Estado y con una participación democrática de parte de los sectores interesados.

G. Artículos del 235 al 245: Contienen la responsabilidad de los funcionarios de la administración.

La palabra responsabilidad proviene del latín “responderé”, “estar obligado”, que se refiere a la capacidad de una persona para responder de los hechos

propios. Conforme a la doctrina el término responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera el deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

La responsabilidad de los funcionarios públicos, surge al admitir la soberanía del pueblo; dado que el gobierno se ejerce por medio de personas que lo representan, que obtienen su autoridad y mandato y que ante él responden en el desempeño de sus funciones de acuerdo con las normas del sistema representativo de gobierno. Tener responsabilidad implica tener que responder por una acción u omisión y asumir las consecuencias; es decir, algo que se hace o se deja de hacer; por la manifestación de una conducta humana consiente y voluntaria con el propósito de vulnerar una norma prohibitiva o por evitar una conducta concreta frente al deber de obrar; que ha sido concebida como instrumento de control del poder o como garantía de los ciudadanos.

La Constitución de la República contempla que las violaciones, infracciones o alteraciones a las disposiciones constitucionales deberán ser especialmente penadas por la ley, pero estas penalizaciones no eximen, al funcionario público civil o militar, de las responsabilidades civiles, penales o militares que se deduzcan del acto cometido, esto constituye un mecanismo de defensa de la Constitución, por medio del cual el legislador, puede tipificar especialmente como delitos las conductas que impliquen violación, infracción o alteración de las disposiciones constitucionales.

No puede olvidarse que en ocasiones las actuaciones de un servidor público pueden involucrar violaciones a derechos consagrados en la Constitución, causando daños que pueden ser materiales o morales dependiendo el caso, por lo que se establece que la responsabilidad por daños será personal para el funcionario que cometa el acto y de forma subsidiaria, responderá el

Estado pero esta subsidiaridad no surge sólo ante la ausencia o insuficiencia de bienes del funcionario sino también cuando a éste no es posible imputársele culpa alguna (artículo 245).

Por otra parte una de las figuras constitucionales más importantes al hablar de deducir responsabilidades a funcionarios públicos, cuando éstos han cometido delitos oficiales o comunes, es el “Antejuicio” (artículo 236) el cual establece reglas procesales especiales para ciertos funcionarios según sea el cargo que desempeñen. Es importante aclarar que el Antejuicio no es parte del proceso penal sino que tiene un carácter pre-procesal en tanto que únicamente habilita la posibilidad de que se inicie un proceso penal en contra de un funcionario de aquéllos a los cuales la misma Constitución concede fuero y consiste en una audiencia previa al proceso ordinario que se realizará ante la Asamblea Legislativa y que luego de escuchar al fiscal y al funcionario indiciado, determinará si hay o no hay lugar a formación de causa.

1.3. Principios Constitucionales con aplicabilidad administrativa

Los principios constitucionales vinculados a la administración pública son:

1.3.1 Principio de igualdad jurídica

El principio de igualdad jurídica plasmado en el artículo 3 Cn., en atención al Derecho Administrativo, se traduce en igualdad de los particulares ante el Estado, que comprende a su vez la igualdad ante la ley⁴⁸ y la igualdad ante la administración.

⁴⁸En contra de este concepto Vid. Pérez Royo J., Curso de Derecho Constitucional, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, pág. 309. Afirma el autor que no es verdad que los ciudadanos, sean iguales ante la ley. Y somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley, porque la ley no es la voluntad general. La ley es la expresión de la voluntad general, pero no la voluntad general. Solo la Constitución es la

La primera de ellas se manifiesta en el sentido de que si los casos o supuestos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos⁴⁹.

Por otra parte, la igualdad ante la administración, puede tener las siguientes variantes:

- a) La imparcialidad que los entes administrativos y los funcionarios públicos deben manifestar en su trato con los administrados,
- b) La existencia de paridad para optar al ingreso de los cargos públicos⁵⁰,
- c) La igualdad en la imposición de gravámenes públicos o exacciones; es decir, que todos los contribuyentes al fisco que se encuentran en las mismas categorías de hecho imponible, deben recibir igual trato⁵¹.

1.3.2. Principio del debido proceso

De acuerdo a los artículos 11 y 14 Cn., la administración pública antes de emitir un acto que implique una restricción de derechos, debe respetar el

voluntad general. Por eso la igualdad legislativa no existe. La única igualdad que existe es la constitucional. Si así no fuera, la igualdad no sería un límite para el legislador.

⁴⁹Sobreseimiento dictado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo ref. 153-2000, el 29/11/2001.

⁵⁰Tinetti, José Albino y otros, "Igualdad Jurídica", San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, pág. 29.

⁵¹Indican los autores que el principio de igualdad en materia tributaria ha de entenderse en el sentido que, deben ser tratados de la misma manera los contribuyentes que se encuentren en la misma situación. Por ello se considera que la sustitución de la igualdad proporcional por un criterio de imposición progresiva, constituyen una verdadera manifestación del principio de igualdad. Los principios que han llegado a favorecer a determinados sectores como los pequeños propietarios, los artesanos, y otros, y a penalizar a las grandes sociedades mercantiles no implican una violación de la igualdad, sino una aplicación progresiva del principio de igualdad. El principio de igualdad supone la ausencia, como antes se ha señalado de cualquier privilegio económico o social. Desarrollando estas premisas, podríamos afirmar que se produciría una situación fiscal de privilegio o desigualdad, cuando una persona soportase menor carga fiscal que otra que se encontrase en las mismas condiciones. Esto podría ser consecuencia de diferencias en la mayoría de los elementos de la relación jurídica.

derecho al debido proceso⁵², lo que significa darle la oportunidad al particular de ser oído durante un plazo prudente⁵³, otorgándole un término probatorio razonable para fundamentar o motivar la decisión con los elementos fácticos y jurídicos aplicables⁵⁴.

Son trascendentes todas las derivaciones del debido proceso, es dable que aquellos vicios de procedimiento que las transgredan puedan ser rectificadas por la administración a fin de salvaguardar los derechos del ciudadano⁵⁵.

El debido proceso como derecho fundamental, surge históricamente vinculado a trámites judiciales no frente a actuaciones de la administración pública en la forma que hoy la entendemos, como una herencia de la Revolución Francesa. Si bien ambos son distintos existe una tendencia a la judicialización del procedimiento administrativo no contencioso la cual

⁵²Ayala, José María y otros, "Manual de Justicia Administrativa", San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, pág. 91.

⁵³Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bajo referencia 216-C-2001, el 28/III/2005. Se condiciona a que antes de procederse a limitar la situación jurídica de una persona natural o jurídica o a privársele de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, a fin de permitirle alegar y defender sus derechos. Sentencia del día dieciséis de junio de mil novecientos noventa ocho. ref. 14-U-97, sentencia del día veintiocho de julio de dos mil tres, Ref. 51-F-2001, sentencia del día cinco de enero de dos mil cuatro, ref. 88-D-2002. La audiencia constituye una fase procesal dentro del procedimiento a fin que el administrado manifieste su acuerdo o desacuerdo con las imputaciones que se realizan. Esta es una exigencia constitucional contemplada en nuestra Constitución; es decir, no supone un mero rito o trámite, sino, que tiene la finalidad de proporcionar al administrado la posibilidad real de defensa.

⁵⁴Motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta el acto administrativo. Vid. Gamero Casado, E., "Derecho Administrativo". Monografías, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001, pág. 26; Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia emitida el 26-6-98, ref. 70-M-94; Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia emitida el 27-10-98, ref. 8-T-92. García TrevijanoFos, J., "Los Actos Administrativos", 2ª ed., Madrid, Civitas, 1986, pág. 150. Menciona este autor, que la motivación puede ser antecedente o previa; simultánea o sucesiva, según que conste en el mismo acto documento o aparte; explícita o implícita, esta última sería la que se deduce de la propia naturaleza del acto.

⁵⁵Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bajo referencia 211- R-2003, emitida el 7 de febrero de 2006.

conlleva crecientemente el reconocimiento del debido proceso en sede administrativa⁵⁶.

1.3.3. Principio de legalidad

Se entiende por principio de legalidad, la necesaria conformidad de los actos de la administración pública con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al Derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y particular el actuar del engranaje estatal; el segundo sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ejercicio de sus competencias⁵⁷.

En el artículo 86 Inciso final de la Constitución de la República, la administración pública en El Salvador, se encuentra sometida al principio de legalidad en un sentido o versión positiva⁵⁸, esta sujeción significa que los entes que la articulan, en el ejercicio de la función administrativa no poseen más potestades que las que la ley expresamente les reconoce⁵⁹.

⁵⁶Sánchez Morón, M, "Derecho Administrativo", Parte General, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 546 y 547. Tanta importancia tiene hoy en día el debido proceso, que la legislación y la doctrina española, no vacilan en sancionar con nulidad de pleno derecho es decir, el máximo grado de invalidez a aquellos actos administrativos en los que no exista ni la mínima apariencia de debido procedimiento así como también a aquellos en que concurren infracciones de procedimiento particularmente esenciales o graves.

⁵⁷Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 4ª ed., Dupar Ediciones, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 41.

⁵⁸En virtud del principio "positive bindung o vinculación positiva de la administración por la legalidad", el Derecho no es ya para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición, quedando ésta en su terreno habilitada a actuar con su sola libertad y arbitrio sino por el contrario, el Derecho es la cobertura que legitima toda su actuación. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo bajo referencia 17-T-96 del 20/III/1997.

⁵⁹Existen; sin embargo, dos corrientes respecto a la forma de vinculación de la administración al ordenamiento jurídico, que son la vinculación negativa y la positiva, Vid.

“La administración pública encuentra su accionar circunscrito a los parámetros que establece la ley”. El hecho de que la administración tenga estrictamente delimitados, su forma y campo de acción, idealmente implicaría que ésta se ajustare siempre a dichas limitantes, y por tanto sus actuaciones deberían ser siempre legales.

Sin embargo, en la práctica la administración se aleja de tales parámetros por consiguiente, el mismo legislador plantea como consecuencias ante este supuesto, las nulidades, la inexistencia de los actos dictados, entre otras”⁶⁰.

En consecuencia el principio de legalidad debe ser interpretado como el respeto total a las normas jurídicas de un Estado por parte de los funcionarios, primordialmente a la Constitución que es la norma suprema.

Sin embargo, es de agregar que la circunstancia de que las facultades atribuidas a los funcionarios públicos deben estar expresamente determinadas por la ley, no debe ser llevada al absurdo de exigirle a la norma que determine de manera exacta el caso fáctico que el funcionario ventila sino que 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.

Por eso, la revisión de la actuación debe ser apegada a la lógica, al sentido común y a la razonabilidad para evitar legalismos extremos que paralicen a la administración.

1.3.4. Principio de supremacía Constitucional

Álvarez Conde, E., “Curso de Derecho Constitucional”, v. I, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, págs. 98 y 99.

⁶⁰Vid. Sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo Ref. 20-T-96 del 30/III/1998, Ref. 63-P-96 del 2/VI/1998, Ref. 25-E-97 del 5/VI/1998, Ref. 41-D-97 del 5/VI/1998, Ref. 30-E-97 del 24/VII/1998, Ref. 120-A-97 del 27/VII/1998 y Ref. 37-G-95 del 25/IX/1998.

Explícitamente es proclamado por el artículo 246 Cn., en virtud del cual “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”, “la supremacía constitucional, “per se”, es uno de los principios fundamentales que ha encarnado en nuestro sistema constitucional; por lo cual no puede existir acto de autoridad que contravenga el texto de ésta, y los valores y principios que constituyen su trasfondo, pues tanto los encargados de la creación de normas como los aplicadores de las mismas no pueden legislar y actuar ad libitum, sin límite alguno, desconociendo su freno natural y objetivo: la Constitución”⁶¹.

Cuando los funcionarios de la administración pública encuentran lagunas en la ley o reglamentos o incompatibilidades evidentes contra la Carta Magna, deben aplicar de forma directa e inmediata las normas y principios constitucionales, teniendo en cuenta que al tomar posesión de su cargo prometió bajo palabra de honor cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen⁶² (artículo 235 Cn.).

1.3.5. Principio de seguridad jurídica

Este principio, es recogido por el inciso 1 del art.1 del texto constitucional cuando enumera los fines del Estado, indicando que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”.

⁶¹Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictada en el proceso de amparo Ref. 395-2000 de fecha 11/IX/2001. En el mismo sentido, Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictada en el proceso de amparo Ref. 22-2000 de fecha 17/IX/2001.

⁶²Sagüés, Néstor. Op. cit., pág. 38, no obstante, afirma que éste es un postulado relativo, que puede entrar en crisis por diversas razones. Por ejemplo, si los operadores de la Constitución (Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, entre otras.) no se decidan a cumplirla, y si los órganos de control de supremacía no funcionan correctamente.

Por seguridad jurídica se entiende, la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no sea modificada más que por los procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente⁶³.

Como consecuencia, por regla general los actos administrativos no pueden tener efectos retroactivos, salvo que sean en beneficio de los particulares y deben fundamentarse en normativa vigente⁶⁴.

También es de mencionar que, es posible admitir la revocabilidad de un acto administrativo⁶⁵, siempre y cuando sea en beneficio del particular⁶⁶ y no vulnere derechos o intereses legítimos de terceros.

1.3.6. Principio de la primacía del interés público

Según el artículo 246 inciso 2 Cn.: “El interés público tiene primacía sobre el interés privado.” Ello implica que los entes administrativos al ejercer sus funciones deben tomar en cuenta los beneficios generados para el conglomerado antes que el provecho ocasionado a una minoría o a alguien en especial.

⁶³Sentencias de la Sala de lo Constitucional de la CSJ emitidas en los procesos de amparo ref. 110-98 del 8/VI/1998 y Ref. 115-98 del 8/VI/1999.

⁶⁴Artículo 17 del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, sobre la producción de efectos de los actos administrativos y la retroactividad de los mismos, el cual expresa: Igualmente, con carácter excepcional podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que a la fecha que se retrotraiga la eficacia del acto, ya existieran los supuestos de hecho necesarios para dictar éste, y que con tal retroacción no se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas.

⁶⁵García de Enterría, E. y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” I, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, pág. 638. Indican los autores que, por revocación se entiende la retirada definitiva por la administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario.

⁶⁶La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala, como una de las causas de terminación del juicio contencioso administrativo, la revocación del acto impugnado (artículo 40 letra b); un acto resulta de beneficio para el administrado, cuando le favorece con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen.

El interés público es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado⁶⁷.

Cuando la administración se aparta de perseguir el interés público que le manda la norma, por buscar intereses espurios, cae en una “desviación de poder”, lo cual es sujeto de impugnación en sede judicial⁶⁸.

2. Los Tratados como fuente del Derecho Administrativo

El término “Tratado”, describe los acuerdos internacionales en general identificándolos indistintamente con las denominaciones de convenciones, pactos, convenios, cartas o protocolos.

La utilización de la terminología viene dada por el mayor o menor grado de solemnidad o importancia.⁶⁹ Pero debe quedar claro que un tratado implica un compromiso de orden jurídico y no solo político o moral⁷⁰.

El Derecho Internacional de los tratados ha sido codificado en gran parte en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷¹, la cual reviste de una enorme autoridad aun para los países que no son signatarios de ella,

⁶⁷Fernández Ruiz, J. “Diccionario de Derecho Administrativo”, 1ª edición, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 165.

⁶⁸Artículo 3 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

⁶⁹Buergenthal, Thomas y otros, “Manual de Derecho Internacional Público”, 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág.78.

⁷⁰Virally Michel, “El Devenir del Derecho Internacional”, México, Fondo de Cultura Económico, 1998, págs.157 y 158. El autor indica que se puede hablar de convenio en todos los casos en los que se llegó a un acuerdo por la concordancia de voluntades entre varias partes... Pero lo que convierte a ese acuerdo en un convenio es la producción de cierto resultado, deseada y llevada a cabo por la concordancia de voluntades... Y el tratado es un convenio pero de naturaleza especial que implica un compromiso de orden jurídico.

⁷¹Suscrita en Viena (Austria), el día 23 de mayo de 1969. No ha sido ratificada por El Salvador.

dado que la misma se fundamenta en el Derecho Internacional consuetudinario vigente⁷².

En relación al Derecho Administrativo, es un tema prestado del Derecho Internacional,⁷³ y su relevancia dependerá de la incidencia que el tratado tenga en la actividad de la administración pública. Nos referimos a ellos en la medida que muchos tratados contienen normas que materialmente son administrativas⁷⁴ o bien su ejecución cae en el campo de los órganos administrativos⁷⁵. Pero lo que sí es evidente es que una vez ratificado y pasado el periodo de publicación dichos instrumentos, se encuentran en la esfera de juricidad a la que la administración está circunscrita, constituyendo fuente del Derecho Administrativo.

3. La Ley como fuente del Derecho Administrativo

3.1. Concepción de la ley

Al hablar de ley los autores, hacen siempre distinción entre lo que es la "ley en sentido material" y lo que constituye "la ley en sentido formal".

Bielsa⁷⁶ nos dice, que la ley en sentido material o substancial (criterio objetivo) está determinada por la naturaleza de la actividad del Estado y no por el órgano del cual emana (criterio subjetivo). La ley en sentido material contiene siempre normas jurídicas.

Por el contrario, es ley en sentido formal la que sólo emana del Poder Legislativo, pero una ley de tal naturaleza puede no contener norma jurídica;

⁷²Buergenthal, Thomas y otros, Op. cit. pág. 79.

⁷³García de Enterría E. y Fernández, Tomás Ramón, Op. cit., pág. 145.

⁷⁴Sánchez Morón, S. Op. cit., pág. 148.

⁷⁵Merkl Adolfo. Op. cit., pág.152.

⁷⁶Bielsa, Rafael. "Derecho Constitucional", 3ª ed., editorial de Palma, Buenos Aires, 1959, págs. 116-117.

es ley por el hecho de llevar el procedimiento constitucional de su formación. Por su parte, el artículo 1 C.C. la define como una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

3.2. Principios en la aplicación de la ley

En torno a la ley, se configuran una serie de principios substanciales⁷⁷:

a) Principio de preferencia o primacía de la ley

Proclama la preponderancia de la ley sobre las normas jurídicas terciarias (esto es los reglamentos), en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico, por lo tanto, ninguna de ellas está habilitada para modificar los preceptos contenidos en la ley secundaria⁷⁸ (artículo 246 Cn.).

b) Principio de autoridad formal de la ley

En virtud de este principio, para que una ley sea interpretada o derogada, debe hacerse mediante el mismo procedimiento utilizado para su elaboración⁷⁹: el proceso de formación de ley. El constituyente lo retoma y lo plasma en el Artículo 142 Cn., según el cual para interpretar, reformar o derogar las leyes, se observarán los mismos trámites que para su formación.

c) Principio de reserva de ley

Consiste en la exclusión de ciertos tópicos del ámbito normativo de los reglamentos, mediante disposiciones constitucionales que faculten única y

⁷⁷Fraga, Gabino. "Derecho Administrativo", 38ª ed., México, Porrúa, 1998, pág. 107.

⁷⁸Para ampliar, Vid. Díaz, Roca R., "Teoría General del Derecho", 1ª Ed., Madrid, Tecnos, 1997, pág. 129; García de Enterría, E. y Fernández Tomás Ramón, Op. cit., pág. 230; Díaz Roca, R., "Teoría General del Derecho", Madrid, Tecnos, 1997, págs. 206 a 207.

⁷⁹Fraga, Gabino. Op. cit., pág. 38.

exclusivamente a la ley secundaria para regular a los mismos (en la doctrina y la jurisprudencia se le conoce como reserva de ley material)⁸⁰.

Así, de manera ilustrativa, podemos citar los artículos 13 inciso 4 Cn. (Se refiere al Código Penal), 202 inciso 2 Cn. (Alude al C.M.), 209, 210 Cn. (Evocan al Código Electoral).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre este principio, ha señalado que existen diferentes posturas respecto a la naturaleza de la reserva de ley. Esta es visualizada por algunos autores como un principio (Alejandro Nieto y Eduardo García de Enterría), como una figura (Rafael Entrena Cuestas y Gabino Fraga), como un mecanismo, como una técnica jurídica de protección de ciertos derechos o bien una técnica legislativa (Álvaro Rodríguez Bereijo).

Aunque la doctrina de común acuerdo advierte la dificultad de caracterizar de manera unitaria la reserva de ley por su diversidad y heterogeneidad es posible determinar, que la principal característica de ésta es la prohibición de regular por medio distinto a la ley formal, determinadas materias. Otro punto en que existe acuerdo en la doctrina es el carácter tutelar de la reserva de ley. El fundamento ontológico de la reserva de ley es, entre otros la protección de derechos fundamentales. La anterior protección opera al constreñir o limitar en razón del sujeto (Parlamento) y de la jerarquía normativa (Ley secundaria) el tratamiento o regulación de ciertas áreas del derecho que son especialmente importantes.

En términos sencillos la reserva legal implica una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en un ámbito que compete a la ley formal⁸¹.

⁸⁰Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso bajo referencia 68-V-2001, el 7/II/2002; García de Enterría E. y Fernández Tomás Ramón, Op. cit., págs. 240 a 246.

La reserva de ley puede tener su origen en la Constitución, cuando estatuye de forma expresa que determinada materia tiene que ser desarrollada exclusivamente por la ley, o bien en la ley misma, cuando al regular cualquier asunto, éste queda automáticamente apartado para tal fuente del Derecho; este efecto ha sido denominado por algunos constitucionalistas reserva de ley impropia o congelación de rango que implica que la ley produce una reserva a su favor, encasillando en su rango legal la materia regulada y sólo otra ley puede sacarla en el futuro de tal encasillamiento⁸² (artículo 246 inciso 1 Cn.).

4. Los Reglamentos como fuente del Derecho Administrativo

4.1. Generalidades de los Reglamentos

La palabra reglamento viene de “reglar”, que tiene su origen en la voz latina “regulare”, en un sentido vulgar muy ligada a la palabra regla (del latín *regulum*), que implica el orden establecido o la fórmula de cómo debe hacerse algo: “las reglas del juego”.

Desde un punto de vista lato, reglamento es un conjunto de reglas o normas que regulan la aplicación de una ley, el régimen de una asociación, o una actividad cultural o deportiva.

En esta línea, existen reglamentos que son emitidos por particulares y también, reglamentos que son decretados por autoridades gubernamentales competentes (reglamentos administrativos). Dentro de los primeros, podemos citar los siguientes ejemplos: Los reglamentos internos de trabajo, los cuales

⁸¹Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso bajo referencia 91-G-99, el 23/X/200.

⁸²Bertrand Galindo, F., y otros. “Manual de Derecho Constitucional”, t. I, San Salvador, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, pág. 65.

son emitidos por aquellos patronos que tienen más de diez empleados, regulando horas de entrada y salida, intervalos y lapsos destinados para la comida, lugar día y hora del pago, disposiciones disciplinarias, entre otras (artículos 302 al 306 del Código de Trabajo); los estatutos de las asociaciones y fundaciones (artículos 12, 23 y 28 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin fines de lucro); los estatutos de las sociedades mercantiles (artículo 23 C.Com.); los reglamentos de la administración establecidos en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamentos; el Reglamento General Interno (del Mercado de Valores).

Debe destacarse que estos cuerpos normativos se fundamentan en la autonomía de la voluntad privada, obedeciendo a intereses personales; en consecuencia, su radio de acción es exclusivo de los particulares que forman parte de esos grupos; siendo su naturaleza distinta a la de los reglamentos que tienen su origen en el gobierno, los cuales son fuente del Derecho Administrativo.

Los Reglamentos constituyen normas jurídicas, generales, abstractas, obligatorias e impersonales, decretadas por la administración pública, con la finalidad de desarrollar y ejecutar una ley, con la que se encuentra ensamblada por un nexo de dependencia y supervivencia⁸³.

