

UNA APROXIMACIÓN A LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

**Desde la óptica del ordenamiento
jurídico salvadoreño**

Ricardo Mena Guerra

Prohibida su reproducción total o parcial
sin autorización del autor.

Derechos reservados y debidamente protegidos
en el Registro de la Propiedad Intelectual,
departamento de Derechos de Autor, al N° 630-2007.

La protección de esta obra es también
a nivel internacional en virtud de los convenios ratificados
por El Salvador en materia de Derecho de Autor.

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
ABREVIATURAS UTILIZADAS	7
AGRADECIMIENTO	9
1 LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .	10
1.1. CONCEPCIÓN Y MECANISMO DE ESTUDIO	10
1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES	14
1.3. COHERENCIA DE LAS NORMAS Y CONFLICTOS ENTRE FUENTES DEL DERECHO. CRITERIOS	16
1.4 CONCLUSIÓN	21
2 LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	22
2.1. DEFINICIÓN Y ROL	22
2.2. NORMAS CONSTITUCIONALES CON RELEVANCIA ADMINISTRATIVA	24
2.2.1. Relativas al binomio Administración- particulares	24
2.2.2. Concernientes a la estructuración y actividad de la Administración Pública	26
2.3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON APLICABILIDAD ADMINISTRATIVA	27
2.3.1. Principio de igualdad jurídica	27
2.3.2. Principio del debido proceso	28

2.3.3.	Principio de legalidad	29
2.3.4.	Principio de Supremacía Constitucional	30
2.3.5.	Principio de Seguridad Jurídica	31
2.3.6.	Principio de la primacía del interés público	32
2.4.	COLOFÓN	33
3	LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	34
3.1.	CONCEPTO Y TEORÍAS	34
3.1.1.	Concepto	34
3.1.2.	Teorías relativas a la introducción de los tratados al derecho interno	36
3.2.	LOS TRATADOS EN CENTROAMÉRICA	37
3.3.	REGULACIÓN EN EL SALVADOR	38
3.4.	CONCLUSIONES	41
4	LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	41
4.1.	CONCEPCIÓN DE LA LEY	41
4.2.	PRINCIPIOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY.	42
4.2.1.	Principio de preferencia o primacía de la ley.	42
4.2.2.	Principio de autoridad formal de la ley	43
4.2.3.	Principio de reserva de ley	43
4.3.	LAS LEYES ADMINISTRATIVAS	45
4.3.1.	Naturaleza y características de las leyes administrativas.	45
4.3.2.	Clasificaciones.	45

4.4.	LA POSTURA DE LA DESNATURALIZACIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE LA LEY	49
4.6.	LA TESIS DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA LEY	52
4.5.	EL DECRETO-LEY	58
5	LOS REGLAMENTOS COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	59
5.1.	GENERALIDADES DE LOS REGLAMENTOS	59
5.2.	CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS. POSTURAS	62
5.2.1.	Concepto de Reglamento	62
5.2.2.	Naturaleza jurídica. Posturas	63
5.3.	CARACTERÍSTICAS	65
5.4.	CLASIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS	67
5.4.1.	Reglamentos de Ejecución	67
5.4.2.	Los Reglamentos Autónomos	70
5.4.3.	Los Reglamentos delegados, habilitados o de integración	72
5.4.4.	Reglamentos de Necesidad y Urgencia	75
5.5.	ÓRGANOS CON FACULTAD REGLAMENTARIA	79
5.5.1.	La Corte de Cuentas de la República, organismo independiente fiscalizador de la Hacienda Pública, goza de la atribución de dictar los reglamentos nece- sarios para el cumplimiento de sus atribuciones (Art. 195 ordinal 6° Ch);	79
5.5.2.	Los Concejos Municipales dentro de su autonomía pueden decretar sus ordenanzas y reglamentos locales (Art. 204 ordinal 5° Ch y 30 numeral 4 C.M.).	80

5.5.3.	Órganos con facultad reglamentaria otorgada por la ley	81
5.5.4.	Crítica a la facultad reglamentaria	82
5.6.	PROCEDIMIENTOS DE EMISIÓN Y MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN	83
5.6.1.	Procedimientos de emisión	83
5.6.2.	Mecanismos de impugnación	86
	a) La impugnación directa:	86
	b) La impugnación indirecta:	87
5.7.	DIFERENCIAS ENTRE EL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN Y LA LEY ORDINARIA	89
5.8.	SÍNTESIS	90
5.9.	MANIFESTACIONES NORMATIVAS MUNICIPALES	91
5.9.1.	La Autonomía Municipal	91
5.9.2.	Las