Por su singular emisor⁸⁴ y su relevancia cuantitativa, se perfilan como la fuente más importante del Derecho Administrativo⁸⁵. Poseen una dualidad, en vista que por una parte inciden en el patrimonio de los administrados, al

⁸³Díaz Roca R., Op. cit. pág. 206.

⁸⁴Los reglamentos son fuente de Derecho para la administración, pero proceden de ella misma. Por su parte, para García de Enterría, el Derecho Administrativo es el derecho propio y específico de la Administración Pública, sujeto emisor de los reglamentos. Vid. "Curso de..." Op. cit., pág. 39.

⁸⁵Díez Horacio, Pedro. "Reglamentos, su impugnación en el procedimiento administrativo", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1º ed., 1998, pág. 15.

ser actos que facilitan la ejecución de una ley que regula derechos; pero además, son normas obligatorias por medio de las cuales la administración se auto-limita⁸⁶.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia nacional, ha adoptado la división de reglamentos normativos y organizativos. Los primeros son los que regulan los derechos y deberes de los individuos dentro de su respectiva competencia territorial, y que sólo pueden referirse a cuestiones que aun siendo administrativas, implican para los individuos como tales, la imposición de obligaciones o deberes o en otras palabras, la regulación de sus derechos contenidos en la normativa superior. Por su parte los organizativos son los basados en aquellas materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la administración, son normas que regulan los aspectos vinculados con la estructuración y organización de las unidades administrativas dependientes⁸⁷.

4.2. Concepto y naturaleza jurídica de los Reglamentos

4.2.1. Concepto de Reglamento

Con claridad, a mediados del siglo pasado, Kelsen expresaba que los reglamentos son normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa⁸⁸.

Para otros autores contemporáneos el reglamento es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce

⁸⁶Díaz Roca, R., Op. cit. pág. 205. afirma el autor que al poder reglamentario le compete la elaboración de todas aquellas normas, denominadas genéricamente reglamentos, necesarias para la completa virtualidad social de los mandatos de la voluntad general expresada en la ley y para el adecuado funcionamiento ad intra o ad extra de todo organismo público que ejerza materialmente facultades administrativas.

⁸⁷Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en proceso de inconstitucionalidad, Ref. 22-1997 de fecha 27/III/1999.

⁸⁸Kelsen, Hans. Op. cit., pág. 77.

efectos jurídicos generales en forma directa⁸⁹. Lo relevante de esta opinión es que consideran que la potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y por consiguiente, a la propia administración⁹⁰.

También puede decirse, que se trata de un conjunto de normas jurídicas dictadas por el titular de la administración pública que desarrollan principios establecidos en una ley⁹¹. Otra definición apunta a que reglamento es toda norma imperativa que dimana de una autoridad que no es el Poder Constituyente o el Poder Legislativo⁹².

4.2.3. Características

Dentro de las características de los reglamentos resaltan las siguientes:

- a) Constituyen un acto unilateral dictado por una autoridad administrativa facultada por la Constitución o la ley; es decir, que no requiere el concurso de otro sujeto⁹³;
- b) El reglamento es una norma jurídica, en otras palabras es norma obligatoria, general, abstracta e impersonal⁹⁴, lo que la distingue del acto administrativo que tiene efectos individuales, concretos y no normativos;

⁸⁹Dromi, Roberto. Op. cit. pág.323.

⁹⁰Farrando Ismael y otros. "Manual de Derecho Administrativo", 8ª ed., de Palma, Buenos Aires, 2000, pág. 259.

⁹¹Martínez Morales, R. "Derecho Administrativo", 3ª ed., México, Oxford, 2000, pág. 260.

⁹²Álvarez Gendín, S. "Tratado General de Derecho Administrativo", t. I, Barcelona, Bosch, 1973, pág. 201; Para una crítica sobre esta categoría de conceptos, Vid. Álvarez Conde, E., Op. cit., pág. 281, en la obra se expone que tratar de definir los reglamentos por oposición al concepto de ley no parece ser un camino adecuado, pues lo más que puede conseguirse es determinar su condición de fuente jerárquica subordinada a la ley, tema este que nadie parece discutir.

⁹³Acosta Romero, M., "Compendio de Derecho Administrativo", 4ª ed., México, Porrúa, 2003, pág. 540; Sayagués Laso, E., Op. cit., pág. 138.

⁹⁴Delgadillo Gutiérrez, L. y Lucero Espinosa, M., "Compendio de Derecho Administrativo" 6ª ed., México, Porrúa, 2003, pág. 80.

- c) Por lo general, es de un rango inferior a la ley, encontrándose subordinado a ésta⁹⁵;
- d) Tiene un procedimiento de creación distinto a la de la ley ordinaria⁹⁶, y
- e) Constituye un acto de auto limitación y regulación de la administración, por medio del cual, se obliga a sí misma⁹⁷.

En la perspectiva del ordenamiento salvadoreño, la finalidad del reglamento, es la de facilitar la aplicación de la ley, ya que como instrumento de fácil emisión permite pormenorizar aquellos aspectos no determinados en la ley, partiendo de lo general que la ley dispone a lo específico explicando de una manera más detallada; por lo que pueden definirse como normas jurídicas, enmarcados en una función legislativa encomendada al órgano ejecutivo; siendo su obligatoriedad para administradores y administrados; es decir, que nuestra Constitución no da margen para establecer que existen aspectos de la convivencia social que tengan reserva reglamentaria.

5. La Costumbre

Como siempre se ha dicho, la Costumbre es la primera fuente del Derecho en la sociedad primitiva y que en los tiempos actuales con la creciente tendencia a la codificación y función legisladora, ella ha ido perdiendo importancia y quedando relegada a un plano secundario donde se pierde en una modesta penumbra. Apegado a esto surge la interrogante de si la costumbre constituye fuente específica del Derecho Administrativo.

⁹⁵Díaz , Manuel María. "Derecho Administrativo", t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, pág. 98.

⁹⁶Acosta Romero, M. Op. cit. pág. 542.

⁹⁷No se puede decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos...No cumplir el propio reglamento parece una auto contradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente lo ha sostenido nunca: es más bien lo contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos. Gordillo Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pág. 39.

Tradicionalmente y teniendo en cuenta la relación en que se encuentra con la ley, la costumbre se clasifica en costumbre según la ley (*secundum legem*), supletoria de la ley (*practer legem*) y contraria a la ley (*contra legem*).

En general, puede entenderse por fuentes del Derecho Administrativo el conjunto de normas que integran dicha disciplina, aquellos elementos o componentes de los cuales se deriva y se nutre el mismo. Consisten en ciertos principios básicos y activos, filosóficos y doctrinarios, de donde emergen las normas jurídicas administrativas. Dichas fuentes se pueden clasificar en: reales o materiales y formales. De modo que en el sistema jurídico salvadoreño la fuente por excelencia es la Constitución, tal como puede desprenderse del artículo 235 Cn. También se considera fuente del Derecho Administrativo a los Tratados, sin embargo su importancia dependerá de la incidencia que el tratado tenga en la actividad de la administración pública. Igualmente se consideran como fuente la ley, los reglamentos; sin embargo, es de notar que en El Salvador todas las situaciones de los ciudadanos reguladas jurídicamente son exclusivas de la ley; el reglamento solo tiene la finalidad de desarrollar el contenido de la misma (artículo 246 inc. 2 Cn.).

CAPÍTULO II

POTESTADES ADMINISTRATIVAS

2.1. Nociones generales

El término “potestad” deriva del latín “potestas”, “potestatis”, cuya raíz es “pot” y significa poder, poderío, potencia, facultad, soberanía, potestad.

Las potestades administrativas han sido concebidas por la doctrina, en sus inicios como derechos subjetivos de las administraciones públicas. Concepción que en consecuencia, otorgaba a la potestad un sentido patrimonial por el que las administraciones públicas podrían disponer de ellas con la misma libertad que los particulares usan de sus derechos.

Aún subsiste en cierto modo esta concepción cuando discrecionalidad y arbitrariedad se confunden. Estos poderes sin embargo, no son derechos subjetivos de las administraciones a las que se atribuyen, sino que forman parte del derecho objetivo y constituyen un ejercicio obligatorio para ellas. Frente a las potestades las administraciones públicas no gozan de facultades de disposición, sino que se encuentran ante un deber que se ha de cumplir cuando se dan los presupuestos legales que determinan su ejercicio. La visión de la potestad como un derecho de las administraciones públicas es pobre, constituye una proyección del mundo civil, inadecuado para el Derecho Público o en su caso una visión desviada por los políticos o cargos públicos.⁹⁸

La potestad es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medio para una finalidad predeterminada por la propia norma que

⁹⁸Villar Palasí, José Luis. “Principios del Derecho Administrativo”, 3º ed., Editorial de la Facultad de Derecho, Madrid, 1992, pág. 120.

le atribuye y la cual es susceptible de control por los tribunales. No supone en ningún caso, un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable.⁹⁹

Según García Trevijano Fos: “Es la posibilidad de emanar o emitir actos de mando con fuerza ejecutiva. He aquí pues, la primera nota de la posición de la administración pública frente al bloque jurídico; es decir, una posición de supremacía y de potestad”.¹⁰⁰

No debe confundirse “poder” con “potestad”, la potestad es lo específico, en lo que respecta a su ejercicio, es un Derecho, porque quien lo ostenta puede ejercerla frente a ciertas personas para que cumpla ciertos deberes afín de que la persona está obligada a ejercerla y no se puede rechazar puede ser prerrogativa inherente a una función correspondiente a la administración pública; mientras que el poder es genérico, es atributo del Estado, que se caracteriza por ser:

- a) Originario: Su realidad y cualidades son inherentes e inseparables de su existencia;
- b) Autónomo: No existe otro poder de mayor jerarquía;
- c) Coactivo: Posee el monopolio de la fuerza organizada al interior de la sociedad;
- d) Centralizado: Emanada de un centro de decisión política al cual la Nación está subordinada, y
- e) Delimitado territorialmente: Rige en el territorio del Estado y a los habitantes de éste. Una cualidad del poder del Estado es la soberanía,

⁹⁹García Oviedo, Carlos. “Derecho Administrativo”, 6ª Edición, Editorial E.L.S.A. Pizarro, Madrid, 1957, pág. 149.

¹⁰⁰García Trevijano Fos, José Antonio. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Vol. I, editorial Revista de Derecho Privado, 1998, pág. 412.

en el sentido que dicho poder no admite a ningún otro ni sobre él, ni en concurrencia con él.

2.2. Distintos conceptos de potestades administrativas

Pero, ¿qué entenderemos por potestades administrativas?

Se han sustentado diversas definiciones de la potestad administrativa; expondremos algunas de ellas:

Las potestades administrativas se definen como: Poderes que la ley confiere directamente a las administraciones públicas y que las facultan para realizar fines de interés general o público. Estos poderes que les son otorgados las sitúan en una posición de supremacía y de prerrogativa, que además, las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas y de que son titulares activos los administrados; imponiéndoles obligaciones y situaciones jurídicas, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento, aunque esté sujeto al ordenamiento jurídico y ejecutivo.

Doctrinariamente se define la potestad administrativa como un poder jurídico unilateral que el ordenamiento reconoce a la administración para la satisfacción del interés general, sometiendo su ejercicio a la ley y al control judicial. En ese sentido, la administración pública necesita de disponer de los medios jurídicos correspondientes, para desarrollar su actividad y lograr los fines perseguidos con ello.

Estos medios jurídicos constituyen potestades de la administración, que se diferencian entre sí de acuerdo a la finalidad que en cada caso se pretende lograr. De ello resulta una variedad de las potestades administrativas,¹⁰¹ son

¹⁰¹Marienhoff, Miguel Santiago. "Tratado de Derecho Administrativo I", Quinta Edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 479.

como el poder jurídico, para imponer decisiones a otros sujetos y para el cumplimiento de una finalidad determinada. Este es un concepto aplicable a todo el ordenamiento jurídico y no solo al Derecho Administrativo.¹⁰²

2.3. Características de las potestades administrativas

Las potestades de la administración se caracterizan por ejercerse en interés de otro, esto es, no de quien lo ejerce sino del interés público o general.

Sus características principales son:

- a. Se trata de poderes regulados por la ley y por ello no cabe olvidar que las potestades administrativas están sujetas al principio de legalidad propio de nuestro Estado de Derecho;
- b. Estas facultades otorgadas a las administraciones públicas sólo pueden ser ejercidas para la persecución del interés público y en ningún caso el interés propio o privativo de la propia administración;
- c. Son reconocidas directamente por el ordenamiento jurídico. Son las normas las que dicen lo que la administración puede y debe hacer en cada caso;
- d. Son unilaterales, la administración las ejerce sin necesidad de que el destinatario de su actuación este de acuerdo con ello;
- e. Pueden ser ejercidas indefinidamente mientras que su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico;
- f. Se encuentran en una situación de sujeción general;
- g. De su ejercicio resultan actos administrativos concretos, que pueden dar lugar a una mejora, empeoramiento o serles indiferentes a los particulares;

¹⁰²Santi Romano, Lorenzo. "Principios de Derecho Administrativo", 1º edición, editorial Reus, Milán, 1918, pág. 150.

- h. El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a control judicial, pudiendo ser impugnados sus actos de aplicación ante los tribunales de justicia;¹⁰³
- i. Es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico, pues es la norma jurídica la que atribuye limitada y concretamente una potestad;
- j. El poder que implica la potestad está ligado a un fin. Ello significa por una parte que las potestades están asociadas a fin definido por el legislador y por otra parte, que las potestades se otorgan para cumplir un fin ajeno al interés del titular;
- k. Los ciudadanos están obligados a soportar los efectos de la potestad en su esfera jurídica. Como contrapartida a esta sujeción, para el ciudadano las potestades son limitadas, deben respetar sus derechos y su ejercicio es susceptible de impugnación judicial, y
- l. El ejercicio de toda potestad debe estar respaldado por la verificación del supuesto de hecho de la norma que se aplica.¹⁰⁴

2.4. Clasificación de las potestades administrativas

Las potestades administrativas se clasifican según diversos criterios:

A) Según su contenido:

1. Potestad Reglamentaria: Es la prerrogativa por la que las administraciones públicas pueden crear normas con rango reglamentario; es decir, normas subordinadas a las leyes, ya sean reglamentos o decretos que regulen el ejercicio de sus propias atribuciones.

¹⁰³Gamero Casado, Eduardo. "Derecho Administrativo", 1º edición, editorial Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de capacitación Judicial, San Salvador, 2001, pág. 132.

¹⁰⁴Santi Romano, Lorenzo. "Principios de Derecho Administrativo", 1º ed., editorial Reus, Milán, 1918, pág. 149.

Los reglamentos que dicta la administración pública, tienen todos los caracteres formales de una ley: generalidad, impersonalidad y abstracción, pero difieren de las leyes en la escala jerárquica, ya que se encuentran por debajo de ellas; los reglamentos deben ser constitucionales y legales, deben limitarse a las disposiciones de la ley y aplicarlas¹⁰⁵.

Así de conformidad con la Constitución Francesa, la manera normal de emisión de las normas de carácter general es por medio de reglamentos; la Asamblea Legislativa tiene facultades de legislar únicamente sobre aquellas materias que específicamente le señala la Constitución (cuestiones políticas, derechos humanos, tributos, entre otros) y sobre toda otra materia legisla el Poder Ejecutivo a través de reglamentos. Esta figura no se da en nuestro país; sin embargo, debe ser considerada para aclarar algunos conceptos que son de uso común al hablar de reglamentos.

2. Potestad de Planificación: Se puede definir como una de las facultades de actuación o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a las administraciones públicas, revistiéndolas de un estatus

¹⁰⁵ Los reglamentos pueden ser de diferentes clases: a) Son de ejecución cuando de una forma clara y directa desarrollan y complementan una ley, normalmente porque la ley misma ha llamado e impuesto el dictado de un reglamento de estas características; b) Son reglamentos delegados aquéllos emitidos por el poder ejecutivo en base a un mandato del poder legislativo para regular materias que corresponden a este último. La delegación de poderes está prohibida en nuestra Constitución (Art. 86 inc. 1º), y lo ha estado desde 1886; pero antes de esa fecha, la delegación de facultades legislativas fue muy común. c) Reglamentos de urgencia y necesidad son aquéllos emitidos por el Órgano Ejecutivo para regular las medidas a tomar ante una situación grave de carácter transitorio, como puede serlo un terremoto u otro desastre natural o una situación de seria intranquilidad social. Aunque son muy comunes en otros sistemas jurídicos, en El Salvador, la Constitución no los contempla, salvo en el caso de los Arts. 29 y 167 N° 6 Cn., permitiendo que sea decretada la suspensión de garantías constitucionales por el Órgano Ejecutivo, en caso de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, y d) Reglamentos autónomos: son los que se dictan en uso de atribuciones propias del Poder Ejecutivo, sin referirse a determinada ley. No alteran la legislación vigente, sino que la complementan mediante sanción de normas generales, destinadas a poner en ejercicio las facultades exclusivas del Presidente de la Nación, ya para regular sus propios derechos o para organizar los servicios administrativos; determinan derechos y deberes de los funcionarios, o los que organizan el régimen de los servicios públicos.

especial derivado de su misión de servicio a la protección, garantía y realización del interés general.

Se puede afirmar que las características propias de la potestad administrativa de planificación son las siguientes:

- a. Su normativismo, en tanto que en cada una de las manifestaciones instrumentales de la planificación se establecen pautas de comportamiento y directrices de actuación orientadas a la consecución de fines u objetivos concretos y que son susceptibles de vincular tanto a los poderes públicos como a los administrados y finalmente,
- b. Su instrumentalización para la ejecución de los principios constitucionales de objetividad, eficacia y coordinación de la actuación de las administraciones públicas.

3. Potestad Organizatoria: Es el conjunto de facultades que la administración pública ostenta para configurar su estructura, es la capacidad de decidir y de ordenar; se considera inherente a quienes ejercen la función de dirección.

Es, en consecuencia, una parte de la función directiva y en muchos casos, una de las funciones más directamente vinculadas a la responsabilidad por la gestión que considera que el acierto en las decisiones de organización es uno de los elementos centrales para evaluar el éxito de las políticas de gestión.

4. Potestad Tributaria: Se define como la facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce al Estado para imponer, modificar o suprimir en virtud de una ley, obligaciones tributarias.

5. Potestad Sancionadora: Es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo.

Entendida la sanción administrativa como aquel mal infringido a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad.

6. Potestad Expropiatoria: Es un procedimiento mediante la cual los poderes públicos competentes despojan de sus bienes y derechos o intereses de contenido patrimonial, total o parcialmente, temporal o definitivamente, a sus titulares legítimos.

Su característica principal es que no hay en ella acuerdo de voluntades, sino que su mismo fundamento le otorga la suficiente eficacia jurídica para que, cumplido el procedimiento legalmente previsto y el pago de una justa indemnización, produzca el efecto aleatorio en el patrimonio de los particulares.

7. Potestad de Ejecución Forzosa: Es la capacidad que tiene la administración pública para llevar a efecto sus propios actos, siendo evidentemente requisito previo necesario que se haya dictado el acto administrativo que sirve de título habilitador.

Así, a diferencia de un particular, el cual tendría que acudir, por ejemplo, a los tribunales de justicia para reclamar el pago de una cantidad que se le debe, la administración, si existe el previo acto que le reconoce el derecho a cobrar una cantidad podrá, sin necesidad de acudir a los tribunales de

justicia, actuar directamente sobre el patrimonio del deudor, en virtud de esta Potestad de Ejecución Forzosa¹⁰⁶.

8. Potestad de Coacción Administrativa: Es aquella que le permite definir y particularizar los Derechos en aplicación de la ley e incidir en la esfera jurídica de los particulares.

Esta potestad supone que la administración goza del privilegio de la auto-tutela administrativa, también conocida como ejecutividad o ejecutoriedad¹⁰⁷ de los actos administrativos. Esta auto-tutela expresa la posición de la administración respecto de los tribunales de justicia, lo que significa que la administración está capacitada como sujeto de Derecho para tutelar por sí misma sus actos sin necesidad de recabar tutela judicial.

9. Potestad de Investigación: Deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, atribuye a las administraciones locales una potestad administrativa específica a fin de investigar para efectos de sus bienes: la denominada recuperación de oficio, recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los bienes de dominio público.

En El Salvador esta potestad se ejerce como un mecanismo de control por medio de la fiscalización que realiza la corte de Cuentas de la República de acuerdo a lo establecido en el artículo 195 de la Cn., siendo este un sistema

¹⁰⁶El artículo 551 del CPCM, reconoce el libre acceso a la ejecución forzosa; es decir, que el inicio de la ejecución, solo dependerá del accionar de quien tenga un interés amparado en un título que contenga todos los requisitos, que el ordenamiento jurídico procesal regula. Con este principio lo que se pretende es establecer que el estado de ninguna forma limita la eficacia de sus resoluciones a meras declaraciones, sino que plantea todo un desarrollo normativo de un mecanismo que emplea para asegurar el cumplimiento de lo conocido y resuelto por medio del órgano jurisdiccional.

¹⁰⁷Ejecutividad de un acto es su aptitud para provocar efectos desde el preciso momento en que se dicta. La ejecutoriedad es el privilegio con que cuenta la administración para exigir el cumplimiento de los actos administrativos.

de Fiscalización fundamentado en el interés supremo del Estado, estableciendo un régimen de intervención en las cuentas de los Administradores Públicos.

10. Potestad de Revisión de Oficio de los Actos Administrativos: Las administraciones pueden revisar los actos administrativos que dicten y declararlos nulos o lesivos siempre que afecten el interés general.¹⁰⁸

B) Según su incidencia en el ordenamiento jurídico:

1. Innovativas: De naturaleza normativa (reglamentos) por las que se aprueban, modifican o derogan las normas administrativas, alterando el sistema normativo anterior. De conformidad de situaciones y relaciones jurídicas.
2. No Innovativas: Potestades de auto tutela: Que implica que la administración pública está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones Innovativas del “status quo”¹⁰⁹, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar la tutela judicial.

C) Según el grado de disponibilidad para incidir en la esfera jurídica de los administrados.

¹⁰⁸Decreto 81, Ley De La Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 8. La Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público. Este acuerdo deberá ser admitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado. El acuerdo de lesividad será publicado en el Diario Oficial.

¹⁰⁹Es una locución latina que se traduce como “estado del momento actual”; normalmente se trata de asuntos con dos partes interesadas más o menos contrapuestas, refiriéndose a la continuación de una situación de equilibrio, con el objetivo de mantener la ambigüedad sobre una situación.

1. De Supremacía General: En las que el administrado tiene frente a la administración todas las garantías plenas que se deducen del marco de derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, que afectan o sujetan a todos los ciudadanos, por su condición abstracta de ciudadanos, en cuanto súbditos del orden público, sin necesidad de títulos concretos.
2. De Supremacía Especial: Que son ejercidas por la administración sobre aquellas personas que se encuentran en una situación de subordinación, derivada de un título concreto, sobre los funcionarios o los usuarios de los servicios públicos. (Funcionarios, por medio del control disciplinario).

El control disciplinario es un elemento indispensable de la administración pública, en la medida en que, el mismo se orienta a garantizar que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los particulares.

De esta manera, el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

D) Por la forma de atribución de la potestad:

1. Expresas o Implícitas: Según aparezcan de forma explícita en la norma o se deduzcan, implícitamente;
2. Específicas y por Cláusulas Generales: Las primeras delimitan muy precisamente los objetivos y por el contrario, las segundas se contienen en cláusulas generales, y

3. Regladas y Discrecionales:

Regladas: son las que vienen predeterminadas en la norma que les atribuye todos los elementos de la potestad, de manera que el margen de valoración por parte de la administración a la hora de aplicar esa potestad es nulo. Lo único que debe hacer la administración es limitarse a aplicar correctamente lo dispuesto en la norma, cuando constata que existen los presupuestos de hecho que también están previstos en dicha norma para el ejercicio de esa potestad.

Discrecionales: Son potestades que implican que cabe distintas opciones o distintas soluciones, todas ellas válidas¹¹⁰; pues la ley que atribuye la potestad a la administración sólo fija algunas de las condiciones del ejercicio de la misma y remite la determinación del resto de las condiciones a la apreciación subjetiva del órgano de la administración titular de la potestad.

La discrecionalidad no es una característica que se pueda predicar globalmente de una potestad, sino sólo de alguno de sus elementos. No hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades en las que algunos elementos son discrecionales. En todas las potestades discrecionales hay elementos discrecionales y hay otros que son reglados. Estos últimos son:

1. La existencia misma de la norma;
2. El supuesto de hecho que legitima a la administración para su empleo;
3. La competencia; es decir, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye esa potestad;
4. El fin de la potestad; es decir, el objetivo concreto que persigue el uso de esa potestad, y

¹¹⁰García de Enterría, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo", Décimo Quinta Edición, Editorial Civitas, S.L. Pamplona, 2011, pág. 235.

5. La discrecionalidad no es consecuencia de una laguna legal.

La discrecionalidad no se puede confundir con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos. Las normas utilizan deliberadamente conceptos vagos, bien sean de experiencia social y otras veces son conceptos éticos. Estos conceptos jurídicos indeterminados no tienen nada que ver con discrecionalidad. En relación a ellos la administración no tiene margen valorativo. La situación a la que se refiere ese concepto jurídico indeterminado existe o no de modo objetivo con arreglo a estándares socialmente aceptados. La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo porque sólo se permite una única solución justa.

E) Otra clase de potestades:

1. Conservativas: Se ordenan a conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes: sin modificarlas o extinguir la;
2. Auto-atribuidas: Siendo creadas y otorgadas por el mismo ente destinatario de las mismas, siendo común en el campo de las potestades administrativas. Muchas de las potestades no son atribuidas por la ley, sino por normas reglamentarias;
3. Potestad Ejecutiva en sentido estricto: Esta facultad, dicho simplemente, consistir que la administración pública puede obligar a cumplir lo que ordena o a ejecutarlo ella misma, por la presunción de legalidad de sus actos; es poder realizar en el orden material, los actos específicos que corresponden a la administración pública dentro de su esfera, y
4. Potestad Jurisdiccional: Es la facultad que el Estado otorga a la administración, para revisar sus resoluciones e instancias del afectado por medio de los recursos administrativos, ya sea de reposición o

jerárquicos. El de reposición ante la misma autoridad que dictó la resolución y el jerárquico se interpone ante la autoridad superior jerarquía. La petición de estos recursos que el particular hace, no reviste los caracteres de juicios ya que la resolución de este recurso es interna.

2.5. Potestad administrativa según la Legislación Salvadoreña

2.5.1. Potestad Reglamentaria

La Constitución reconoce a la administración una potestad reglamentaria concediéndole la facultad de crear ciertas clases de reglamentos. Artículo 168 ordinal 14°.

Debe hacerse notar también que la Constitución, al emplear el término ley, siempre lo hace en el sentido formal de la palabra; es decir, como acto emanado de la Asamblea Legislativa. Cuando el texto constitucional quiere referirse a normas jurídicas de carácter general que no son emitidas por la Asamblea Legislativa, usa términos que las diferencian claramente de la ley en sentido formal; como por ejemplo los tratados.

Los artículos 174 y 183 de la Constitución se refieren a: la inconstitucionalidad de Leyes, Decretos y Reglamentos; el artículo 185 también de la Constitución, nos habla de inconstitucionalidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos; el artículo 235 de la Constitución, se refiere a la prevalencia de la Constitución sobre las Leyes, Decretos, Órdenes y Resoluciones que la contraríen.

Es evidente que la norma primaria reserva el término Ley para el acto formalmente legislativo y que usa otros términos para designar a aquellas leyes en sentido material que no emanan de la Asamblea Legislativa.

El artículo 204 ordinal 5° de la Constitución: La autonomía del Municipio comprende, decretar las ordenanzas y reglamentos locales. Los municipios serán autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo y se regirán por un Código Municipal que sentará los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas. Los municipios estarán obligados a colaborar con otras instituciones públicas en los planes de desarrollo nacional o regional.

La autonomía del municipio comprende:

1. Crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites que una ley general establezca;
2. Decretar su presupuesto de ingresos y egresos;
3. Gestionar libremente en las materias de su competencia;
4. Nombrar y remover a los funcionarios y empleados de sus dependencias;
5. Decretar las ordenanzas y reglamentos locales, y
6. Elaborar sus tarifas de impuestos y las reformas a las mismas, para proponerlas como ley a la Asamblea Legislativa.

Por otra parte el Código Municipal regula la Potestad Reglamentaria en los siguientes artículos:

Artículo 32: Las ordenanzas son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local. Entrarán en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 33: Los reglamentos constituyen normas, disposiciones y mandatos sobre el régimen interno municipal y de prestación de servicios. Entrarán en vigencia ocho días después de ser decretados.

Artículo 35: Las Ordenanzas, Reglamentos y Acuerdos son de obligatorio cumplimiento por parte de los particulares y de las autoridades nacionales, departamentales y municipales. Las autoridades nacionales están obligadas a colaborar para que las decisiones municipales tengan el debido cumplimiento.

El Artículo 167 ordinal 1° de la Constitución: Establece cuales son los Reglamentos Autónomos en nuestro sistema al determinar que corresponde al Consejo de Ministros: Decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y su propio Reglamento.

De igual manera en el artículo 131 de la Constitución le corresponde a la Asamblea Legislativa ordinal 1°, decretar su reglamento interior.

2.5.2. Potestad Tributaria

Artículo 1 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta: La obtención de rentas por los sujetos pasivos en el ejercicio o periodo de imposición de que se trate, genera la obligación de pago del impuesto establecido en esta Ley.

Artículo 2 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta: Se entiende por renta obtenida, todos los productos o utilidades percibidos o devengados por los sujetos pasivos, ya sea en efectivo o en especie y provenientes de cualquier clase de fuente, tales como la del trabajo, ya sean salarios, sueldos, honorarios, comisiones y toda clase de remuneraciones o compensaciones por servicios personales.

Artículo 16 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta: Se reputan rentas obtenidas en El Salvador, las que provengan de bienes situados en el país, así como de actividades efectuadas o de capitales invertidos en el mismo y de servicios prestados o utilizados en el territorio nacional, aunque se reciban

o paguen fuera de la República. La renta proveniente de servicios que se utilicen en el país, constituirán renta obtenida en El Salvador para el prestador del servicio, independientemente que la actividad que lo origina se realice en el exterior.

Constituirán rentas obtenidas en El Salvador las que provengan de la propiedad industrial, intelectual y los demás derechos análogos y de naturaleza económica que autoricen el ejercicio de ciertas actividades acordadas por la Ley, si se encuentran registrados oficialmente en el país o si son utilizados en él.

Artículo 231 de la Constitución: No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una Ley y para el servicio público. Los templos y sus dependencias destinadas inmediata y directamente al servicio religioso, estarán exentos de impuestos sobre inmuebles.

Artículo 91: Están obligados a presentar las declaraciones tributarias dentro del plazo estipulado para tal efecto, los sujetos pasivos de los impuestos bajo la potestad de la Administración Tributaria, sea en calidad de contribuyentes o de responsables, aun cuando ella no dé lugar al pago del impuesto, de acuerdo a lo previsto en las leyes correspondientes, salvo en los casos expresamente señalados por las Leyes Tributarias respectivas.

2.5.3. Potestad Sancionatoria

Principio de Legalidad: El principio de Legalidad o Supremacía de la Ley, es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la Ley y a su Jurisdicción y no a la voluntad de las personas. En el Estado de Derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico.

Se expresa en un mecanismo técnico preciso; atribuye potestades a la administración; otorga facultades de actuación; definiendo cuidadosamente sus límites y poderes y habilita a la administración para su acción.

La Jurisprudencia Contencioso Administrativa 29/91¹¹¹ expresa que la facultad sancionatoria de que está dotada la administración tiene en nuestro país cobertura constitucional:

- I. Artículo 14 de la Constitución: Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente, las contravenciones a las Leyes, Reglamentos u Ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, la cual podrá permutarse por un período igual.
- II. La administración la encontramos en el artículo 86 de la Constitución: El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las Leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.

Asimismo los siguientes artículos y leyes hacen referencia al principio de legalidad: Artículo 86 inciso 3 de la Constitución: Los Funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley.

¹¹¹Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Definitiva, García vrs. Directora de Comercio Interno del Ministerio de Economía y Ministro de Economía, Ref. 29-G-91, 24/02/1998.

Así mismo el artículo 172 de la Constitución otorga la potestad al Órgano Judicial de imponer sanciones en materia de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los cuales establece que 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.

1. Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por El Estado

La Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado establece el procedimiento especial que ha de seguirse en los casos en que una persona puede ser privada de sus bienes por causa de utilidad pública legalmente comprobada y previa una justa indemnización.

2. Ley de Inversiones

La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social y previa una justa indemnización a excepción cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa.

3. Ley de Servicio Civil

En dicha Ley se establece que las amonestaciones podrán ser impuestas por la Comisión de Servicio Civil o por los Jefes del servicio correspondiente, con la sola comprobación del hecho que las motiva.

De conformidad al artículo 42, la multa, suspensión sin goce de sueldo, la postergación en el derecho a ascenso, la rebaja de categoría y el despido o

destitución sólo podrán ser impuestos por la Comisión de Servicio Civil de la dependencia a que pertenezca el funcionario o empleado, la que procederá en la forma que establece esta Ley. De estas resoluciones se admitirá Recurso de Revisión para ante el Tribunal de Servicio Civil.

4. Ley de la Carrera Administrativa Municipal

La Ley de la Carrera Administrativa Municipal otorga la competencia para sancionar a los Concejos Municipales, el Alcalde o la máxima autoridad administrativa y funcionarios del nivel de dirección (artículo 63 inciso 3).

- a) Artículo 63: Serán sancionados con amonestación verbal privada los funcionarios o empleados que cometan faltas leves determinadas en el respectivo reglamento interno y que no impliquen incumplimiento de las obligaciones expresadas en el artículo 60: excepto el incumplimiento ocasional de las comprendidas en el ordinal 2° del citado artículo, que se sancionarán de acuerdo a este inciso. En caso de reincidencia, dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha de comisión de la primera falta, la amonestación se hará por escrito.

CAPÍTULO III

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACION PÚBLICA

3.1. Nociones generales

Derecho Administrativo contiene, en su mayor parte el estudio de las normas relativas a la administración, en ese sentido el umbral de esta disciplina es la determinación del concepto de administración y su relación con la administración pública.

Es importante precisar que el Derecho Administrativo es un conjunto de normas jurídicas y principios de Derecho Público Interno, que regula la organización y actividad de la administración pública, las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, entre los órganos y su control, siendo su finalidad última el buen desarrollo de dichas funciones, satisfaciendo de esta manera intereses que benefician a la colectividad y no a pocos particulares o al propio órgano administrativo.

En ese sentido el Derecho Administrativo es la rama del Derecho que regula a la administración pública, por lo que se hace preciso el estudio del significado de administración y administración pública y su relación con el Derecho Administrativo.

3.2. La administración

La administración es un concepto que se refiere tanto a la actividad privada como a la pública, por ello se dice que la administración es universal en el mundo moderno, dado que cualquier organización requiere tomar decisiones, coordinar actividades, manejar personal; así como evaluar la ejecución dirigida hacia objetivos de grupo; equivale a la conducción de los asuntos del gobierno en todos los niveles, al igual que la administración privada, que se

preocupa de la organización del personal y los métodos relacionados con la consecución de objetivos, pero éstos son empresariales y con el fin de la obtención de márgenes adecuados de rentabilidad.

Es por ello que se considera a la administración como genérico, ya que ambas vienen a dar la prestación de servicios o la provisión de bienes en las condiciones más ventajosas posibles para la comunidad y para conseguir estos objetivos, ambas requieren indistintamente muchas de las mismas aptitudes, para lograr organizaciones eficientes y dinámicas.

Por su parte Jorge Olivera Toro, citando al tratadista Herbert A. Simon Donald señala que: “Cuando dos hombres se ayudan a mover una piedra que ninguno de los dos puede mover por sí solo, han aparecido los rudimentos de la administración, toda vez que existe un propósito y hay una acción conjunta”; y que por eso la administración puede definirse como: “Las actividades de grupos que cooperan para alcanzar determinados objetivos”.¹¹²

El tratadista Serra Rojas, siguiendo el pensamiento de Georges Langrond, señala que: “La administración es un proceso necesario para determinar y alcanzar un objetivo o meta, por medio de una estructura que nos lleva a una acción efectiva o esfuerzo humano coordinado y eficaz, con la aplicación de adecuadas técnicas y aptitudes humanas.”¹¹³

En el pensamiento del tratadista Bielsa, citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, la “administración” es ante todo “organización y administrar en el sentido común del vocablo, es ordenar económicamente los medios de que

¹¹²Olivera Toro, Jorge. “Manual del Derecho Administrativo”, 1ª ed., Editorial Jurídica Mexicana, México, 1963, pág.12.

¹¹³Serra Rojas, Andrés. “Derecho Administrativo”, 6ª ed., editorial Porrúa, México, 1974, pág. 47.

dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades”.¹¹⁴

Una buena administración supone el establecimiento o mandamiento de una relación armónica entre la satisfacción de las necesidades y los medios disponibles.

En su aspecto dinámico, se puede explicar como la serie de etapas concatenadas y sucesivas dirigidas a obtener metas y objetivos predeterminados de un conjunto social, mediante el aprovechamiento racional de sus elementos disponibles.

Sin embargo, no podemos pasar por alto el hecho de que el término administración puede tener diferentes significados, por lo cual a continuación se hacen tres señalamientos importantes de lo que comprende la administración:

1. Administración en sentido organizativo: Es la organización administrativa, integrada por el conjunto de entes y órganos administrativos;
2. Administración en sentido material: Es la actividad administrativa, esto es aquella actividad estatal que tiene por objetos los asuntos administrativos, y
3. Administración en sentido formal: Es toda actividad desarrollada por la organización administrativa, con independencia de que sea o no administrativa.

3.3. La administración pública

¹¹⁴Osorio, Manuel y Florit. “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Tomo I, editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1979, pág. 483.

La expresión administración pública es un concepto perteneciente a la literatura jurídica y en específico al Derecho Público, se entiende como el aparato organizativo e institucional que dotado de personalidad jurídica y bajo la dirección del Gobierno, desarrolla las funciones y realiza las tareas del Estado, siendo un elemento central de la definición del Derecho Administrativo, puesto que éste se caracteriza precisamente por ser el Derecho propio de ese sujeto, de esa organización, que es la Administración pública, es decir que puede considerarse como el objeto de la regulación por excelencia del Derecho Administrativo.

Rodrigo Moreno Rodríguez¹¹⁵, indica que “la administración pública es la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política”.

Para el doctrinario Gabino Fraga, la administración pública debe entenderse desde el punto de vista formal como el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales y que desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones como organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.¹¹⁶

Serra Rojas, define a la administración pública como una organización que tiene a su cargo la acción continua encaminada a la satisfacción de las necesidades de interés público, con elementos tales como un personal

¹¹⁵Moreno Rodríguez, Rodrigo. “La Administración Pública Federal en México”, 1º ed., editorial Universidad Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, México, 1980, pág. 88.

¹¹⁶Fraga, Gabino. “Derecho Administrativo”, 36ª. Ed., editorial Porrúa, México, 1997, pág. 119.

técnico preparado, un patrimonio adecuado y mediante procedimientos administrativos idóneos o con el uso, en caso necesario de las prerrogativas del poder público que aseguren el interés estatal y los derechos de los particulares.¹¹⁷

Autores como Marienhoff¹¹⁸, apartándose de la posición antes ilustrada, y bajo una postura objetiva define a 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 se concede una licencia o permiso para realizar una actividad pública.

De todo lo anterior, se puede evidenciar sucintamente los dos criterios dominantes, sobre la conceptualización de administración pública:

1. Punto de vista subjetivo: Concibe a la administración como una entidad orgánica, un personaje del Estado con facultades exorbitantes.
2. Punto de vista objetivo: 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.

¹¹⁷Serra Rojas, Andrés. Op. cit., nota 2. pág. 55.

¹¹⁸Marienhoff. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, editorial AbeladoPerrot, Buenos Aires, 1966, pág. 46.

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.

Concretamente el tribunal aludido se está remitiendo al artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el cual se expresa que la Sentencia del día treinta y uno de octubre de 1997, Ref. 45-V-9650 51, 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 (artículo 150 Cn.). Además la Constitución en el artículo 166 da pautas para la creación del llamado Concejo de Ministros. Toda su organización está desarrollada por el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, que constituye un reglamento autónomo. (Artículo 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 fundamentales, 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, entre otros.(Artículos 191, 195, 208 Cn.).

c) El Gobierno Local según nuestra Constitución, está conformado por dos entidades de diferente naturaleza:

1. Las Gobernaciones, especies de representantes del Órgano Ejecutivo en cada departamento del país (artículos 200 y 201 Cn.), y
2. 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. (Artículos 202 al 207 Cn.).

3.4. Funciones de la administración pública

Tradicionalmente la doctrina ha clasificado las funciones del Estado en:

1. Un 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.
2. Tomando en cuenta un criterio formal orgánico o subjetivo: El cual fija como pauta para su determinación el órgano que realiza la función.

De acuerdo a su naturaleza y esencia puede clasificarse en:

3.4.1. Función Activa

Los órganos que ejercen la administración activa son los que actúan, los que forman la voluntad que luego atribuirán a la administración central o a

cualquier ente público del que forma parte. La misión de los órganos de la administración activa es entonces decir y ejecutar. Es la parte viva de la administración. Los actos y operaciones más importantes de la administración son de la competencia de los órganos de la administración activa y en su realización cotidiana estriba toda la labor de la misma. Los órganos de la administración activa tienen carácter permanente y sus decisiones constituyen verdaderos actos administrativos. La doctrina enseña que la actividad de los órganos de la administración es de decisión y de ejecución en los supuestos en que los órganos de la administración activa decida, lo hará a través de una deliberación por medio de la cual determine o contribuya a determinar la voluntad de la administración en el caso de que el órgano ejecute se trate simplemente de la realización, práctica que resulte de la deliberación.

3.4.2. Función Jurisdiccional

La función jurisdiccional (decidir controversias con fuerza de verdad legal) puede ser ejercida por órganos del Poder Ejecutivo, por cuestiones de especialización y siempre que se cumplan los requisitos impuestos por el sistema constitucional. Cierta sector de la doctrina afirma que las funciones materialmente jurisdiccionales que ejerce la administración pública son administrativas. Algunos juristas defienden esta postura argumentando que lo esencial para caracterizar a la función jurisdiccional es que el Estado actúe como tercero imparcial para dirimir un conflicto entre dos partes con el objeto de aplicar la Ley.

Sin embargo, otro sector de la doctrina afirma que lo esencial de la función jurisdiccional es el carácter independiente del órgano que la ejerza, su ubicación dentro del Poder Judicial y el conflicto entre las partes. Al margen de estas posturas, cabe aclarar que cuando la Ley asigna al poder

administrador la atribución de resolver conflictos, entonces estos ejercen función jurisdiccional. De ahí surge la diferenciación entre acto administrativo y acto jurisdiccional de la administración.

3.4.3. Función Gubernativa

También denominada función política o de gobierno, referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución y a la actuación de dichas órganos como representantes de la nación en el ámbito internacional (definición según Juan Carlos Cassagne)¹¹⁹.

Se excluyen determinados actos, realizados en ejercicio de esta función de la revisión judicial. Estos se denominan actos de gobierno, actos políticos o actos institucionales. Un sector de la doctrina no acoge la tesis que limita el control judicial sobre estos actos.

3.4.4. Función Consultiva

Es la actividad de la administración que se dirige a ilustrar con sus pareceres a los órganos activos sobre actos que deben dictar en el ejercicio de sus funciones.

Mientras que el acto del órgano activo implica una declaración de voluntad, el del órgano consultivo es un juicio lógico referente al problema que se le consulta. Tiene carácter preparatorio y por supuesto preventivo, ya que ha de expedirse antes de la resolución final que adopte el órgano activo, implica una colaboración del órgano consultivo con el órgano activo, esa colaboración no es espontánea sino que se otorga a general a pedido del

¹¹⁹Cassagne, Juan Carlos. "Derecho Administrativo", 7º ed., editorial Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 92.

órgano activo. Los órganos activos, en la solución de dichos problemas jurídicos-administrativos que deben resolver diariamente necesitan la opinión del órgano consultivo, ya que es posible que la resolución sea más segura cuando han recurrido a la experiencia de personas especialmente versadas en la materia a que el acto se refiere.

3.4.5. Función de Control

Se entiende por control el nuevo examen de los actos de un órgano que hace otro que esta para ello expresamente autorizado, con el objeto de establecer la conformidad de los mismos con determinadas normas, o si con ello se cumple determinados fines. La doctrina enseña que en algunos casos el objeto del control es influir sobre la formación o sobre la eficacia del acto controlado en forma de impedir que este se realice y resulte irregular o inoportuno o de juzgar a través de la irregularidad del acto la conducta de la persona que ha contribuido a su nacimiento y decidir sobre su responsabilidad eventual.

3.5. Funciones esenciales según la Legislación Salvadoreña

Se considera como funciones esenciales del Estado ampliamente conocidas como: Función Legislativa, Función Judicial y Función administrativa. De conformidad con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 2 se entiende por administración pública:

- a) El Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado;
- b) Los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos, y
- c) El Gobierno Local.

a) La Función Legislativa:

Es aquella actividad desarrollada por los órganos del Estado que implica normar conductas de forma obligatoria y coercible.

El artículo 131 de la Constitución, establece que a la Asamblea Legislativa le corresponden fundamentalmente la atribución de legislar. Otras atribuciones son:

1. Decretar impuestos, tasas y contribuciones;
2. Derogar las Leyes secundarias;
3. Ratificar los tratados o pactos que celebre el Ejecutivo con otros estados u organismos internacionales;
4. Conocer de las renunciaciones que presentaren los Diputados;
5. Decretar el presupuesto de ingresos y egresos de la administración pública;
6. Crear y suprimir plazas y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo al régimen del servicio civil;
7. Establecer y regular el sistema monetario nacional;
8. Declarar la guerra y ratificar la paz;
9. Suspender y restablecer las garantías constitucionales, y
10. Conceder amnistías e indultos.

También le corresponde elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios:

1. Presidente y magistrados de la Corte Suprema de Justicia;

2. Presidente y magistrados del Tribunal Supremo Electoral;
3. Presidente y magistrados de la Corte de Cuentas de la República;
4. Fiscal General de la República;
5. Procurador General de la República;
6. Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y
7. Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura.

b) Función Judicial o Jurisdiccional

Es aquella actividad que se traduce en la decisión de controversias o conflictos, con fuerza de verdad legal. Se caracteriza por dos elementos singulares: “su motivo y su fin”; es decir, por el elemento que provoca dicha función y por el resultado que por ella se persigue.

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. Está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada quien hiciera justicia por su propia mano y para mantener el orden jurídico y dar estabilidad a las situaciones de derecho.

En el sistema jurídico salvadoreño esta función la ejerce el Órgano Judicial, el cual está compuesto por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establecen las Leyes secundarias. La Corte Suprema de Justicia desempeña tareas administrativas y jurisdiccionales; es decir, aquellas relativas al funcionamiento de sus oficinas y a las actividades que estrictamente se refieren a impartir justicia.

De acuerdo al artículo 182 Constitución, la Corte Suprema de Justicia tiene como atribuciones fundamentales las siguientes:

1. Dirimir conflictos entre tribunales que discuten competencia para decidir quién debe juzgar;
2. Ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplir las que procedan de otros países;
3. Conceder la extradición, autorizar el cumplimiento de sentencias dictadas en el extranjero;
4. Vigilar que todos los magistrados y jueces administren pronta y cumplida justicia;
5. Conocer en antejuicio de las responsabilidades de los jueces de primera instancia, jueces de paz y otros que le señale la Ley;
6. Emitir informe y dictamen en las solicitudes de indulto y conmutaciones de pena;
7. Nombra además a los magistrados de cámara, jueces de primera instancia y jueces de paz de las ternas que propone el Consejo Nacional de la Judicatura, a los médicos forenses y a los empleados de las dependencias de la Corte Suprema de Justicia; puede removerlos, conocer de sus renunciaciones y concederles licencias;
8. Practica recibimientos de Abogados y autoriza para el ejercicio de su profesión, y puede suspenderlos e inhabilitarles, y
9. Elabora el proyecto de presupuesto de los sueldos y gastos de la administración de justicia, y los remite al Ejecutivo para su inclusión, pero no puede modificar el proyecto del presupuesto general del Estado, el cual deberá aprobar la Asamblea Legislativa, debiendo ésta hacer consultas con la Corte Suprema de Justicia en caso de ajustes al presupuesto.

Los magistrados y jueces de tribunales y juzgados desempeñan fundamentalmente funciones administrativas como la gestión de los recursos económicos que le son proporcionados por la Corte Suprema de Justicia y el control de su personal.

c) La Función administrativa

Muchos autores al afrontar el tema del concepto de función administrativa, menciona indistintamente los términos función administrativa y Función Ejecutiva, sobre este punto cabe reflexionar que los términos no son equivalentes, pues no toda actividad administrativa es ejecutiva, sino que a la inversa, la ejecución tiene un alcance más restringido es una especie de función administrativa, por ejemplo la reglamentación de ciertos servicios públicos no es un acto de ejecución material, pero si una acto de función administrativa.¹²⁰

Sobre la esencia de la función administrativa se han ensayado varias teorías entre las cuales se encuentran:

- 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 públicas.

¹²⁰Se entiende que la función administrativa es una actividad permanente, continua, concreta, práctica e inmediata; sin embargo, en el ámbito ejecutivo hay actividades que son eminentemente administrativas y que no tienen estas características, por ejemplo, los reglamentos, los cuales no son concretos sino generales. La actividad administrativa es la que generalmente corresponde al ejecutivo, el poder ejecutivo se integra con todos los órganos a los que encomienda la función administrativa, que se resuelve en conjunto de los actos administrativos, de connotación y alcance jurídicos variados.

- 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 Fraga, 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. La función administrativa implica 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.

3.6. Organización de la administración pública

Las administraciones públicas son organizaciones a las que corresponde, satisfacer los intereses generales de sus respectivas comunidades. Cualquier administración pública es una organización y también son consideradas como tales las entidades que forman parte de la misma.

Hablar de la organización administrativa es mencionar un objeto jurídico reglado con fines jurídicos, aunque tenga proyecciones sociales. Por medio

del Derecho se regula la forma de la organización administrativa ya que la norma reparte el trabajo como principio de congruencia, unidad y eficacia, garantiza a los administrados las condiciones y términos de la acción administrativa, como principios de certeza y finalmente sanciona la conducta de los agentes de la administración pública como principio de responsabilidad.¹²¹

Organización administrativa es el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, las relaciones jerárquicas, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa.

Todos los sistemas de organización administrativa descansan en los principios esenciales de competencia y jerarquía; el primero es el conjunto de atribuciones, facultades y deberes que ejercen de forma obligatoria los órganos del gobierno; el segundo, el vínculo piramidal de la interrelación que guardan los órganos administrativos, en relación a subordinación, coordinación y supra ordenación; de este surge entonces la llamada línea de jerarquía y el grado jerárquico; la primera es la sucesión de distintos órganos de la administración unidos por la identidad de la materia, pero diferenciados por la competencia que tienen en esa materia del cual surge el grado.

También se determina por medio de estos sistemas las competencias que le habrán de asistir a las instituciones que integran la llamada administración pública, la cual puede ser reglada y discrecional; la primera está determinada expresamente por la norma, no teniendo el funcionario más atribuciones que las por ella señaladas; la segunda descansa en la idoneidad y experiencia del funcionario, a quien ante la imposibilidad de establecerle la norma misma

¹²¹Fiorini, Bartolomé. "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I, pág.118, Citado por Emilio Chuayffet Chemor, Derecho Administrativo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1º Edición 1981, 1ª reimpresión 1983, UNAM., México, 1983, pág. 12.

le deja un margen de libertad o maniobra, a fin de que se resuelva lo que no es precisado y que además no le esté prohibido o señalado a otro funcionario.

Así mismo existen los criterios que la determinan como el grado, el tiempo, el territorio, la materia y excepcionalmente la cuantía. Además debe de considerarse que las estructuras administrativas que resulten de cualquiera de estos sistemas, pueden adoptar un sistema orgánico piramidal o uno funcional.

Es importante mencionar que la organización administrativa ha sido modificada de acuerdo con las necesidades propias de cada época y con las tareas y objetivos que anteriormente le eran ajenos.

Por otro lado, al tocar el tema de la organización de la administración pública es obligatorio mencionar los sistemas mediante los cuales se estructuran los entes del Poder Ejecutivo de acuerdo con la intensidad con que se encuentren vinculados con el titular del Poder Ejecutivo. Se organizará en tres formas:

1. Centralización: Es una forma de organización administrativa en la cual los entes del Poder Ejecutivo se estructuran bajo el mando unificado y directo del titular de la administración pública.
2. Desconcentración: Al igual que muchos otros conceptos ha sido considerada como una modalidad de la descentralización, principalmente en el Derecho Francés, en Francia la desconcentración se estima como sinónimo de delegación de poderes de los agentes locales.
3. Descentralización: Se refiere a los órganos locales, de gobierno, independientemente de la circunscripción territorial en la que tengan

competencia se llame Estado, provincia, entidad, departamento, municipio, distrito entre otros, surge de la necesidad de imprimirle dinamismo a ciertas acciones gubernamentales mediante el ahorro de los pasos que implica el ejercicio del poder jerárquico propio de los entes centralizados.

3.7. Actividades de la administración pública

Son las distintas acciones que puede desarrollar el Estado bajo el concepto de administración pública y enmarcada dentro del principio de legalidad, las cuales son:¹²²

- a. Actividad de policía: También llamada de limitación a la libertad. Actividad encaminada a la seguridad, y limitación de libertades. Dichas restricciones o limitaciones de la libertad se realizan con el único propósito del beneficio común, sus principales formas son: limitaciones administrativas de derechos, extinción de dominio, limitaciones sanitarias, medidas de orden público, restricciones ambientales, entre otras.
- b. Actividad de fomento: Esta actividad administrativa implica el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia Estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas propias del Estado social de derecho, ejemplo de estas son: primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, concesiones, exportaciones entre otras. Hace parte del fomento igualmente la intervención necesaria del Estado en la economía y el mercado con el fin que los principios y reglas propias de estas actividades sean desbordados por sus actores.

¹²²Santofimio Gamboa, Jaime. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002 pág.32.

- c. Actividad de prestación de servicios públicos: Es la actividad clásica de la administración pública, ya que a través de ella se aprecia:
1. La existencia de un derecho especial de la administración con principio;
 2. Un control jurisdiccional propio y autónomo para juzgar a la administración en sus conflictos contra los particulares permite entender el interés general y las responsabilidades públicas frente a la comunidad;
 3. Regular procesos o impedir desbordamiento en detrimento del interés general. Dar directrices al ejercicio de controles disciplinarios y fiscal;
 4. Supervisión de procesos o actuaciones de particulares y de instituciones públicas, y
 5. Regulación de las actividades bancarias, bursátil, financiera, cambiaria, educativa, de servicios públicos, urbanísticos y notariales.
- d. Actividad normativa y reguladora: Son potestades tendientes a la habilitación de las autoridades a expedir normas en áreas específicas, pero con sujeción a la Constitución y la Ley.

Esta se ejerce a través de organismos especializados o de autoridades expresamente habilitadas para la expedición de actos administrativos de carácter general, promulgación, de órdenes, directivas, circulares y demás disposiciones.

El límite a estas potestades está en la división de poderes, el principio de legalidad y el ámbito de competencia de los poderes públicos.

- e. Actividad planificadora y programadora: Encaminada a la identificación previa de planes, programas y políticas, en la adopción y ejecución de las políticas públicas. Bajo la cual se sustenta el crecimiento y desarrollo de un Estado; ya que en esta vemos como se direcciona el Estado y sus servidores hacia la consecución del bien común.

Esta actividad encuentra su importancia en el establecimiento de políticas públicas nacionales que deben ser atendidas y observadas por todas las personas que naturales y jurídicas que ostente funciones públicas. Como ejemplo podemos citar los planes viales, transporte, puertos, servicios públicos, desarrollo urbano, defensa, presupuesto.

- f. Actividad económica y Banca Central: En esta actividad la posición del Estado es de control, en aras de evitar que los actores de la economía no desborden los parámetros del mercado ni el interés general.

3.7. Relación entre Derecho Administrativo y administración pública

El principio inspirador del Derecho Administrativo es el principio de legalidad, lo que significa que la administración pública no puede hacer lo que quiera ya que está limitado por la Ley. Por lo que, el Derecho Administrativo se considera como el Derecho propio de la administración pública.

Por ello resulta importante resaltar una idea muy clara de la relación que existe entre el Derecho Administrativo y la administración pública como tal, ya que la administración pública es el gobierno en acción; es decir, que es la organización que tiene a su cargo la acción continúa y encaminada a la satisfacción de las necesidades de interés público, con elementos tales como: personal técnico preparado, un patrimonio adecuado y mediante procedimientos administrativos idóneos o, con el uso en caso necesario de las prerrogativas del poder público que aseguren el interés estatal y los

derechos de los particulares y, el Derecho Administrativo son las normas jurídicas que regularizan las funciones y las organizaciones de la administración pública, de todo ello podemos decir que el Derecho Administrativo es el Derecho propio, peculiar y autónomo de la administración pública.

Es importante porque está en relación directa con el perfeccionamiento de la administración general, evoluciona de acuerdo al desarrollo de la ciencia y permite conocer la concepción moderna de la administración pública.

Por último, pero no menos importante, hay que establecer cuáles son los rasgos que los diferencian uno del otro, siendo así que la administración pública se considera como: un conjunto de los órganos mediante los cuales el Estado, las entidades de la Federación, los municipios y los organismos descentralizados atienden a la satisfacción de las necesidades generales que constituyen el objeto de los servicios públicos.

El Derecho Administrativo es la totalidad de las normas positivas destinadas a regular la actividad del Estado y de los demás órganos públicos, en cuanto se refiere al establecimiento y realización de los servicios de esta naturaleza; así como a regir las relaciones entre la administración y los particulares y las entidades administrativas entre sí, siendo su fundamento angular el interés público, considerado como aspiración máxima de colectividad y preocupación del Gobierno.

CAPITULO IV

SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO-ADMINISTRATIVA Y LA ETICA PÚBLICA.

4.1. Aspectos generales

4.1.1. La función pública

En su concepción objetiva, la “función pública” constituye la actividad estatal tendiente al cumplimiento de los intereses generales mediante diversas formas de intervención, tales como las actividades de fomento, prestación y supervisión del servicio público.

Específicamente, la función administrativa¹²³ se conceptualiza como la actividad que tiene por objeto la gestión y el servicio en función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de actos de administración¹²⁴.

Para la satisfacción de los intereses generales, la administración y en general los Órganos del Estado, requieren de personas físicas que ejecuten las actividades tendientes a satisfacer los intereses generales que les han sido encomendados. Ello nos lleva a la acepción subjetiva del término desde la cual, también se conoce como “función pública” al conjunto de funcionarios

¹²³Realizada por todos los órganos que encajan en una concepción amplia de administración pública. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa define que para los efectos de dicha ley integran la administración pública el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y el Gobierno Local.

¹²⁴Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, 11ª. Ed., Editorial Ciudad Argentina, Argentina, 2006, pág. 261.

y empleados públicos (servidores públicos), que prestan sus servicios al Estado.

La jurisprudencia salvadoreña toma por sentado que el término servidores públicos es el género y las especies son los funcionarios y empleados públicos. Esta dicotomía tiene un origen constitucional¹²⁵ y se ha manejado en jurisprudencia de larga data en la cual, como uno de los primeros factores diferenciadores, se hace referencia a la jerarquía.¹²⁶

Posteriormente y hasta la fecha, se ha sostenido que los funcionarios ostentan grados elevados de jerarquía de la administración pública basándose en su potestad de ejercer un derecho de mando, de iniciativa y de decisión. En cambio los empleados públicos, quienes no están investidos de dichas potestades, ostentan consecuentes posiciones jerárquicas de menor grado¹²⁷.

En este sentido, se ha señalado como elemento adicional que el funcionario tiene el carácter representativo de la administración y el empleado no.¹²⁸ Esto así, puesto que el funcionario participa de la formación de la voluntad

¹²⁵Véase el artículo 218 Cn.

¹²⁶Entre otras, sentencia de la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad Ref. 2-86.

¹²⁷Esta distinción es constatable en variada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. V.g.: Amparo Ref. 243-98; Amparo Ref. 158-97; Inconstitucionalidad Ref.: 4-88/1-96; Amparo Ref. 229-98; Amparo Ref. 587-2000; Sentencia de Amparo Ref. 576-2004.

¹²⁸Véase María Diez, M. "Manual de Derecho Administrativo", t. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979. pág. 78. Resulta interesante el contenido del Art. 39 del Código Penal, que preceptúa que para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil.

del Estado por medio del ejercicio de sus facultades, mientras que el empleado únicamente participa como parte ejecutora.¹²⁹ La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹³⁰ define la función pública como toda actividad temporal o permanente remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

La Ley de Ética Gubernamental¹³¹ retoma en el artículo 3 la definición, señalando que: “Para los efectos de esta ley se entiende por: a) función pública. Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

La función pública está sometida a un régimen con el cual se garantiza la igualdad, la eficiencia, los servicios que brinda el Estado y por ende la práctica de los principios fundamentales en que se basa dicha actividad.

En cuanto a su naturaleza jurídica existen varias teorías las cuales las podemos agrupar en dos grandes corrientes: Una civilista y otra publicista.

¹²⁹Tal cual lo ha señalado repetida jurisprudencia, dentro de la que se pueden citar las siguientes resoluciones: Amparo 229-98; Amparo 213-97; Amparo Ref. 587-2000.

¹³⁰Ratificada en El Salvador por Decreto Legislativo No. 351 del 9 de julio de 1998 y publicada en el Diario Oficial No. 150 Tomo 340 del 17 de agosto de 1998, entró en vigencia desde el día de su publicación y fue depositada por el Órgano Ejecutivo en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 18 de marzo de 1999.

¹³¹La Ley de Ética Gubernamental tiene por objeto normar y promover el desempeño ético en la función pública; salvaguardar el patrimonio del Estado; prevenir, detectar y sancionar la corrupción de aquellos servidores públicos que utilicen su cargo para enriquecerse ilícitamente o cometer otros actos de corrupción. Esta Ley fue emitida mediante Decreto Legislativo N° 1038, de fecha 27 de abril del año 2006, publicado en el Diario Oficial N° 90, Tomo N° 371, del 18 de mayo del año 2006, y entró en vigencia el 1 de julio del mismo año. Mediante esta normativa se creó al Tribunal de Ética Gubernamental como una estructura administrativa y posteriormente, en virtud de reforma, como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica y autonomía en lo técnico, económico y administrativo, siendo la institución rectora de la ética pública y estando integrada, además, por las Comisiones de Ética Gubernamental de la instituciones públicas.

1.3.1. Teoría Civilista: Las teorías civilistas encajan en mencionar que la función pública es una relación de derecho civil, por cuanto la misma exige capacidad, consentimiento entre las partes y existen prestaciones recíprocas.

Consiste en que la prestación de un trabajo asalariado tiene origen en la libre manifestación de voluntad por parte del trabajador y el empleador, los que en igualdad de circunstancias convienen las condiciones bajo las que será desempeñado el servicio; sostiene que a partir de un acto de naturaleza contractual, el Estado obtiene la fuerza de trabajo necesaria para cumplir con las atribuciones que posee. Sin embargo, el carácter de esta teoría se fundamenta en la tradición romanista y los esquemas conceptuales jurídicos del Derecho Civil que existen desde hace mucho, pero que resultan antiguos para explicar ciertos fenómenos jurídicos modernos.

1.3.2. Crítica a la Teoría Civilista: Esta teoría realmente no ha sido aceptada y es objeto de puntuales críticas, por las siguientes razones:

- a) En todas las relaciones del Estado interviene el régimen de Derecho Público;
- b) La actividad de los empleados públicos se desarrolla en los diferentes campos que competen al Estado;
- c) Por ser una actividad atribuible al Estado, el interés del empleado no tiene importancia jurídica por cuanto no debe obstruir el interés general, y
- d) Las normas por las cuales se rige la relación son de derecho público, dado que la actividad es pública; es decir, se realiza en virtud del interés general.

1.3.3. Teoría Publicista: Contraria a la teoría civilista, la doctrina coincide en afirmar que la función pública atañe al derecho público por ser el Estado

quien ejerce la potestad de vincular personas naturales o jurídicas al mismo para que estas ejerzan las funciones que le son atribuibles principalmente al Estado y con ello pueda alcanzar sus fines.

De igual forma el maestro Libardo Rodríguez¹³² afirma que la relación entre el Estado y sus servidores se fundamenta en una nueva rama del derecho denominada Derecho Administrativo Laboral, dado que está sometida a normas y principios especiales.

En consecuencia tenemos como características de la función pública:

1. Es una relación en la que concurren la voluntad del Estado que es el que nombra al particular y la voluntad de éste para aceptar el nombramiento.
2. Que la función pública no tiene como contenido el de determinar las obligaciones y derechos del Estado y sus servidores, si no el de condicionar la aplicación de un caso particular a las disposiciones contenidas por la ley, para la satisfacción de necesidades colectivas, la prestación de servicios públicos y en general para el cumplimiento de la funciones y atribuciones del Estado.
3. Que en la función se señalan accesoriamente los derechos y obligaciones de los servidores públicos por lo que están determinados por la ley que a través del nombramiento y aceptación del mismo condiciona el caso particular del nombrado con la disposición legal¹³³.

4.1.2. Los servidores públicos y el interés general

¹³²Rodríguez, Libardo. "Derecho Administrativo General y Colombiano", 15 ed., editorial Temis, Colombia, 2007, pág. 11.

¹³³Martínez Morales, Rafael I. "Derecho Administrativo", 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1998, pág. 235.

Un correcto análisis de la función pública debe partir de una premisa básica: los servidores públicos gestionan asuntos públicos, tienden a la protección de intereses generales. Ello determina la forma en que debe ser considerado su estatus, y en consecuencia, la forma en que debe ser regulado.

El “funcionario se considera no como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio”¹³⁴. Dicha postura ha evolucionado y se ha fortalecido en paralelo a la configuración de una administración que se debe a los intereses generales, a la luz del denominado derecho a la “buena administración”¹³⁵, principio rector de la actuación administrativa. En términos sencillos, la función administrativa responde al interés general; es decir, que los servidores públicos deben estar guiados por dicha finalidad, lo cual explica por qué los servidores públicos están regidos y amparados por un régimen especial.

4.1.3. Definición de relación jurídica

La noción de relación jurídica, en cuanto concepto común para todas las ramas del derecho, es definida como "aquella relación inter-subjetiva que enlaza elementos del ordenamiento jurídico y que produce efectos jurídicos".

¹³⁴Sánchez Morón, M. “Derecho de la Función Pública”, 2ª. Ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 28.

¹³⁵Reconocido expresamente en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, conforme a la cual 1) Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2) Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3) Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. 4) Toda persona puede dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y tiene que recibir una contestación en esa misma lengua.

Es el vínculo que une a dos o más sujetos de derecho, por el cual uno de ellos, titular de un derecho subjetivo, puede exigir del otro el cumplimiento de una obligación. Es una relación bilateral que establece una obligación y un derecho.

Este concepto recibe matices según sea la naturaleza de la especial relación de alteridad a la que se aplica. Por consiguiente, cada rama del derecho incorporará su propia perspectiva al concepto expuesto.

4.1.4. Definición de relación jurídico-administrativa

En el campo del Derecho Administrativo la aplicación de la relación jurídica tiene lugar con el surgimiento del Estado de Derecho, con el cual se transformó al individuo de un sujeto de poder a un sujeto de derecho, al someter al Derecho la actuación del Estado y proteger los derechos subjetivos de los gobiernos.

Cuando en esa relación de derechos y obligaciones uno de los sujetos es la administración pública, se le denomina jurídico-administrativa, pero tendrá tal carácter cuando esos derechos y obligaciones estén regulados bajo un régimen de Derecho Administrativo, puesto que si aquellas surgen por el sometimiento de la administración a normas de Derecho Privado, la relación que se produzca tendrá dicha naturaleza.

Generalmente se ha aceptado que la administración pública en la relación jurídico-administrativa, siempre tendrá la característica de sujeto activo y el administrado el de sujeto pasivo. Sin embargo, este punto de vista no es correcto, porque la titularidad de derechos y obligaciones puede recaer en ambos sujetos. Además los sujetos de la relación jurídico-administrativa no siempre son un ente público (administración) y un particular (administrado).

Sino que al contrario, cada día son más numerosos los casos de relaciones jurídico-administrativas en que los dos sujetos que en ella intervienen tienen el carácter de público.

Puede definirse la relación jurídico-administrativa de la siguiente manera:

"La relación jurídico-administrativa queda constituida como el vínculo intersubjetivo que se establece para la regulación del bien común, de acuerdo con las exigencias de la justicia distributiva, generando un intercambio proporcional de prestaciones recíprocas entre la administración pública centralizada o descentralizada y el sujeto administrado, suponiendo un vínculo de comparación con relaciones virtuales y la pre-existencia accesoria de relaciones inter-orgánicas e inter-administrativas, sistematizado en el Derecho Administrativo."

De la anterior definición podemos hacer el siguiente análisis:

1. La relación jurídico-administrativa es expresión de una relación de justicia distributiva, en cuanto la virtud de la justicia que la rige es la distributiva, lo que viene impuesto por la naturaleza del sujeto obligado y del objeto del acto justo;
2. El sujeto obligado es la administración pública, debido a que es el Estado el único responsable de la realización y distribución del bien común. La expresión Estado es aquí restringida debido a que se entiende por tal uno sólo de sus órganos: el Órgano Ejecutivo. Dentro de éste se incluye a la administración centralizada y descentralizada;
3. El sujeto acreedor es el particular administrado; es decir, los beneficiarios del bien común;
4. Integran la noción de relación jurídico-administrativa las relaciones inter-orgánicas e inter-administrativas. Dichas relaciones deberían

estar excluidas debido a que las primeras se unen nuevos órganos carentes de personalidad jurídica que no son por ende, sujetos de derecho y las segundas por vincular sólo personas públicas deudoras del bien común, no beneficiarios. Sin embargo, se las incluye en carácter de accesorias debido a que preexisten a la relación jurídico-administrativa en sentido estricto;

5. El fin es la realización y distribución del bien común; es decir, por y para la realización del bien común;
6. La medida de las prestaciones recíprocas es proporcional: tal proporcionalidad está presente en la relación específica y también en la relación virtual, y
7. Se encuentra sometido a un régimen jurídico exorbitante del Derecho Privado, el cual es el régimen jurídico típico del Derecho Público. Esta exorbitancia será el modelo sistematizador de la relación jurídico-administrativa y permitirá englobar a la misma en un sistema jurídico unitario, que será el Derecho Administrativo.

4.1.5. Sujetos de la relación jurídico-administrativa

Las partes importantes en una relación jurídico-administrativa son:

1. La administración y el administrado, ambos sujetos con deberes, obligaciones y derechos, y
2. Los terceros que forman parte de estas relaciones son la colectividad¹³⁶.

Estas relaciones se caracterizan porque se da mucha importancia al interés colectivo y éste predetermina las partes en la relación jurídico-administrativa.

¹³⁶Una colectividad es un conjunto de personas reunidas con un mismo fin. Se trata del grupo social al que un sujeto pertenece por compartir alguna característica u objetivo.

La parte más importante en estas relaciones es el administrado, quien debe ser servido por la administración pública.

Si bien el administrado es el sujeto pasivo de la potestad administrativa, es también un colaborador necesario de la administración pública, debido a que la realización del bien común sólo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud de la justicia distributiva

Es decir, que es sujeto pasivo y activo al mismo tiempo porque puede reclamar el cumplimiento de la ley por parte de la administración pública.

4.1.6. Características de la relación jurídico-administrativa

1. Es dinámica porque depende del interés colectivo;
2. Es mutable, y
3. Es predeterminada por la ley.

4.1.7. Estructura de la relación jurídico-administrativa

Los sujetos son individuos que se relacionan, ya sean personas naturales o jurídicas. Se determinan dos posiciones:

1. Una de poder: en la que se otorgan unos derechos al sujeto activo que le legitiman para reclamar una conducta determinada a favor del cumplimiento de sus derechos, ya sean por medio de:
 - a) Derechos subjetivos: Facultades sobre la exigencia de ciertas conductas o sobre una cosa en beneficio particular.
 - b) Potestades: Autoriza a una persona para que la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad actúe en interés de la parte sometida.

c) Derechos potestativos: Por voluntad unilateral la relación se puede ver alterada, modificada o destruida (celebrar/anular un contrato, modificar...).

d) Representante: Actúa por cuenta y en nombre de otras personas.

2. Una de deber: La obligación o subordinación por el cumplimiento de los derechos del sujeto activo.

a) Objeto: Parte de la realidad social limitada por la relación, concretada en los intereses y bienes.

b) Contenido: Conjunto de derechos y deberes que se reparten entre los sujetos activos y pasivos.

4.2. Derecho subjetivo administrativo e interés legítimo

a) El Derecho Subjetivo Administrativo: Es la facultad otorgada o reconocida por el ordenamiento jurídico-administrativo al particular que se encuentra en una situación individualizada y exclusiva, para que exija a la administración pública una determinada conducta que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

b) Interés Legítimo: Es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico-administrativo al particular que se encuentre en una situación actual o potencialmente concurrente para que impugne una actividad administrativa ilegítima que le causa un perjuicio directo.

Ambas facultades tienen como elementos comunes los siguientes:

1. Situaciones jurídicas activas del particular, y
2. Relación directa, personal y actual con la administración pública.

Elementos diferenciadores:

a) Derecho Subjetivo Administrativo

1. Exclusividad;
2. El derecho subjetivo puede ser afectado tanto por la actuación legítima como ilegítima del Estado;
3. Proporciona un bien de la vida o utilidad material sustancial a su titular, y
4. Relación personal.

b) Interés Legítimo

1. Concurrencia;
2. Supone un obrar antijurídico de la administración pública;
3. Garantiza un poder de reacción frente a la ilegalidad, una utilidad procesal o de tipo impugnativo, y
4. Relación directa.

4.2.1. Interés colectivo

Es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico-administrativo a un grupo organizado dentro de la sociedad para representar, expresar y defender los intereses sustanciales que pertenecen por igual a los miembros de determinados sectores sociales o de toda la comunidad.

Contiene elementos comunes con el derecho subjetivo e interés legítimo:

- a. Situación jurídica activa del particular, y

- b. Reconocimiento por una norma positiva del ordenamiento jurídico.

4.3. Derechos y obligaciones administrativas

El sometimiento del Estado al Derecho plantea la existencia de relaciones jurídicas, que al tener en uno de sus extremos a un ente público ejerciendo la función administrativa, genera la relación jurídico-administrativa, con la consecuente existencia de derechos y obligaciones recíprocas para las partes que se encuentran unidas por este vínculo.

Así, la relación jurídico-administrativa se integra con derechos a favor del Estado, que son oponibles a los gobernados y derechos a favor de éstos, oponibles a aquél, además de que también pueden existir derechos del Estado frente a otros entes públicos y viceversa.

De esta manera resulta que los derechos del Estado constituyen las correspondientes obligaciones a cargo de los gobernados o de otros entes públicos, y los derechos de éstos, las correlativas obligaciones del Estado.

Los derechos que integran la relación jurídico-administrativa reciben el nombre de derechos públicos subjetivos en razón de la naturaleza de la relación, puesto que siempre participará en ella un ente público, regulado por normas de derecho público.

Estos derechos y obligaciones han sido clasificados por la doctrina a partir de diversos criterios, sin que a la fecha exista consenso por lo que para efectos didácticos, los clasificaremos a partir de su origen.

Los derechos públicos subjetivos pueden derivarse de la Constitución o de la Ley, de los actos administrativos y de contratos administrativos. En el primer caso los derechos surgen sin que sea necesaria la ejecución de un acto

jurídico, pues ellos existen en forma directa e inmediata; es decir, su existencia opera *Ipso Jure*¹³⁷. En el segundo, caso la existencia de los derechos depende de la actuación de la autoridad, que de manera unilateral determina una situación jurídica e individualizada. Finalmente, en el tercero surgen del acuerdo de voluntades de las partes.

Ahora bien, el hecho de que los derechos y correlativamente las obligaciones surjan por un acto o contrato, no significa la ausencia de una norma jurídica, puesto que tales derechos producto de estos actos, necesariamente dependen de que la ley autorice al Órgano Administrativo su creación, ya sea que las normas otorguen facultades regladas o discrecionales al Órgano Administrativo.

En consecuencia, tenemos que las normas son fuente principal de los derechos públicos subjetivos del Estado y de los administrados.

Para el Estado, los derechos subjetivos se exteriorizan mediante actos de poder como forma del ejercicio de su competencia, de la cual, de manera general, resultan:

- a) Derechos personales, que son aquellos relativos a la específica capacidad y eficacia jurídica de los actos del Estado, como son el derecho al nombre y demás signos distintivos;
- b) Derechos prestacionales, que a su vez se pueden dividir en: derechos a prestaciones positivas, como son de cosas, de créditos, tributos, servicios, entre otros, por parte de los gobernados, y derechos a

¹³⁷ *Ipso iure* o *Ipso Jure* es una expresión latina que puede traducirse como "por virtud del Derecho" o "de pleno Derecho". Se considera opuesta a la expresión *ipso facto* que se puede traducir como "por virtud del hecho". En el ámbito jurídico, la expresión *ipso iure* sirve para referirse a una consecuencia jurídica que se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o acto, sino por el mismo Derecho.

prestaciones negativas, como son: observancia de prohibiciones y limitaciones a los derechos de los administrados;

- c) Derechos funcionales, que son los relativos a la prestación de servicios públicos, y
- d) Derechos públicos reales, que son aquellos derivados de los bienes del dominio del Estado y de las limitaciones y restricciones a los bienes de propiedad privada de los particulares, dictados con base en el interés público.

El acuerdo de voluntades que efectúan los órganos administrativos y los particulares, a través de los contratos administrativos, dan lugar a derechos y obligaciones de las partes contratantes, como los derivados de los contratos de suministro y los contratos de obras que regulan sus leyes específicas.

4.4. Régimen de los servidores públicos

4.4.1. Naturaleza del estatuto público

El Estado desarrolla sus funciones públicas de beneficio colectivo por medio de individuos que forman parte de un sistema especial denominado régimen administrativo o régimen de la administración pública.¹³⁸

Este sistema está formado por el personal laboral del Estado que, dadas las funciones especiales¹³⁹ que desarrolla se encuentra en un régimen laboral privativo el cual obedece a características jurídicas propias con asidero en la Constitución de la República y en normas secundarias especiales.

¹³⁸Como se reconoce, entre otras, en las Sentencias de Inconstitucionalidad Ref. 32-2010 y Ref. 63-2007/ 69-2007. Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad Ref. 63-2007/ 69-2007.

¹³⁹Debemos recordar que los servidores públicos realizan sus funciones tendientes a un interés general, y el interés que satisfacen, es en última instancia el de los administrados que reciben los servicios públicos.

La jurisprudencia ha establecido que “a diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está unilateralmente determinada por este último, quien de forma general e impersonal establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide por complejos mecanismos a quién se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado es de Derecho Público Administrativo”.¹⁴⁰

No obstante lo anterior, existen casos puntuales que rompen con dicha regla, puesto que se enmarcan en una reglamentación distinta o con ciertas variantes, lo cual debe ser objeto de diferenciación.¹⁴¹ Desde un punto de vista amplio, siguiendo las ideas del profesor Entrena Cuesta¹⁴² y adaptándolas en algunos casos al ordenamiento jurídico salvadoreño, se puede realizar una clasificación no taxativa del personal al servicio de la administración pública, de la forma que a continuación se presenta:

- 1) Personal de carácter político: presidente, vicepresidente, ministros, entre otros,
- 2) Los que realizan funciones profesionales;
- 3) Personal laboral, que se rige por la legislación de este carácter bajo un contrato individual de trabajo, sin perjuicio de las normas administrativas que en su caso le sean aplicables;

¹⁴⁰Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007 citada supra.

¹⁴¹Así por ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha indicado. Como es sabido, cuando la relación servidor público-Estado tiene su origen en un contrato individual de trabajo, ésta se rige por el Código de Trabajo, y queda sujeta a la jurisdicción laboral. Cuando el nombramiento tiene su origen en un acto administrativo, como regla general, se aplica la Ley de Servicio Civil, que regula la carrera administrativa. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del día 28 de febrero de 2001, en el proceso de Ref.: 123-R-2000.

¹⁴²Entrena Cuesta, R. “Curso de Derecho Administrativo”, v. I/2. Organización Administrativa, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1998. pág. 270.

- 4) Personal laboral de carácter permanente que es nombrado mediante acto administrativo;
- 5) Personas que en virtud de un contrato realizan servicios específicos, concretos y de carácter extraordinario;
- 6) Quienes realizan prestaciones personales obligatorias. Verbigracia, las que prestan servicio militar;
- 7) Las personas particulares que ayudan de forma voluntaria y ocasional al Estado, sin que exista un nexo jurídico legal o contractual que los obligue. Como por ejemplo los particulares que ayudan de forma caritativa a la administración en situaciones de desastres, incendios, inundaciones, entre otros, y
- 8) Los contratistas de obras públicas, los suministradores de la administración y los concesionarios de los servicios públicos y el personal de ellos dependiente¹⁴³.

Sobre la naturaleza jurídica que mantiene la unión entre estos servidores y la administración se han esbozado dos posturas predominantes¹⁴⁴.

1. La tesis que apela a una relación contractualista, consecuentemente, sólo modificable en caso de mutuo consentimiento. Postura que con el tiempo, fue mutando con ideas ius-publicistas que consideran que entre el Estado y su personal existe un contrato pero de naturaleza administrativa, el contrato de función pública. Por tanto, bajo la línea del interés público y en virtud de su naturaleza, este contrato puede ser modificado unilateralmente por la administración, pero siempre

¹⁴³Entrena Cuesta, R. "Curso de Derecho Administrativo", v. I/2. Organización Administrativa, ed. 12ª, Tecnos, Madrid, 1998. pág. 271. En igual sentido, María Diez M., Manual de Derecho Administrativo t. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979. pág. 76-77.

¹⁴⁴Entrena Cuesta R., Op cit. pág. 275.

respetando ciertos derechos laborales de rango constitucional del servidor público, y

2. La segunda tesis reconoce que el vínculo entre el servidor y la administración tiene una naturaleza legal y reglamentaria. Tal ha sido el impacto de este enfoque, que hoy en día la doctrina mayoritaria considera que el mismo ha superado a la posición contractualista.

Sobre lo dicho cabe comentar que es cierto que cuando una persona pretende ingresar a la administración pública manifiesta su deseo de aspirar a trabajar en ella y también es verdad que la administración dispone admitirlo por cualquiera de los medios legales que reglamenten su ingreso. No obstante, ni en el nacimiento del vínculo que el nombramiento genera, ni en la regulación de la nueva calidad, ni en ninguno de los aspectos que rigen el vínculo entre ambos, existe relación alguna de tipo convencional.

La relación jurídica estatutaria implica que los derechos y obligaciones y en general, la regulación de los servidores públicos están descritos en leyes y en reglamentos; es decir, no se rigen por una mera relación contractual o convencional.¹⁴⁵

Dicha postura fue asumida por nuestra Sala de lo Constitucional¹⁴⁶, al analizar la prohibición constitucional de huelga de los empleados públicos. En esa ocasión, la Sala realizó un distingo entre la naturaleza jurídica de la relación laboral que une a los trabajadores privados con la empresa y la

¹⁴⁵Al respecto, Sánchez Morón, afirma que lo característico de las relaciones estatutarias es, precisamente, que los derechos y obligaciones se sujetan en todo momento a lo que prescriban las normas aplicables, dejando de lado la invocación de derechos subjetivos para su modificación. Este autor presenta como ejemplo de una relación estatutaria pura a la del funcionario público. Sánchez Morón M., Derecho Administrativo parte general, Op. cit. pág. 451.

¹⁴⁶Sentencia de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad Ref.: 63-2007/69-2007.

relación servidor público-Estado, sosteniendo esencialmente que “la organización administrativa en abstracto es conformada por un acto material y formalmente legislativo, se trata de la configuración de un régimen jurídico general, impersonal, unilateralmente determinado por el Estado.

Lo anterior significa que el acto jurídico que estipula en abstracto la organización administrativa y que incluye claro está el número y distribución de plazas, es una ley; en consecuencia, la determinación de los derechos y deberes de los servidores públicos; ingreso, estabilidad, ascenso, entre otros, derivan de una situación general e impersonal, no de una situación contractual...”¹⁴⁷

Con lo expuesto se advierte, que defender una simple relación convencional no parece ser otra cosa que trasladar impropriamente la figura del contrato a una relación de naturaleza distinta y con fines públicos disímiles. Esto es así, pues lo que se constituye es una declaración unilateral y potestativa de derecho público de carácter estatutaria, en la cual el Estado resuelve por vía normativa, integrar al solicitante a su cuerpo de servidores públicos y regir todo el estatus que a tal cuerpo atañe.

De esto en nada participa el futuro servidor, quién no influye tampoco en el perfeccionamiento del acto por medio del cual la administración resuelve, unilateralmente, nombrarlo e incorporarlo a sus filas. Y es que, si bien existe una petición de ingreso a la administración, esta es intrascendente, jurídicamente hablando, para la adopción de la decisión que dará como resultado el nacimiento del vínculo con el Estado.

¹⁴⁷Lo contrapone a la relación en el sector privado, a la cual otorga naturaleza contractual o convencional: En el caso del trabajador privado, la relación laboral que establece con su patrono es de tipo convencional, por ello, en la formación del contrato, que sirve como título de la relación y en el que se determinan los derechos y obligaciones de las dos partes, interviene la voluntad de éstos en función de sus respectivos intereses particulares.

La calidad de servidor tiene su inicio en una relación unilateral y potestativa de la administración que queda amparada bajo un régimen jurídico específico.

Dicha relación se perfecciona en el acto de nombramiento y produce simplemente el efecto de incorporar al designado en el estatus y situación de servidor público sometido a un estatuto público o régimen administrativo.¹⁴⁸

Por otra parte, cabe aclarar que al hacer alusión al concepto “estatuto público” se refiere al sistema jurídico normativo que regula al personal laboral a disposición del Estado.¹⁴⁹

Es decir, aquellos sujetos que pertenecen a la fuerza de trabajo gubernamental permanente y que por lo tanto se encuentran bajo una categoría especial que les otorga la calidad o “estatus” de servidores públicos.¹⁵⁰

La expresión “estatuto” no es utilizada por la Constitución Salvadoreña en su apartado especial que regula el régimen de los servidores públicos, como si lo hacen otras Constituciones extranjeras como la española de 1978 y la costarricense de 1949.

No obstante, del desarrollo normativo constitucional salvadoreño se desprende la existencia de un verdadero estatuto público que es además

¹⁴⁸Silva Cimma, E. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 16 -17.

¹⁴⁹El autor chileno Silva Cimma hace referencia a un Estatuto Administrativo el cual define como un conjunto de normas legalmente establecidas por el Estado, y en las que regula toda situación administrativa del funcionario. Silva Cimma E. Op. cit., pág. 13.

¹⁵⁰Lo anterior implica que el trabajador que ingresa al servicio de la administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legalmente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo a los principios de constitucionalidad y de legalidad (...).Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref.: 63-2007/69-2007.

reconocido por la Ley secundaria.¹⁵¹ Cabe mencionar que dentro de este estatuto se encuentran todos los servidores públicos permanentes, independientemente de su forma de ingreso a la administración pública, ya sea por medio de acto administrativo de nombramiento o mediante la modalidad de celebración de contrato individual de trabajo, pudiendo existir algunas diferencias razonables de tratamiento.

Sin embargo, todo ese conjunto de sujetos estarán caracterizados por elementos de naturaleza común que vienen dados por ese especial estatuto. En este sentido la doctrina clásica del Derecho Administrativo venía trazando una especie de muro entre el régimen laboral de los servidores de la administración pública y la normativa que rige a los trabajadores del sector privado (Código de Trabajo).

No obstante, ahora se reconoce que el especial estatuto al que nos referimos no es necesariamente una contraposición a la regulación contenida en las normas del Derecho Laboral, ni mucho menos a los derechos de los trabajadores en general. Lo que lleva a afirmar que la interpretación correcta es que existe en el ordenamiento una modulación o cierto grado de peculiaridad inherente al régimen de los servidores públicos en razón del carácter de sus funciones y la organización en la que están inmersos.¹⁵²

Así, el estatuto público estará constituido por aquellas normas de Derecho Administrativo imperativas que establezcan las particularidades que rigen al servidor público y que entre otras materias, regulará los mecanismos de ingreso bajo parámetros de igualdad y mérito, los derechos y obligaciones de los servidores, estableciendo también quiénes quedan excluidos del estatuto,

¹⁵¹Nuestra legislación secundaria sí recoge el término estatuto en el artículo 1 de la Ley de Servicio Civil.

¹⁵²Sánchez Morón M., Derecho de la función pública, 2ª. Ed., Tecnos, Madrid, 1997. págs. 59-65.

entre otros aspectos. Del mismo modo, tal estatuto deberá reconocer que, en virtud de los fines que lo subyacen, debe conjugarse a la vez beneficios especiales; como por ejemplo la protección a la estabilidad laboral de los servidores públicos¹⁵³ y restricciones, como lo es la prohibición de la huelga a los trabajadores públicos y municipales.¹⁵⁴

Ahora bien, es importante enfatizar que tal estatuto obedece a normas especiales de Derecho Administrativo y que el uso del Código de Trabajo tendrá un carácter excepcional. Esto es así, pues los servidores públicos se encuentran por razones teleológicas adscritos a un sistema con características propias, creadas al final de cuentas en beneficio de toda la colectividad.¹⁵⁵

4.4.2. Base constitucional en El Salvador

Es adecuado partir de la Constitución como máxima fuente del Derecho. Es así que nuestra Carta Magna, en el Título VII “Régimen Administrativo”, Capítulo I, aborda el Servicio Civil estableciendo algunas reglas asistemáticas que constituyen el inicio del estatuto público de los servidores del Estado, que podríamos ordenar de la siguiente forma:

¹⁵³Sala de lo Constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral implica, el derecho de conservar un trabajo o empleo, que dicha estabilidad es inevitablemente relativa, pues el empleado no tiene derecho a una completa inamovilidad, quedándole únicamente el pleno derecho de conservar su cargo sin limitación de tiempo, siempre que concurren factores como que subsista el puesto de trabajo; que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; que el cargo se desempeñe con eficiencia; que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido; que subsista la institución para la cual se presta el servicio y que además, el puesto no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política. Sala de lo contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, N° 185-P-2004, 28/04/2008.

¹⁵⁴Tal restricción se encuentra prescrita expresamente en el artículo 221 de la Constitución.

¹⁵⁵La aplicación de las normas laborales al empleo público debe tener, en rigor, un carácter instrumental, supletorio, analógico y condicionado que exige, en todos los supuestos, un juicio previo de compatibilidad, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad del día 16 de octubre de 2007, en el proceso de Ref. 63-2007/69-2007.

- a) El Servicio Civil está conformado por los empleados y funcionarios públicos que están al servicio del Estado, que no tienen carácter político ni militar¹⁵⁶;
- b) Existe un reconocimiento de la carrera administrativa;
- c) Se realiza una remisión a la ley secundaria para que regule el Servicio Civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías, los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten;
- d) La Ley garantizará a los empleados públicos la estabilidad en el cargo¹⁵⁷, y
- e) No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Adicionalmente, la Constitución de la República indica que es competencia de la Asamblea Legislativa el crear y suprimir plazas y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (art. 131 ordinal 9º Cn.).

Por otro lado, es importante señalar que la regulación secundaria de los servidores públicos puede variar dependiendo de la forma de ingreso a los cargos que detentan o del sector de la administración de que se trate. Tal

¹⁵⁶Véase sobre los funcionarios políticos el artículo 219 inciso 3 Cn.; en cuanto al régimen militar véanse los artículos 211 Cn. y ss.

¹⁵⁷La estabilidad es permanencia en el empleo y no en el cargo. debe distinguirse entre estabilidad laboral, que se refiere a la subsistencia del contrato de trabajo mientras la empresa o institución continúe, y estabilidad en el cargo, que se relaciona con el mantenimiento de las mismas condiciones en la presentación de los concretos servicios exigidos al empleado.

relación, como luego se observará, puede que se origine de distintas fuentes. No obstante, en cualquier caso siempre estarán sujetas a un régimen regulatorio especial.¹⁵⁸

A continuación se citan algunas de las disposiciones constitucionales básicas:

El artículo 218 Cn. expresa: “Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. No podrán prevalerse de sus cargos para hacer política partidista. El que lo haga será sancionado de conformidad con la Ley”.

Por su parte, el artículo 219 Cn. preceptúa: “Se establece la carrera administrativa. La Ley regulará el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración; las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud; los traslados, suspensiones y cesantías; los deberes de los servidores públicos y los recursos contra las resoluciones que los afecten; asimismo garantizará a los empleados públicos a la estabilidad en el cargo.

No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza y en particular, los Ministros y Viceministros de Estado, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, los Secretarios de la Presidencia de la República, los Embajadores, los Directores Generales, los Gobernadores Departamentales y los Secretarios Particulares de dichos funcionarios”.

Asimismo, el artículo 220 Cn. dispone: “Una Ley especial regulará lo pertinente al retiro de los funcionarios y empleados públicos y municipales, la

¹⁵⁸Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Ref.: 123-R-2000; Sala de lo Constitucional Sentencia Amparo 327-2002; Sentencia Amparo 781-2008; Sentencia Amparo 190-2009; Sentencia Amparo 126-2010.

cual fijará los porcentajes de jubilación a que éstos tendrán derecho de acuerdo a los años de prestación de servicio y a los salarios devengados. El monto de la jubilación que se perciba estará exento de todo impuesto o tasa fiscal y municipal.”

El artículo 221 dice: “Se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos. La militarización de los servicios públicos civiles procederá únicamente en casos de emergencia nacional”.

Finalmente, el artículo 222 indica que: “Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los funcionarios y empleados municipales”.

4.5. LA ÉTICA PÚBLICA

4.5.1. Definición de ética.

El término ética deriva de la palabra “êthos”, que significa que el carácter se logra mediante el hábito, pero a su vez los hábitos nacen por repetición de actos iguales. Lo ético comprende ante todo las disposiciones del hombre en la vida, su carácter, sus costumbres y naturalmente también, lo moral, por lo que se podría traducir por modo o forma de vida en el sentido profundo de la palabra.¹⁵⁹

Para Fernando Savater: “La ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otro”.¹⁶⁰

¹⁵⁹Argaez de los Santos, Jesús Manuel. “Ética y Política: Construcción de la confianza en las instituciones públicas” Parte I, de la Revista Nexo Jurídico “Locus Regit Actum”, S.F, pág. 17.

¹⁶⁰Fernando Savater citado por Jorge Rodríguez, Pereira Mello artículo, “Ética Pública y Actividad de Control” en Revista Tribuna del Abogado de enero/febrero 2012, pág. 28.

La ética, como una rama de la filosofía está considerada como una ciencia normativa porque se ocupa de las normas de conducta humana para distinguirse de las ciencias formales como: las matemáticas, la lógica, las ciencias empíricas, la química y la física. Las ciencias empíricas sociales (como la psicología, la sociología, la antropología, la historia, entre otras) sin embargo, chocan en algunos puntos con los intereses de la ética ya que ambas estudian la conducta humana y social, pero desde distintos puntos de vista, mientras que las primeras tratan de describir y de explicar cómo es de hecho el comportamiento humano, la ética trata más bien de razonar acerca de cómo debe ser ese comportamiento.

4.5.2. Referencia histórica de la ética pública

La ética pública existe desde tiempos antiguos y ha estado vinculada a los asuntos de gobierno para regular la actuación de los hombres que forman parte de éste, así como de su formación y a pesar del olvido al que ha sido sometida, en las últimas décadas se ha vuelto a convertir en un tema de análisis fundamental entre los principales estudiosos del gobierno y la administración pública.

El instrumento fundamental desde antaño para formar a los hombres de gobierno era la ética, ya que en la antigüedad, aquel que quería participar en los asuntos públicos tenía que pasar por esta disciplina, la cual era considerada como una rama de la política. Era el filtro para conseguir que los hombres que llegaran a ocupar los cargos públicos obraran bien.

En las antiguas civilizaciones se encuentran referencias sobre la formación en valores para los gobernantes antes de que éstos tomaran posesión del cargo. Estas culturas contaban con tratados sobre el tema, con códigos para la función pública y con maestros que los impartían; por lo que, las antiguas

civilizaciones dejaron testimonios muy valiosos.

En el siglo XVIII A.C., se disponía del Código de Hammurabi en Babilonia, de China (siglo V A.C.) Los Cuatro Grandes Libros del sabio Confucio, de los que se derivan los principios chinos sobre conducta pública; de los antiguos griegos (siglo IV A. C.) existen las obras de ética que escribiera Aristóteles así como las obras morales de Plutarco. Por su parte, Cicerón, refiriéndose a la importancia de gobernar para todos escribió: “Los que hayan de gobernar el Estado deben tener siempre presente estos dos preceptos; el primero, defender los intereses de los ciudadanos de forma que cuanto hagan lo ordenen a ellos, olvidándose del propio provecho; el segundo, velar sobre todo el cuerpo de la República, no sea que, atendiendo a la protección de una parte, abandonen las otras.”

Un buen gobernante, cuando se acompaña de un buen gobierno, establece una forma de constitución que garantiza una armonía entre las partes que conforman la comunidad política, cumpliendo así con uno de los mayores fines de la política que consiste en lograr que los ciudadanos sean personas dotadas de cualidades y capacidad para realizar acciones nobles.

Si bien la ética por sí misma es importante, no se situaba en el foco de atención de investigadores y estudiosos de los asuntos públicos en virtud de que se partía de la creencia de que aquellos que ocupan cargos públicos son personas respetables per se; ya que la ética es inherente a ellos.

En materia jurídica, aparecieron por un lado leyes de ética y por otro, códigos de conducta. Entre las leyes se encuentran: En Finlandia, la Ley de Funcionarios del Estado; en Australia, la Ley del Servicio Público; en Noruega, la Ley de Función Pública; en Dinamarca la Ley de Personal de la Administración Central y Local; en Holanda, la Ley de la Función Pública; en

Japón, la Ley sobre Ética de los Servidores Públicos. Respecto a los Códigos de Conducta en Nueva Zelanda se dio a conocer el Código de Conducta del Servicio Público; en Estados Unidos, las Normas de Conducta de los Funcionarios del Poder Ejecutivo; en 1995, en el Reino Unido se publicaron las Normas de Conducta de la Vida Pública así como el Código de la Función Pública; en 1996, en Canadá, se dio a conocer el Código de Conflictos e Intereses y de Post-empleo para el Servidor Público.

También se crearon códigos específicos, ya sea por organismos o departamentos.

En este sentido los Países bajos cuentan con códigos descentralizados; en Noruega, los organismos públicos han elaborado normas de conducta que incluyen la misión y los valores respectivos de cada institución; el Reino Unido creó el Código Ministerial, mientras que el Tesoro Británico (1994) estableció un Código para los Consejeros de organismos públicos que operan en el entorno del gobierno. (OCDE, 1997).

Durante la década de los noventa se realizaron de manera bianual diferentes Conferencias Internacionales sobre Ética en los Gobiernos.

En 1997 se realizó en Lima (Perú) la Octava Conferencia Internacional de Ética en el Gobierno; en 1999 se celebró en Durban (Sudáfrica) la novena conferencia; en 2001, se realizó la décima en Praga (República Checa) mientras que en el 2003 fue Seúl (Corea del Sur) la sede de la undécima, además en junio de 2003 los Estados Iberoamericanos suscribieron en Bolivia la Carta Iberoamericana de la Función Pública, respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno; en este documento se resalta la convicción de la profesionalización de la función pública como requisito indispensable para lograr un mejor Estado. Además,

se concibe a la función pública como uno de los elementos centrales de articulación de los sistemas político administrativo, resaltando la necesidad de la modernización de las políticas públicas de gestión de empleo y recursos humanos.

Por su parte en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Montevideo en junio 2006, los Estados Iberoamericanos suscribieron el Código Iberoamericano del Buen Gobierno; en el que se articulan tres tipos de reglas de conducta, unas vinculadas a la naturaleza democrática de gobierno, otras a la ética gubernamental y por último, las que refieren a la gestión pública. Otras convenciones que ayudarán a fomentar los códigos de ética a nivel mundial y en El Salvador, son: la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada el 29 de marzo de 1996 y el Tratado Marco de Seguridad Democrática, aprobado el 16 de julio de 1996.

4.5.3. Formación ética

La ética lleva consigo elementos que los ciudadanos comparten, sea cual sea su creencia religiosa, su relación familiar, su profesión, su oficio¹⁶¹; elementos comunes que ayudan a la sociedad a vivir en armonía conforme a principios de justicia, libertad, igualdad y solidaridad a fin de hacer más satisfactoria la convivencia humana. Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina ética pública, también llamada ética para la política y la administración pública. La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública.

¹⁶¹Bautista Oscar, Diego. “Ética Pública y Buen Gobierno”, fundamentos: estado de la cuestión y valores para el servicio público, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), Toluca, México, 2009, págs. 31 y 32.

Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad. Establece los criterios que debe tener en cuenta todo servidor público para llevar a cabo sus funciones con el fin de lograr un bien para la comunidad, por consiguiente la ética pública puede comprenderse como un hacer colectivo, como un proceso en el que tanto la colectividad como los individuos generan pautas de conducta que posibilitan un mejor desarrollo de la convivencia, de la autonomía y de la libertad del hombre. La ética aplicada a la función pública es de vital importancia porque tiene como eje central la idea de servicio; es decir, las tareas y actividades que realizan los funcionarios públicos están orientadas al bien común.

La ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, un factor vital para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones. Por tanto, es un factor clave para elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos.¹⁶²

La ética pública puede ser definida como: el conjunto de principios que norman los pensamientos, las acciones y las conductas humanas y que las orientan al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Cuando se habla de ética pública se refiere sencillamente a la ética aplicada y puesta en práctica en los asuntos de gobierno. Es una ética aplicada a los

¹⁶²Bautista, Oscar Diego, "Necesidad de la Ética Pública", México, serie "Cuadernos de Ética Pública", N° 1, Poder Legislativo del Estado de México, UAEM, México, 2009, pág. 15.

servidores públicos; es decir, a personas que ocupan un cargo o empleo público de acuerdo a los títulos invocados en el artículo 2 de la Ley de Ética Gubernamental: Por elección, nombramiento o contrato emanado de la autoridad competente.

Dichas responsabilidades se traducen en actos concretos orientados hacia el interés común de la ciudadanía. Ya que la función pública, básicamente establece la realización de actos con el fin de beneficiar no solo a un cierto grupo de personas si no a la mayor cantidad posible.

Entonces la ética pública se refiere a los actos humanos en tanto que son realizados por los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones y atribuciones. Por lo que constituye un instrumento de la modernización administrativa, pues se mueve en la frontera con la Ley y el Derecho, ya que hace referencia a valores objetivos que trascienden a la persona y que describen el comportamiento de los individuos; supone la existencia de valores que van más allá del Derecho, el cual no es suficiente para cubrir y remediar los perjuicios de los que no es conforme a los cánones de una buena administración.

Así, la ética pública refuerza las condiciones de credibilidad en la propia administración pública y en sus agentes.

En ese orden de ideas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el artículo 8 numerales 1, 2 y 6 establece: Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá entre otras cosas: la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos; en particular, cada Estado Parte procurará aplicar en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para

el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas; cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que trasgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.¹⁶³

En conclusión la ética ofrece en sus relaciones con la administración pública una exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen, las medidas preventivas que traten de garantizar el cumplimiento de aquellos deberes y las reacciones ante las infracciones que pese a todas las prevenciones se cometan.

4.5.4. La ética pública y el servidor público

Uno de los reclamos de la sociedad sobre todo en estos tiempos de cambios, es la atención que ésta debe recibir de su gobierno. Dicha atención se manifiesta a través de la satisfacción de las demandas de la comunidad política y de una mayor expectativa en el nivel de vida de los ciudadanos. Sin embargo en distintos países, la satisfacción de estas demandas no se ha cumplido, entre otras causas debido a que en algunas instituciones públicas existen una serie de vicios que impiden realizar con eficiencia su funcionamiento y operación.

Esta situación ha generado que las demandas sociales hayan rebasado la capacidad de respuesta de los gobiernos y que la administración pública sea vista como lenta, ineficaz e ineficiente. Unido a esta situación han salido a la luz pública escándalos de corrupción que han desacreditado tanto al personal público como a la imagen de las instituciones públicas generando que la ciudadanía pierda la confianza en su gobierno. A la hora de explicar la

¹⁶³Resolución del día 24 de mayo de 2011. Exp. 24-TEG-2010.

aparición y proliferación de flagelos como el fraude y la corrupción administrativos, muchos son los motivos que se esbozan intentando entender las causas de estos fenómenos que, influenciados por la globalización, no distinguen formas de gobierno ni toman en cuenta la organización social en la que se instalan.¹⁶⁴

Son fenómenos que irrumpen las realidades, afectando la credibilidad del ciudadano en las instituciones, perjudicando el erario público y facilitando una inclinación casi obligada a priorizar el control que pueda ejercer el Estado sobre los funcionarios públicos. Un buen desempeño en la prestación del servicio público, con calidad y eficiencia, ayudará a recuperar la credibilidad y el reconocimiento perdidos por parte de la ciudadanía.

Cada servicio público es llevado a cabo a través del servidor público, elemento humano fundamental para el buen manejo y funcionamiento de las instituciones, es el personal que labora en ellas el que facilita el normal desempeño de la institución al integrarse y desarrollarse en beneficio de la administración gubernamental.

Según Hilda Naessens¹⁶⁵“el servidor público es aquella persona que presta sus servicios al Estado o a la administración pública. Desempeña una función de servicio por lo que es necesario exigirle el estricto cumplimiento de sus obligaciones así como el respeto a los derechos e intereses de los gobernados”.

¹⁶⁴Pereira Mello, Jorge Rodríguez. “Ética Pública y Actividad de Control”, Revista: Tribuna del Abogado (Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay), N° 176, enero-febrero 2012, pág. 28.

¹⁶⁵Doctora en Humanidades, con especialidad en Estudios Latinoamericanos por la Facultad de Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de México, graduada con Mención Honorífica. Obra citada: “Ética Pública y Transparencia”, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma de México, Toluca, 2010, pág. 6.

Los servidores públicos, son el rostro de la institución a la que pertenecen, su decoro, honestidad, lealtad e imparcialidad; son la tarjeta de presentación cada vez que el ciudadano común les requiere la satisfacción de una necesidad puntual.

Se debe entonces volver la mirada a los servidores del Estado, pues es en ellos y en sus virtudes donde se encuentra la solución a través de un correcto sistema de incentivos, una remuneración adecuada y la constante instrucción sobre valores cívicos.

La ética para los servidores públicos se refiere a situaciones de aplicación; es decir, “el bien para todos”, lejos de ser una abstracción, es algo que se materializa en cada acto que realizan en las múltiples instancias de la administración pública; es la suma de miles de decisiones diarias de los servidores públicos que laboran en dichas instituciones. Cada servidor se encuentra diariamente con dilemas éticos que unas veces resuelve de manera rutinaria y otras como resultado de una profunda reflexión. Aunque el sentido común alberga principios básicos que permiten conocer lo bueno y lo malo, la vida lleva a situaciones en las que lo bueno no siempre resulta evidente y la respuesta a un conflicto puede ser equivocada si la persona no cuenta con una escala de valores que le permita discernir lo que es correcto de lo que no.

Para el servidor público, la ética no debería ser otra cosa que la convicción razonada de que siempre habrá una senda mejor que la otra y es esa la que deben tomar.¹⁶⁶

Por ello es que una administración pública transparente que promueva el bien común, brindando un servicio de calidad que favorezca el control social

¹⁶⁶Ibídem, Pereira Mello Jorge Rodríguez, pág. 30.

sobre su actuar, informando lealmente de ello a los ciudadanos y agilizando sus procedimientos, es el nuevo paradigma a seguir. Es así que, cuando a los servidores públicos se les imponen principios éticos de actuación administrativa a través de normas de conducta expresas, de rango restrictivo, los servidores públicos no deben contemplarlas como cercenadoras de libertad, sino concebirlas como garantías para una mejor gestión y como una oportunidad más en la búsqueda de la satisfacción de los intereses colectivos, siendo necesario que existan reglas claras para poder desempeñar mejor su trabajo.¹⁶⁷

Los servidores públicos deben apegar su actuación al marco constitucional y legal, cumpliendo ciertos requisitos para acceder a un cargo. Están sujetos a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades propias del cargo que desempeñan para evitar que hagan un ejercicio abusivo de sus funciones.

Cualquier gobernado o administrado puede reclamar o denunciar la conducta indebida por parte del servidor público el cual deberá atenerse a la sanción correspondiente que determine la Constitución o las respectivas leyes.

Las personas que trabajan en el servicio público, al actuar de un modo éticamente correcto, van a ser más eficaces y eficientes en sus tareas, lo que se verá reflejado en la confianza y credibilidad de la ciudadanía a la que sirven.

Mediante la ética pública se busca lograr un cambio de actitud en los servidores públicos a fin de forjar en ellos una conducta integral, con sentido de responsabilidad, lealtad a la institución para la que trabajan y compromiso con los objetivos de la misma. Prestar un servicio implica dos requisitos: compromiso con el trabajo y respeto por la persona a quien se sirve. Si el

¹⁶⁷Ibídem, Pereira Mello Jorge Rodríguez, pág. 31.

servicio se dirige a una comunidad, el compromiso es aún mayor y lo es más si es público y si proviene del Estado. Esa es la razón por la que a las personas que trabajan en la administración pública se las llama “servidores públicos”, cuya función es la de ayudar a resolver conflictos comunes y a satisfacer las necesidades de la comunidad pensando en el logro de un bien común.

Al observar las actitudes de los servidores públicos hay que “recordarles que están para servir y no para servirse de la comunidad, por lo tanto, la ética es un factor clave para elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos”.¹⁶⁸

4.5.5. El perfil del servidor público

La ética pública estudia y analiza el perfil, la formación y la conducta responsable y comprometida de los hombres encargados de las cuestiones públicas.

Más allá del conocimiento profesional que posean, es importante que sean individuos que estén inmersos en la moral pública, por lo que convendría que todo aquel que ingrese al ámbito público pase por el filtro de la ética a fin de ser tocado por los valores que le guíen en su actuar.

En los gobiernos y administraciones públicas contemporáneos, el perfil de las personas que ocupan un cargo se encuentra en una situación de heterogeneidad, existe una gran diversidad de profesiones que se postulan para ocupar un cargo de elección. Así, es posible encontrar profesionales de

¹⁶⁸Universidad Pedagógica Nacional, Tesis de Maestría en Ciencia Política, presentada por Bautista, Oscar Diego, “La Ética en los Servidores Públicos”, México, 2001, pág. 61.

distintas disciplinas: arquitectos, ingenieros, profesores, contables, abogados, entre otros, incluso personas sin formación académica pero que han destacado en alguna actividad.

Ante la ley, todo individuo tiene derecho a ocupar un cargo de elección siempre que tenga el perfil y la capacidad para el puesto, no obstante a esa capacidad y a ese perfil habrá que incorporar criterios éticos. En la vida contemporánea existe una fiebre entre los ciudadanos por querer ocupar un cargo público aunque el interesado carezca de una cultura política e ignore la importancia y la responsabilidad que ello implica. Cualquier individuo compete por un cargo creyendo ser merecedor de dicho honor del Estado.

La ética aplicada en los servidores públicos implica un cambio esencial en las actitudes de cada individuo que se traduce en actos concretos orientados hacia el interés público. En otras palabras, implica el ejercicio de la virtud por parte de los servidores públicos o como señaló Aristóteles, no se enseña ética para saber qué es la virtud sino para ser virtuosos.

Mediante la ética los gobernantes pueden determinar la justicia o injusticia de los hombres, con ella se eleva la cultura política de un pueblo, por ella los hombres pueden estar bien consigo mismos y si ello es así, lo estarán con respecto a los demás. Gracias a ella, los servidores públicos pueden emprender acciones positivas en todo momento ante cualquier circunstancia por muy difícil que ésta sea.

En consecuencia, en el ámbito de gobierno y administración pública se requiere conjugar una serie de elementos que caractericen la actuación, conducta y esencia de quien presta un servicio a la comunidad. Todo servidor público necesariamente deberá fundamentar su actuación en principios o en un decálogo.

4.5.6. Principios del servidor público

Entre los informes y documentos más conocidos e importantes sobre esta materia en el mundo occidental, está el Informe NOLAN¹⁶⁹, denominado así por el Presidente de la Comisión del Parlamento Británico que elaboró en 1994 a petición del entonces Primer Ministro un documento o informe sobre “Normas de conducta para la vida pública”, que afectaba a la ética y al comportamiento de la clase política y funcional de éste país.¹⁷⁰

Los siete principios de la vida pública, según el Informe NOLAN, son los siguientes:

- a) Desinterés personal: Los que ocupan cargos públicos deberían tomar decisiones sólo con arreglo al interés público;
- b) Integridad: Los que ocupan cargos públicos no deberían tener ninguna relación financiera u otra, con terceros u organizaciones que puedan influirles en el desempeño de sus responsabilidades oficiales;
- c) Objetividad: En la gestión de los asuntos públicos, incluidos los nombramientos públicos, la contratación pública, o la propuesta de individuos para recompensas y beneficios, los que ocupan cargos públicos deberían elegir por el mérito;
- d) Responsabilidad: Los que ocupan cargos públicos son responsables de sus decisiones y acciones ante el público, y deben someterse al control que sea apropiado para su cargo;

¹⁶⁹Llamado así por el Juez que presidió el comité: “Juez Nolan”, está referido a la actividad parlamentaria y administrativa.

¹⁷⁰Canales Aliende, José Manuel. “Algunas Reflexiones sobre la Ética Pública”, VII Congreso Internacional del CLAD, sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002, pág. 3.

- e) **Transparencia:** Los que ocupan cargos públicos deberían obrar de la forma más abierta posible, en todas las decisiones que toman y en todas las acciones que realizan. Deberían justificar sus decisiones y limitar la información sólo en el caso de que esto sea lo más necesario para el interés público;
- f) **Honestidad:** Los que ocupan cargos públicos, tienen la obligación de declarar todos los intereses privados relacionados con sus responsabilidades públicas, y de tomar medidas para solucionar cualquier conflicto que surja de tal forma que protejan el interés público; y
- g) **Capacidad de decisión:** Los que ocupan cargos públicos, deberían fomentar y apoyar estos principios con su liderazgo y su ejemplo.

En El Salvador los principios del servidor público, se encuentran regulados en la Ley de Ética Gubernamental, la cual establece las directrices que debe tener todo servidor público a la hora de brindar la atención a los administrados de las cuales se mencionan los siguientes:

Artículo 4. La actuación de las personas sujetas a esta Ley deberá regirse por los siguientes principios de la ética pública:

- a) **Supremacía del Interés Público:** Anteponer siempre el interés público sobre el interés privado;
- b) **Probidad:** Actuar con integridad, rectitud y honradez;
- c) **Igualdad:** Tratar a todas las personas por igual en condiciones similares;
- d) **Imparcialidad:** Proceder con objetividad en el ejercicio de la función pública;

- e) Justicia: Dar a cada quien lo que le corresponde, según derecho y razón;
- f) Transparencia: Actuar de manera accesible para que toda persona natural o jurídica, que tenga interés legítimo, pueda conocer si las actuaciones del servidor público son apegadas a la ley, a la eficiencia, a la eficacia y a la responsabilidad;
- g) Responsabilidad: Cumplir con diligencia las obligaciones del cargo o empleo público;
- h) Legalidad: Actuar con apego a la Constitución y a las leyes dentro del marco de sus atribuciones;
- i) Lealtad: Actuar con fidelidad a los fines del Estado y a los de la institución en que se desempeña;
- j) Decoro: Guardar las reglas de urbanidad, respeto y buena educación en el ejercicio de la función pública;
- k) Eficiencia: Cumplir los objetivos institucionales al menor costo posible;
- l) Eficacia: Utilizar los recursos del Estado de manera adecuada para el cumplimiento de los fines institucionales, y
- m) Rendición de cuentas: Rendir cuentas de la gestión pública a la autoridad competente y al público.

4.5.7. La ética pública y sus exigencias en la administración pública

El desarrollo de la función pública profesional es una condición necesaria, pero no la única para un mejor gobierno. La función pública constituye un recurso disponible para la mejor gestión de los asuntos públicos, que conciernen al conjunto de la sociedad. Las reformas a la función pública deben contar con la participación de los representantes electos, elegidos, designados y de la sociedad civil, ya que su participación es clave en el proceso de cambio. La importancia de la interacción del gobierno y la

sociedad civil y de ésta entre sí, ya que el poder de la sociedad civil reside en su capacidad de discutir, denunciar y proponer.¹⁷¹

Otro aspecto a tener en cuenta es la democratización de la función pública como camino para que el servicio civil cumpla su desempeño de acuerdo al interés público. Así la responsabilidad de los funcionarios exige dar cuenta no sólo al interior del servicio, sino a un aspecto más amplio de actores, políticos, usuarios y ciudadanos.

Por último se señala que la ética pública va más allá del estricto cumplimiento de la legalidad vigente como parámetro de moralidad, es así que Rodríguez Arana¹⁷² señala que se debe combatir el paradigma, que supone una desnaturalización de lo que siempre se ha entendido como parámetro de actuación de los funcionarios públicos. Es el planteamiento legalista en virtud del cual la ley es el paradigma de la moralidad.

La “Transparencia Internacional” expresa: “No es suficiente que los gobiernos tengan sólo estructuras basadas en reglas o sustentadas en su cumplimiento. Los sistemas de cumplimiento por sí solos pueden motivar, de manera inadvertida, a que algunos servidores públicos ejerzan sus funciones simplemente al filo del mal comportamiento, argumentando que si no violan la ley, ello significa que están actuando éticamente.”

La ética debe proporcionar una capacidad de reflexión y de análisis de los problemas que plantea la función pública con la idea de servicio a la colectividad. Debe existir un planteamiento ético del trabajo administrativo, ya

¹⁷¹ Junta de Transparencia y Ética Pública, “Ética y Función Pública”, Manuales de Capacitaciones No 1, Montevideo, 2009, pág. 8-9.

¹⁷² Criterios extraídos de las resoluciones del TEG, Arana Muñoz, Rodríguez. “La Ética en la Administración Pública”, Resolución Final de fecha 23/11/2010, exp. 16-TEG-2010, pág. 17-20.

que de lo contrario se vacía de contenido la labor de los funcionarios públicos. En definitiva la idea de servicio público está vinculada con el Estado Democrático y Social de Derecho y por el respeto de los Derechos Fundamentales.

La administración pública en cuanto servidora de los intereses de la colectividad debe promover el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, siendo éste el contenido esencial de la ética del servicio público. El propósito básico de la ética pública es concientizar a todo servidor público de que trabaja para la comunidad política.

Es decir que ningún político, juez, magistrado, legislador alcalde, gobernador, entre otros, debería ocupar un cargo ni acceder a responsabilidades superiores si no cuenta con una formación en valores.

Para frenar las conductas nocivas o corruptas en el servicio público es necesario rescatar y fortalecer valores en los servidores públicos que sirvan de referentes en su comportamiento. Pero para fomentar valores se requiere de un conjunto de instrumentos tales como:

1. Leyes;
2. Códigos de ética generales y específicos;
3. Especialistas en la materia, y
4. Un área, oficina u organismo dedicado a esta función.¹⁷³

4.6. Ética y corrupción

Cuando nos referimos a la ética, de alguna manera aparece junto a ella el concepto de corrupción. La corrupción es una las facetas más negativas de

¹⁷³Bautista Oscar Diego. "Cuadernos de Ética para los Servidores Públicos", Tercera Edición, Impreso en Toluca, México, 2011, pág. 5.

la ética pública, la otra faceta es el trabajo bien hecho, la labor eficaz y siempre pensando en los ciudadanos. Los funcionarios realizan una tarea de servicio público, llevan a cabo tareas que satisfacen necesidades sociales, de ahí la importancia de la idea de servicio en la función pública. Existe una necesidad de establecer principios para la regulación de las pautas de comportamiento ético de los funcionarios públicos.

Si se observa cualquier proceso social puede encontrar con lo que Carlos Nino llamaba “anomia boba”¹⁷⁴, entendiendo por tal a la resistencia de ajustar las conductas a las reglas, las que pueden ser de diverso tipo, de simple coordinación, morales o jurídicas, según explica el autor. Este fenómeno de la anomia ha jugado un papel importante en la relación del Estado con la sociedad. La arbitrariedad, la arrogancia, y la personalización del poder son de alguna manera formas de no ajustar nuestra vida a reglas conocidas y aceptadas por todos.¹⁷⁵ La manera de superar la anomia es fortaleciendo una cultura de aceptación y obediencia a las reglas. Lo que importa es el cumplimiento de las reglas, desde una perspectiva de generalidad y no de juzgar cada caso en particular.

4.6.1. Integridad ética de los funcionarios

Un problema a plantear en toda la regulación de la ética pública es el de cuan exigente puede ser el Estado respecto a la integridad ética de sus funcionarios.

Un Estado Democrático debe evitar la imposición de pautas de moral personal, lo que puede hacer es difundir pautas éticas entre los ciudadanos

¹⁷⁴Nino, Carlos Santiago. “Un país al margen de la ley”, 1º ed., Emecé Editores, Argentina, 1992, pág. 31.

¹⁷⁵Junta de Transparencia Ética y Pública. “Ética y Función Pública”, Manuales de Capacitaciones No 1, Montevideo, 2009, pág. 8-9.

en cuanto tengan lugar en el foro público. La idea de moral ciudadana es un parámetro exigible a todas las personas, con independencia de su desempeño en la sociedad; en realidad el nivel de exigencia ética es el mismo para el ciudadano común que para el servidor público. Cualquier ciudadano con un mínimo de integridad personal puede ingresar a la función pública.

La cultura de la ética y transparencia es parte de la función pública, se manifiesta fundamentalmente en los grupos sociales o equipos de trabajo, por tal motivo los seres humanos, son organizados, coordinados y dirigidos por un líder hacia un objetivo común. La problemática de la ética ha adquirido interés en esta última década y relevancia para los gobiernos y los organismos internacionales, así por los que buscan que las organizaciones públicas en sus funciones sean más éticas y transparentes en su gestión por parte de los servidores públicos.

La contraparte de la cultura de la transparencia y la ética es la cultura de la corrupción de los servidores públicos, es un mal que atañe a los gobiernos y que ha padecido la ciudadanía, ya que, lo peor que le puede pasar a una sociedad es que quienes delinquen tengan la idea de que no hacen nada malo y esto es aún más grave cuando una parte significativa de quienes se enteran del delito son autoridades gubernamentales y civiles y estos sostienen una idea similar y no luchan por contrarrestar al contrario lo fomentan (“la mordida”, “el hecho”, “éntrale” y otros calificativos más).¹⁷⁶

Ante esta problemática, se puede afirmar que la cultura de la ética y la transparencia en la función pública enfrentan un serio resquebrajamiento en la gestión, que ha traspasado el umbral de la inmoralidad o más

¹⁷⁶Bautista Oscar, Diego. “La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública, Tesis Magisterial, Universidad Internacional de Andalucía, 2004, pág. 52.

certeramente de que la moralidad ha generado falta de credibilidad ante los gobernados. Como respuesta central puede afirmarse que situaciones como ésta son precedidas por un amplio espectro de impunidad en el sector público, es decir por un entorno en el que buena parte de los delitos de corrupción no se detectan, no se investigan, no se castigan existiendo una complicidad.

En este contexto se propicia lamentablemente el reforzamiento y se consolida la cultura de la corrupción, que no es sino el conjunto de pensamientos, creencias y hábitos que determinan las conductas corruptas y la percepción ciudadana de que estas no son del todo reprochables y tienen paliativos o excusas, en realidad lo que se manifiesta es la falta de una cultura de ética y transparencia en la gestión pública.¹⁷⁷

Las causas y consecuencias de la corrupción en la administración pública, son innumerables tan diversas como la humanidad misma, es un problema de carácter ético, económico, administrativo y legal; sus consecuencias pueden ser de una gravedad insospechable por cuanto es un factor importante porque los recursos del Estado no son suficientes para suplir las necesidades básicas de la población.

Para Santiago Carretero Sánchez¹⁷⁸, las causas de la corrupción se pueden cifrar en la idea de éxito personal y empresarial; relativismo moral y ético; no creencias en una moral laica inamovible; concepción utilitarista de la felicidad; pérdida del sentido del deber; mayor rédito retributivo que en el

¹⁷⁷Martínez Chávez, Víctor Manuel. “La Ética como Factor Primordial de la Función Pública”, VIII Congreso Internacional del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 de Oct. 2003.

¹⁷⁸Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeladón Castrillo, “Ética judicial de las reglas a las actuaciones”, Monográfico, Carretero Sánchez, Santiago. “Corrupción, Funcionarios Públicos y el papel de la Deontología”, San Salvador, el Salvador, 2014, pág. 61.

servicio público; quiebra general de los valores morales; acceso a los puestos de mayor nivel sin preparación técnica; doble moral: profesional y personal (factor religioso del funcionario); leyes de mercadeo que obligan por la globalización a prácticas poco deontológicas; influencia del movimiento sindicalista; aplicación del concepto de patrón al que sirves, que es el que te explota (Estado); influencia de los medios de comunicación y planteamientos de nuevos códigos éticos de otras civilizaciones o condiciones de adaptación.

4.6.2. Corrupción en El Salvador

En la actualidad, El Salvador vive un grave problema de corrupción que se da en la administración pública, donde se encuentran involucrados principalmente servidores y funcionarios públicos de alta jerarquía, provocando descontentos en la sociedad. Es por ello que la corrupción ha sido tomada como tema central de artículos, revistas, televisión, radio, libros, periódicos y a pesar de que esto no es un tema nuevo, algunos afirman que la corrupción es parte de la cultura salvadoreña, pero esto no es así, por lo que es necesario eliminarla.

Hasta hace poco años, por la hegemonía de un partido en el poder, se señalaba de corrupto solamente a los funcionarios públicos de ese partido, ahora con el avance democrático, se culpan unos a otros, y entre grupos al interior de los propios partidos, pero finalmente todavía impera mucha impunidad, ante el fenómeno de la corrupción.

De acuerdo a lo anterior es posible incidir en el hecho de que la corrupción debe combatirse mediante programas diversos muy concretos en sus objetivos, sustentados en leyes, procedimientos eficaces y oportunamente aplicados, así como en el fortalecimiento de valores a los ciudadanos.

Algunos suelen ver la corrupción como un problema que solo es del sector, pero la realidad es que esta práctica negativa puede afectar reglas y costumbres que envuelven el intercambio y pueden destruir comunidades enteras y países, así como la vida cotidiana.

La corrupción no es propia de un país, sociedad, segmento de una población, cultura, profesión, régimen, partido u organización estatal, ni exclusiva del gobierno, ni se encuentra extendida en toda una población; de hecho su presencia ha sido constante en la historia de todos los pueblos. Es un fenómeno complejo en cualquier país o sociedad y no se restringe a un solo tipo de prácticas, pues involucra una serie de formas, mecanismos, y organizaciones en los que intervienen elementos muy variados, pudiendo presentarse tanto en regímenes autoritarios como en el democrático.

De hecho este fenómeno logra incrementarse en los cambios de régimen y en las llamadas “transiciones”; pues sería una falacia afirmar que nunca en la historia de El Salvador ha existido corrupción, pero con las campañas políticas se incrementa; así también por el cambio de servidores públicos en la administración que día a día se siguen dando por factores como el recorte presupuestal, desempleo, entre otros muchos elementos que influyen.

No obstante, cabe decir que en nuestro país el manejo de los asuntos públicos producen decepción, siendo la causa principal de esto la corrupción, dañando al pueblo día con día, en el que además de dicha problemática y de los efectos económicos y sociales, neoliberales y de globalización, como el desempleo, la pobreza, violencia, entre otros.

La clase política y/o servidores públicos, lejos de abatir los problemas nacionales y dar soluciones a éstos, buscan tomar un lugar de poder en los puestos públicos y cada vez que se produce un daño eminentemente

electoral, descuidan el papel para el que están designados y además aprovechan su puesto para obtener dinero del pueblo tras una lucha política de baja ética en los medios de comunicación e instancias investigadoras y judiciales.

Efectivamente la sociedad salvadoreña se ve afectada por las revelaciones de actos de funcionarios y legisladores que están involucrados en problemas de corrupción administrativa-económica o política; como lo han difundido los medios de comunicación donde se presenta el cinismo de los servidores públicos que se enriquecen, creando una crisis política y moral.

Algunos piensan que estos escándalos de corrupción provocan una sociedad agraviada por el descaro y que es fatal para el Estado; por el contrario otros piensan que es a beneficio de la sociedad porque al fin estamos despertando sobre las acciones de la clase dirigente.

Pero mientras deciden si es beneficio o no para la sociedad, se tienen que dar soluciones claras para evitar más corrupción de los servidores públicos y buscar que ya no haya impunidad para aquellos sujetos que laceran el país, porque el pueblo se está cansando de pagar impuestos para que solo reciban beneficios unos cuantos en el poder, de que se violenten sus derechos y se degraden la cultura de valores en un constante circo televisivo, radiofónico y editorial sobre la corrupción impune.

Sin embargo, es importante destacar que al fin la sociedad se ha dado cuenta poco a poco de la transcendencia del problema y de lo urgente que es enmendarlo; con justa razón se ha dicho que: “la política interior ha fallado en impulsar los deseos populares de libertad individual; en alcanzar la prosperidad y estabilidad económica; en lograr una organización gubernamental eficiente, impuestos justos y bienestar social en forma

armónica y, sobre todo, ha fallado en conciliar las tendencias de las fuerzas económicas, sociales e ideológicas del país.

En este punto es fundamental referirse al tema de la democracia, que aunque se sabe que realmente se trata de un ideal en el que no se ha encontrado pura o perfecta, es importante señalar que esta debe garantizar certeza jurídica, equidad, transparencia, imparcialidad y participación, que favorezca el juicio de responsabilidad y que encuentre el terreno propio para ser ejercida plenamente, porque no puede realizarse con plena justicia en países pobremente democráticos.

En la medida que se tenga más convicción y convivencia, se abrirán espacios para fortalecer el sistema y se logrará abatir la corrupción, los excesos de poder y las arbitrariedades tradicionales de las que el pueblo está hastiado.

Todo esto para no engañarse sobre los alcances reales que tendría el juicio de responsabilidad, pues en buena medida se espera que por el camino de la educación y conciencia colectiva algún día pueda erradicarse el flagelo de la corrupción.

Los principales retos de la democracia, en las circunstancias actuales, son la búsqueda de la transparencia, la responsabilidad y la capacidad de respuesta, fundamentales para la credibilidad de sus gobernantes.

La transparencia y responsabilidad son los fundamentos que llevan a que las organizaciones y liderazgos tengan fuerza moral suficiente para impulsar y fortalecer la escala de valores, la legalidad, el civismo y la justicia. Las preocupaciones se generan tanto de una parte de la sociedad que tiene niveles aceptables de participación ciudadana, dado que acceden a buenos

niveles de información y conocimiento de la problemática; como en la mayoría de los ciudadanos, que si bien tienen la opinión de que hay corrupción, sus posiciones son pasivas frente a dicha problemática.

La carencia de transparencia es una creciente preocupación social porque afecta tanto a los países ricos como a los pobres, debido a que es una erosión continua de la economía.

Los gobiernos enfrentan retos respecto a la equidad, justicia social, legalidad, transparencia y sobre la brecha creciente de la pobreza frente a la concentración de la riqueza.

Sin embargo, las prácticas de corrupción destruyen estos retos porque es injusta, corrompe los sistemas, se apropia de una parte importante del presupuesto nacional, afectando a todos los ciudadanos, pero sobre todo a los más pobres, porque es en donde se concentra el voto de casi la mitad de los electores del país.

Hay que entender que la corrupción en la administración pública es equivalente al cáncer, cuando es detectado y su diagnóstico nos arroja que es curable. Naturalmente la reacción de una persona afectada será de temor y preocupación, pero para enfrentarlo hay que esforzarse, sufrir y gastar mucho dinero. Es como acontece cuando se detecta la falta de ética en el manejo de la administración, pero el temor y preocupación que afecta a la persona deberían adoptarlas las autoridades a cargo del país, ya que la eficacia de la administración pública está estrechamente vinculada con las metas y sistemas que se utilicen para su control, pero existen elementos intangibles que por su naturaleza abstracta repercuten en términos muy importantes en ella. La administración pública no puede limitarse sólo al cumplimiento de sus fines, pues a su vez debe verificar sus logros con la

mayor economía y eficacia, pero dentro de la normativa legal vigente y con el respeto debido a los principios de la ética administrativa.

En ese sentido, un Estado de Derecho presupone que la actuación de la administración pública se haga en base a criterios de probidad administrativa y en un sentido más amplio de probidad pública; ello entraña moralidad, ética y rectitud en el obrar. La administración es fiel reflejo de la sociedad y muchas veces cuando un agente público olvida los principios de probidad esenciales es porque alguien o algo lo induce a ello; como por ejemplo las acciones inescrupulosas de particulares muchas veces económicamente más poderosas, las malas o paupérrimas retribuciones de los agentes públicos que conllevan también, y sin duda, a estos ilícitos.

Además, puede observarse que la corrupción o la falta de ética en nuestras organizaciones es la principal amenaza en el desarrollo del país y su combate exige el apoyo de toda la sociedad.

Lamentablemente es frecuente que las nuevas iniciativas, no sean aplicadas rigurosamente o no sean provistas de funcionarios y personal idóneo para su implementación, entre otras prácticas tradicionales negativas, como la continua resistencia de los gobiernos de proporcionar información para que se pueda conocer y monitorear el manejo de los fondos públicos y de los casos de corrupción que son expuestos por la sociedad civil o detectados en una investigación gubernamental (caso indemnizaciones).

En el caso de los funcionarios implicados en la corrupción, típicamente son reemplazados por otros que tienen antecedentes cuestionables, y como sus predecesores, en lugar de identificar, procesar y sancionar la corrupción la encubren. Es decir, después de años de esfuerzos anticorrupción por parte de los gobiernos, no se han visto muchos cambios.

Así por ejemplo tenemos delitos relacionados que se cometen en el ejercicio de un cargo público y que se clasifican jurídicamente en los términos siguientes:

- a) Cohecho (conocido popularmente como Soborno): Es el más reiterativo de los delitos contra la administración pública. Se comete normalmente a instancia del contribuyente y va desde la entrega de una pequeña dádiva para evitar una contravención de simple policía hasta el ofrecimiento de abundantes sumas para salir del pago de los impuestos;
- b) El Peculado tiene como elementos constitutivos la Exacción, que se refiere a cuando el agente fiscal se aprovecha del miedo o de la ignorancia del contribuyente y le notifica el pago de un impuesto en cuantía mayor a la que le corresponde, está cometiendo exacción. Esta no se debe confundir con la liquidación provisional¹⁷⁹ del impuesto que es frecuentemente mayor que la suma que termina pagando el contribuyente;
- c) La Concusión: Es una especie de extorsión hecha por el cobrador de impuestos que bajo la presión de su investidura, conmina al contribuyente a pagarle determinada cantidad de dinero bajo la amenaza de aplicarle todo el peso de la ley impositiva.

Ejemplo: Son concusionarios los agentes del Instituto Salvadoreño del Seguro Social que en vez de exigir el cumplimiento de la ley, diligencian el

¹⁷⁹La liquidación es el acto que tiene por objeto determinar el importe de la deuda tributaria mediante su aplicación a la base liquidable del tipo impositivo y, en su caso, los incrementos o recargos que procedan. La liquidación provisional puede ser: a) A, cuenta: cuando se practican como previas, a resultas de la liquidación definitiva, b) Caucionales o cautelares, como medio de garantía a favor de la Administración, y c) Parciales o totales, según que sólo afecten a una parte o a la totalidad del hecho o de la base imponible.

pago de "coima"¹⁸⁰ a cambio de hacerse el ignorante ante la violación de los preceptos que están bajo su celo;

- d) Tráfico de Influencias: consistente en utilizar la influencia personal en ámbitos de gobierno o incluso empresariales, a través de conexiones con personas, y con el fin de obtener favores o tratamiento preferencial. Naturalmente se buscan conexiones con amistades o conocidos para tener información, y con personas que ejerzan autoridad o que tengan poder de decisión, y a menudo esto ocurre a cambio de un pago en dinero o en especie, u otorgando algún tipo de privilegio;
- e) La Malversación: Consiste en desviar caudales públicos hacia objetivos distintos a los que consigna el presupuesto en ejecución, y
- f) El Abuso de Poder: Este consiste en utilizar la fuerza pública para resolver problemas particulares, propio de los militares de alto rango y de políticos en el ejercicio de puestos de mando, es igualmente abuso de poder; además la obediencia o el acatamiento de las sentencias u órdenes judiciales por parte del poder ejecutivo.

En la legislación salvadoreña los delitos relativos a la corrupción los encontramos en el Capítulo II del Código Penal:

Artículo 325 Peculado: El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho, será

¹⁸⁰Consiste en que una autoridad o funcionario público acepta o solicita una dádiva a cambio de realizar u omitir un acto inherente a su cargo. Coloquialmente conocido como "soborno" o "mordida").

sancionado con prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

Artículo 326 Peculado por Culpa: El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con diez a cien días multa.

Este delito no puede ser cometido por encargado de servicio público, quedando restringido a funcionario y empleado público.

Artículo 327 Concusión: El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

Artículo 328 Negociaciones Ilícitas: El funcionario o empleado público 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.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere 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. 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 interviniere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.

Artículo 329 Exacción: El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que prevaliéndose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que supiere no es legal o aun siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

Artículo 330 Cohecho Propio: El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones.

Artículo 331 Cohecho Impropio: El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo.

Artículo 332 Malversación: El funcionario o empleado público, que diere a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquélla a la que estuvieren legalmente destinados.

Artículo 333 Enriquecimiento Ilícito: El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado.

En El Salvador pueden mencionarse casos concretos en los cuales los funcionarios y servidores públicos se han visto involucrados en casos de

corrupción y que han sido sancionados por la comisión de dichos delitos, así por ejemplo tenemos el caso en el que El Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador condenó al ex ministro de Salud del período corresponde de 2004 al 2009, a tres años de prisión por el delito de corrupción de actos arbitrarios, en la construcción del hospital de Zacatecoluca, que era parte del proyecto de Reconstrucción de Hospitales, Equipamiento y Extensión de Servicios de Salud (RHESSA). Sin embargo, el juzgado colegiado, cambió la pena de cárcel por 144 jornadas de trabajo de utilidad pública.

Según el fallo del Tribunal, el ex funcionario se excedió en sus funciones al conciliar con la constructora CPK¹⁸¹ el aumento de los precios de los materiales con los que se edificaría el centro médico, cuando tendría que haber acudido a un laudo arbitral para evitar un pago mayor por los insumos. Los jueces afirmaron que período corresponde de 2004 al 2009 sí tuvo conocimiento sobre el proceso que incrementaba el valor y aún así no actuó a lo establecido en el contrato y ni conforme a la ley, permitiendo que se cancelara más por la obra.

El ex titular del Ministerio de Salud autorizó que ya no se pagará \$1 millón, sino \$1.7 millones por los materiales de la construcción del hospital. El ex ministro fue absuelto de los delitos de negociaciones ilícitas y peculado por culpa, en este último la Cámara Segunda de lo Penal revocó el sobreseimiento definitivo otorgado por el Juzgado Segundo de Instrucción a inicios de año.

La fiscal del caso, Ana Lilian Miranda, afirmó sentirse satisfecha con la resolución del Tribunal, ya que la decisión de los tres jueces fue unánime al

¹⁸¹CPK, Consultores S.A. de C.V., empresa con la cual el Ministerio de Salud (MINSAL) en el período del 2004 al 2009, suscribió un contrato para el diseño, rehabilitación, mobiliario y equipo del hospital Santa Teresa de Zacatecoluca.

culpar al funcionario del período corresponde de 2004 al 2009 por actos arbitrarios. “Se actuó de una manera arbitraria, puesto que esos pagos no procedían conforme al contrato”, destacó Miranda, quien es parte de un equipo de fiscales de la dirección de intereses del Estado de la Fiscalía General de la República. Al el funcionario en cuestión al final de la lectura de la sentencia, reiteró que nunca se aprovechó de su cargo cuando fungió como Ministro de Salud y que se logró probar su inocencia de dos de los tres delitos que se le imputaron.

Otro caso muy importante es el de Carlos Perla, ex presidente de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), fue condenado a 15 años de prisión por actos de corrupción cuando estuvo al frente de la autónoma.

El Tribunal Tercero de Sentencia lo encontró culpable de beneficiarse con fondos públicos y de ser parte de una estructura organizada junto al ex gerente general Mario Orellana y otros funcionarios dentro de la institución gubernamental que presidió de 1994 a 2002. El Tribunal lo condenó a ocho años de cárcel por el delito de peculado (beneficiarse con fondos públicos), a cuatro años por negociaciones ilícitas y a tres más por asociaciones ilícitas.

También tenemos el de vinculación de jueces, fiscales y policías con el narcotráfico en el que los fiscales y los jueces capturados eran los encargados de negociar la reducción de penas o la libertad de los involucrados en ilícitos. Entre los detenidos están 12 agentes policiales, uno de ellos es José Mayén Rodríguez Torres, Jefe de la División Antinarcóticos de San Miguel.

De acuerdo con la Fiscalía, Torres era el encargado de filtrar información a los narcotraficantes y les advertía de los operativos que se iban a realizar.

También se capturó al Juez titular y al suplente del Tribunal Especializado de Sentencia de San Miguel, Enrique Alberto Beltrán y José Rodolfo Castillo. Asimismo, se detuvo al Juez Especializado de Instrucción, Jorge González Guzmán. En esta misma redada también se capturó a los fiscales Patricia María Hernández Hernández y a Salvador Ruiz Pérez. Todos los detenidos están acusados de favorecer a narcotraficantes que transportan cocaína hacia Estados Unidos a través de encomiendas enviadas desde El Salvador y recibidas por la misma estructura en Houston, Texas.

Como se puede observar la corrupción es un mal que afecta a toda organización. La ramificación de la ética, su difusión y además su correcta aplicación no obedece a un conjunto de normas que hagan más estrecho el vínculo con el medio, al cual se debe satisfacer en su necesidad.

La tendencia general a castigar el mal uso de los instrumentos públicos recae no solo en el castigo, sino también en la enseñanza, la búsqueda constante de un cambio de mentalidad, que madure e impida por medio de normas restrictivas, el mal uso de los medios; este cambio cultural se debe aplicar al conjunto de la ciudadanía, no sólo a los que están involucrados en la administración pública.

Las causas de la corrupción son tan diversas como la humanidad misma, pero cada país tiene una realidad diferente, por lo que se mencionan algunas de las causas que son las que más afectan y pueden aplicarse a la realidad:

1. Es un problema de carácter cultural, ya que desde nuestra independencia hasta la actualidad, en El Salvador han prevalecido los intereses particulares de cierta minoría, utilizados por el Estado como un instrumento para aumentar sus riquezas y para reprimir duramente a los que se atrevían a cuestionar sus decisiones;

2. Es un problema de carácter económico, por cuanto los bajos salarios que normalmente se paga a los funcionarios y empleados públicos de baja jerarquía, constituyen un incentivo importante a las prácticas corruptas;
3. Es también un problema de carácter administrativo, ya que la existencia de estructuras y procesos administrativo arcaicos y anacrónicos dificultan la relación entre el Estado y el contribuyente o el ciudadano, promoviendo con ello la existencia de mecanismos alternativos, informales e ilegales, a través de los cuales se supera esa dificultad;
4. Es un problema de carácter legal, por cuanto la ausencia de leyes o la aplicación ineficaz de las existentes, permiten que ciertos comportamientos no puedan ser perseguidos y sancionados o no puedan serlo adecuadamente, permitiendo la impunidad, obstrucción, arbitrariedad y sobre todo la corrupción. En ese sentido, si bien es cierto que la aplicación de las leyes depende de gran medida de la voluntad política para hacerlo, no es menos cierto que a veces sucede que hay voluntad política pero no existe un marco legal adecuado para aplicar las leyes correspondientes, y
5. Es un problema de gestión, por cuanto la ausencia de controles obsoletos promueven la existencia de sistemas caracterizados por el derroche y el desvío de poder.

4.6.3. Regulación de la ética en El Salvador

La nueva Ley de Ética Gubernamental surge con la necesidad de “establecer un adecuado régimen de ética gubernamental, fundamental para el

desarrollo de la institucionalidad democrática del país, la correcta administración del patrimonio público, el combate a la corrupción y la eficiencia de la administración pública”.¹⁸²

Fue emitida por Decreto Legislativo N° 873 de fecha 13 de octubre de 2011, publicado en el Diario Oficial N° 229, Tomo N° 393, vigente a partir del 1 de enero de 2012; derogando en su artículo 65 la Ley de Ética Gubernamental, emitida por Decreto Legislativo N° 1038 de fecha 27 de abril del año 2006, publicada en el Diario Oficial N° 90, Tomo N° 371 de fecha 18 de mayo del año 2006 y sus reformas posteriores.

Según lo contempla de forma precisa el art. 1 de la Ley de Ética Gubernamental, en atención a su naturaleza y alcance, ésta tiene por objeto no sólo la salvaguarda del patrimonio del Estado, sino también normar y promover el desempeño ético en la función pública, prevenir, detectar y sancionar la corrupción de los servidores públicos, que utilicen cargos o empleos para enriquecerse ilícitamente o cometer actos de corrupción, según la competencia objetiva otorgada al Tribunal de Ética Gubernamental por la Ley de Ética Gubernamental, la cual es conocer de asuntos que impliquen el comportamiento ético de los servidores públicos; es decir, ejerce un mecanismo de supervisión y control que vela porque la conducta de los servidores públicos esté orientada al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas correspondientes¹⁸³.

La Ley de Ética Gubernamental está compuesta por 10 Capítulos y un total de 66 artículos. Una descripción de su articulado es el siguiente: En el

¹⁸²Considerando III de la nueva Ley de Ética Gubernamental emitida por D.L. N° 873, de fecha 25 de noviembre de 2011; Publicado en el D. O. N° 229, Tomo N° 393 y vigente a partir del 1 de enero de 2012.

¹⁸³Resolución de fecha 23/10/07, Exp. 25-TEG-2007, resolución de fecha 20/11/07, Exp. 54-TEG-2007.

Capítulo I, se establecen las Disposiciones Generales como: el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y las definiciones. En cuanto al ámbito de aplicación, la Ley de Ética Gubernamental vigente desde el 1 de enero de 2012, está acorde a las tendencias de las políticas actuales del combate a la corrupción, extendiendo el ámbito de aplicación de la ley a aquellos sujetos, que no siendo servidores públicos administren bienes o manejen fondos públicos; y a los ex servidores públicos por las transgresiones a la misma, que hubieren cometido en el desempeño de su función pública o por las violaciones a las prohibiciones éticas a que se refiere el artículo 7 de la ley en comento.

El Capítulo II, regula las normas éticas, entre ellas: los principios, deberes y prohibiciones éticas.

En cuanto a los deberes y/o prohibiciones éticas, algunos se derogaron por su ambigüedad, duplicidad o por ser demasiados genéricos; a otros se le adicionaron elementos integrantes del tipo sancionador y se incorporaron nuevas regulaciones; sin embargo “fueron excluidos, el deber de veracidad y la prohibición de prevalerse de su cargo para obtener o procurar beneficios privados, pese que eran de las conductas anti-éticas más denunciadas y sancionadas por el Tribunal.

En el caso del deber de veracidad se excluye con la justificante que manifestándose la veracidad en el apego a la información oficial o fidedigna su incumplimiento está regulada la normativa penal¹⁸⁴ en el ámbito de la falsedad, y en el caso de la prohibición de prevalerse de su cargo para obtener o procurar beneficio privado, los legisladores expresan que no se excluye solo se modifica su redacción teniendo un alcance más amplio.

¹⁸⁴Código Penal, Título XVI, Delitos Relativos a la Administración Pública, Capítulo II, de la Corrupción, artículos del 325 al 334.

Igualmente, no fueron aprobadas las prohibiciones éticas relativas a la utilización de distintivos representativos de los partidos políticos por parte de los servidores públicos mientras se encuentre en el desempeño de las funciones públicas o en los bienes institucionales; la promoción de actividades político-partidarista durante la jornada de trabajo, y la exigencia a los servidores públicos de contribuciones económicas o el empleo de su tiempo laboral para realizar actividades partidarias”.

En el Capítulo III, se establecen los beneficios considerados indebidos y quedando exceptuados de las prohibiciones establecidas en las letras a) y b) del artículo 6 de esta Ley:

- a) Los reconocimientos otorgados por gobiernos extranjeros en las condiciones reguladas por la ley;
- b) Reconocimientos, premios o distinciones en razón de trabajos culturales, académicos, científicos o actos de heroísmo, eficiencia o solidaridad humana otorgados por entidades gubernamentales y no gubernamentales, nacionales o internacionales;
- c) Los gastos de viajes y estadías por parte de otros gobiernos, instituciones académicas, entidades internacionales o sin fines de lucro, para dictar o asistir a conferencias, cursos o eventos de naturaleza académico-cultural, así como para participar en giras de observación;
- d) Los obsequios de cortesía diplomática o consular, y
- e) Los obsequios promocionales, y descuentos comerciales de carácter general recibidos por cualquier persona sujeta a esta Ley a título personal o a nivel institucional, siempre que los mismos no estén

condicionados o tiendan a influir en las tareas propias del cargo o empleo.

El Capítulo IV, regula lo concerniente al Tribunal de Ética Gubernamental, su autonomía y naturaleza, la composición de su pleno, las excusas y recusaciones, los requisitos para ser miembro del tribunal, las incapacidades, las incompatibilidades, las causas de remoción y su procedimiento, la integración, las funciones y el patrimonio del tribunal; también, regula lo concerniente a las Comisiones de Ética Gubernamental, su integración y sus funciones.

En el Capítulo V, se establecen los derechos de los servidores públicos como lo son:

- a) Realizar consultas al Tribunal y a su respectiva comisión de ética, sobre la aplicación de esta Ley y referente a situaciones relacionadas con la Ética Gubernamental, y
- b) Reconocimiento público y estímulo en razón de actos de fiel cumplimiento de los principios éticos, de heroísmo, sacrificio y solidaridad humana.

El procedimiento para la investigación, sus formas de inicio, los requisitos de la denuncia y el propio procedimiento los encontramos regulados en el Capítulo VI. Con relación al Procedimiento Administrativo Sancionador, la nueva ley le otorgó al Tribunal de Ética Gubernamental la facultad de poder iniciar de oficio el procedimiento, cuando una Comisión de Ética Gubernamental le refiera información obtenida de una investigación interna o cuando estime que existen suficientes indicios de la posible violación a la ley por información divulgada públicamente u obtenida mediante aviso o en la tramitación de un procedimiento.

El Régimen de Sanciones, antes regulado como “Sanciones Éticas” está regulado en el Capítulo VII, en el cual se establecen su imposición y ejecución, así también la proporcionalidad y base de la sanción, los criterios para determinar la cuantía de la multa, el plazo de pago de la multa, las nulidades y sus causas, el plazo de prescripción del procedimiento y el registro de personas sancionadas.

En lo relativo al Régimen de Sanciones se fijó la multa como única sanción, la que deberá imponer el Tribunal de manera proporcional a la infracción cometida y ejecutarla para evitar la impunidad. Pero se disminuyó notablemente la cuantía de la multa, la que no podrá ser superior a cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio.

El Capítulo VIII, regula el Régimen aplicable a los particulares frente a la función pública, regulando: los derechos y deberes de los particulares. La participación ciudadana en el control de ética pública, se regula en el Capítulo IX de la siguiente manera: el derecho y deber de denuncia, las facilidades para presentar denuncias, la promoción de la ética en el servicio público y la promoción en el sistema educativo.

El Capítulo X, es el último de esta Ley y regula las disposiciones finales, transitorias y la vigencia.

Dadas las modificaciones y creación de nuevos artículos en la Ley de Ética Gubernamental, se pretende suplir los vacíos que presentaba la Ley anterior, como por ejemplo el hecho de que aún cuando una de las manifestaciones del principio de economía es la acumulación de procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, dentro del ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño no existe una normativa general que regule la acumulación, y dicha figura tampoco se encontraba contemplada en la Ley

de Ética Gubernamental del 2006 ni en su respectivo Reglamento de ejecución.

Ante tales vacíos normativos, se debía recurrir a la legislación nacional vigente, pero tal vacío ha sido subsanado en la nueva ley de Ética en el artículo 38 ya que en dicha disposición se regula la Acumulación de Procesos Sancionadores. Sin embargo, es importante considerar que ante la producción normativa, surgen con frecuencia en todos los ordenamientos jurídicos los problemas de aplicación de leyes, pues no es posible hablar de un ordenamiento jurídico pleno.

Por ende, se suscitan las anomias, que se conciben como la ausencia de normas para resolver ciertas situaciones jurídicas; y además, las antinomias, que constituyen las fricciones de normas entre sí.¹⁸⁵ Ante tal circunstancia es al aplicador del Derecho a quien le corresponde resolver tales incoherencias del sistema, aplicando los criterios reconocidos en la doctrina, entre ellos los de jerarquía, cronología, especialidad, equidad, la aplicación de los principios generales del Derecho y la analogía.

Por lo anterior, en un Estado Democrático de Derecho es insostenible no aplicar determinadas normas por existir anomias o antinomias en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo el hecho de que el legislador no haya establecido en forma tajante qué actos deben considerarse de corrupción. En virtud de ello, se debe recurrir a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuyo artículo VI enumera como actos de corrupción los siguientes:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de

¹⁸⁵Resolución de fecha 30/07/2010, Ref: 32-TEG-2008.

cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y
- e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

El inciso uno del artículo 144 de la Constitución, los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen Leyes de la República al entrar en vigencia conforme a las disposiciones del mismo Tratado y de esta Constitución.

En suma, ante la ausencia de regulación expresa de los actos de corrupción en la LEG, es válido adoptar lo prescrito sobre el tópico por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, dado que la misma es parte integrante

del ordenamiento jurídico salvadoreño y tiene incluso el mismo rango que la ley formal.

También identificó que la Ley de Ética Gubernamental vigente desde el año 2006 requería de “una reforma integral, a fin de fortalecer el Tribunal de Ética Gubernamental y su eficacia en la prevención y sanción de las acciones contrarias a la ética pública”.¹⁸⁶

¹⁸⁶Considerando IV de la nueva Ley de Ética Gubernamental emitida por D.L. N° 873, de fecha 25 de noviembre de 2011; Publicado en el D.O. N° 229, Tomo N° 393 y vigente a partir del 1 de enero de 2012.

CAPITULO V

5.1. CONCLUSIONES

El Derecho Administrativo es de vital importancia ya que se encuentra en relación directa con el perfeccionamiento de la administración general; es decir, que mediante instituciones y organismos actúa la administración pública; siendo la característica común a éstas, la competencia para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares y tiene como fundamento angular el interés público, considerado como aspiración máxima de colectividad y preocupación del gobierno, por medio de los órganos e instituciones a través de los que actúa la administración pública.

Toda persona sin importar su profesión, ocupe un cargo en cualquier órgano del Estado, independientemente de su nivel jerárquico, de la especialidad de sus atribuciones o de la naturaleza jurídica del ente gubernamental al que pertenezca, debe estar obligado al conocimiento de su marco teórico-práctico y a comprender gran parte de los temas que integran esta importante rama del Derecho.

En este contexto, cabe hacer algunas reflexiones en torno al Derecho administrativo, las cuales nos permitirán comprender el alcance de la idea en que se centra la presente investigación, además de que sirvan para promover e impulsar el conocimiento de esta disciplina jurídica entre todos los que forman parte de los órganos que pertenecen al Estado y cuya sujeción al nuevo paradigma constitucional obliga a los servidores públicos a una actuación pulcra y respetuosa del orden jurídico. Este planteamiento debe entenderse en un contexto estructural, en el que la importancia del Derecho Administrativo debe considerarse, no únicamente como un simple

conjunto de normas que regulan la administración pública, sino, como la vinculación de la acción del Estado en su vertiente administrativa, con otros actores de la realidad social y estatal, esto es, como una expresión inmediata del ejercicio del poder estatal, que obliga a establecer controles y límites claros a través de normas jurídicas.

En cuanto a la gestión estatal a través de una estructura administrativa que despliega su actividad en diversas materias para el efecto de atender a la población en su pluralidad de demandas, se puede afirmar que el Derecho Administrativo se erige como una asignatura básica, que al lograr su conocimiento amplio por todo servidor público permitirá que éste ejerza sus atribuciones con un cabal cumplimiento del principio de legalidad, el cual debe regir la actuación de la administración pública, pues su actuación debe estar enmarcada dentro de los límites que la misma le otorga y los principios sobre los cuales se rige.

Son estos principios los que informan la organización, la función administrativa y la plena efectividad de los derechos prestacionales de los administrados. Dentro de estos destacan los principios de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas, de los cuales depende en gran medida el buen funcionamiento de los servidores públicos y en general del Estado; por cuanto, solo a través de una adecuada planificación de la gestión y actuación administrativa y de su respectiva evaluación periódica, puede calificarse a un determinado ente público como eficaz y eficiente.

Es decir, que las administraciones públicas son organizaciones serviciales, que deben atender de manera efectiva la satisfacción de las necesidades generales y del interés público, por lo que no deben convertirse en reductos de una inadecuada gestión o de un desempeño irregular que les haga quedar en deuda con las expectativas de la población, en donde la falta de

transparencia y la corrupción den como resultado la consolidación de élites y burocracias políticas y económicas, erosión en la credibilidad y legitimidad de los gobiernos, convirtiéndose de esta forma en las causas del fracaso de la administración pública, donde la falta de profesionalismo en el cuerpo de funcionarios públicos, normativas vagas, complejas o que se prestan a confusión, manejo inadecuado de las finanzas del gobierno, mala distribución de las tareas entre los niveles de gobierno.

La falta de transparencia en los procesos gubernamentales y dificultad para que los funcionarios se hagan responsables de sus acciones, se conviertan en las debilidades que creen incentivos para la corrupción, la ociosidad y la incompetencia.

Convirtiéndose de este modo la corrupción en un problema que afecta gravemente la legitimidad de la democracia, distorsionando el sistema económico y constituyendo un factor de desintegración social, que se produce debido a un desequilibrio presupuestal esencial entre la habilidad y la capacidad de las organizaciones estatales y sociales para influir sobre el comportamiento político, en el que las condiciones culturales permiten delimitar la extensión de las prácticas corruptas, la probabilidad de que se produzcan y el grado de tolerancia social con que pueden contar.

Es decir, que la existencia de una amplia tolerancia social hacia el goce de privilegios privados; permite que prevalezca una moralidad del lucro privado sobre la moralidad cívica; en el que una cultura de la ilegalidad generalizada o reducida a grupos sociales que saben que "la ley no cuenta para ellos" fomenta la corrupción y la tolerancia social hacia ella, donde la persistencia de formas de organización y de sistemas normativos tradicionales, enfrentados a un orden estatal moderno, suele provocar contradicciones que encuentran salida a través de la corrupción; por lo que, es importante que en

la estrategia que se adopte para combatir la corrupción se dé un fortalecimiento de la justicia, que la moralización del Estado vaya acompañada por la moralización de la sociedad en general, porque el enfrentamiento de la corrupción es compromiso de todos.

Debe abandonarse el nivel moralista de la búsqueda de victimarios, de buenos y malos, para situarlo en la elaboración de una estrategia posible, concreta y manejable para todos.

5.2. RECOMENDACIONES

5.2.1. La modernización del Estado: Pues ella encuentra un espacio propicio para desarrollarse en aquellos sistemas ineficaces, ineficientes y poco transparentes. Por eso una política integral en la materia debe incorporar acciones tanto orientadas a modernizar las instituciones como a fortalecer los instrumentos para la sanción efectiva de los actos corruptos.

5.2.2. Sistemas de control: Desarrollar programas dirigidos al mejoramiento y consolidación de los sistemas de control de la sociedad civil sobre la gestión pública, tales como los que pueden desarrollar las organizaciones cívicas y comunitarias, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y los sectores académicos y de opinión.

5.2.3. Fomento de una cultura de transparencia y ética: Donde la fiscalización de la gestión pública y el uso de los recursos públicos, por parte de ciudadanos, sea más amplia y participativa, y los mecanismos de contraloría interna sean más adecuados. Que exista control de inventarios para evitar el deterioro o robo de los bienes del Estado.

5.2.4. Programas para incentivar la participación ciudadana: Ejerciendo un control sobre las actuaciones del Estado y forme una parte activa en su

fiscalización, contribuyendo de esta forma a una mejor gobernabilidad y democracia, previniendo de esta forma la corrupción mediante el fortalecimiento de los valores éticos.

5.3. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

AYALA, José María, *“Manual de Justicia Administrativa”*, 1ª Edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, Año 2003.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, *“Manual de Derecho Administrativo”*, 2º Edición, Editorial Trillas, México, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas y OTROS, *“Manual de Derecho Internacional Público”*, 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos, *“Derecho Administrativo”*, 7º ed., editorial Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

DÍAZ, Manuel María, *“Derecho Administrativo”*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, Argentina, 1980.

ENTRENA CUESTA, R. *“Curso de Derecho Administrativo”*, v. I/2. Organización Administrativa, ed. 12ª, Tecnos, Madrid, 1998.

FRAGA, Gabino, *“Derecho Administrativo”*, 13ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1969.

GAMERO CASADO, Eduardo, *“Derecho Administrativo”*, 1º ed., editorial Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *“Curso de Derecho Administrativo I”*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“Revolución Francesa y Administración Contemporánea”*, 4ª Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Sexta Edición, Editorial E.L.S.A. Pizarro, Madrid, 1957.

GARRIDO FALLA, F., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, t. I, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.

HARIOU, Maurice, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Vol. 1, Ariel, Barcelona, 1996.

MARIENHOFF, Miguel Santiago, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo I, editorial Abelado Perrot, Buenos Aires, 1966.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *“Derecho Administrativo”*, 2ª edición, editorial Prorrúa, México, 1998.

MARTINS Daniel Hugo, *“Los Tratados Internacionales como Fuente del Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

MEJÍA, Henry Alexander, *“Manual de Derecho Administrativo”*, 1ª edición, editorial Cuscatleca, San Salvador, 2014.

MORENO RODRÍGUEZ, Rodrigo, *“La Administración Pública Federal en México”*, 1º ed., editorial Universidad Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, México, 1980.

NINO, Carlos Santiago, *“Un país al margen de la ley”*, 1º ed., Emecé Editores, Argentina, 1992.

RODRÍGUEZ, Libardo, *“Derecho Administrativo General y Colombiano”*, editorial Temis, 15 ed., Colombia, 2007.

ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel, *“El Espíritu del Derecho Administrativo”*, Editorial Temis, 2º Edición, Bogotá 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *“Derecho Administrativo”*, Parte General, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

SANTI ROMANO, Lorenzo, *“Principios de Derecho Administrativo”*, 1º ed., editorial Reus, Milán, 1918.

SERRA ROJAS, Andrés, *“Derecho Administrativo”*, 6ª ed. Porrúa, México, 1974.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN DE 1983. D.L. N° 38. Publicado en el D.O. N° 234, tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

CODIGO MUNICIPAL. D.L. N° 274. Publicado en el D.O. N° 23, tomo 290, del 05 de febrero de 1986.

LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA. D.L. N° 134. Publicado en el D.O. N° 242, tomo 313, del 21 de diciembre de 1991.

LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. D.L. N° 81 Publicado en el D.O. N° 236, tomo 261, del 19 de DICIEMBRE de 1978.

LEY DE EXPROPIACIÓN Y DE OCUPACIÓN DE BIENES POR EL ESTADO. D.L. N° 33, publicado en el D.O. N° 174, tomo 127, del 17 de agosto de 1939.

LEY DE INVERSIONES. D.L. N° 732, publicado en el D.O. N° 210, tomo 345, del 11 de noviembre de 1999.

LEY DE SERVICIO CIVIL. D.L. N° 507, publicado en el D.O. N° 239, tomo 193, del 27 de diciembre de 1961.

LEY DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL. D.L. N° 1039,

publicado en el D.O. N° 103, tomo 371, del 06 de junio de 2006.

CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. D.L. N° 712, publicado en el D.O. N° 224, Tomo 381, del 27 de diciembre de 2008.

CODIGO CIVIL. D.L. N° 512, publicado D.O. N° 236, Tomo N° 365, del 17 de diciembre de 2004.

JURISPRUDENCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia emitida en el proceso de amparo bajo referencia HC 9-V-94, el 17-XI-1994.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia emitida en el proceso de amparo bajo referencia 117-97, el 17-XII-97.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, bajo referencia 211- R-2003, emitida el 7 de febrero de 2006.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, dictada en el proceso de amparo Ref. 395-2000 de fecha 11/IX/2001.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencias emitidas en los procesos de amparo ref. 110-98 del 8/VI/1998 y Ref. 115-98 del 8/VI/1999.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia emitida en el proceso bajo referencia 91-G-99, el 23/X/200.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Inconstitucionalidad Ref. 63-2007/ 69-2007.

ENCICLOPEDIAS

MANUEL OSORIO Y FLORIT, “**Enciclopedia Jurídica Omeba**”, Tomo I, editorial Driskill S.A., Buenos Aires. 1979.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, GUILLERMO. “**Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**” Edit. Heliasta, 21 Edición, Buenos Aires, 1989.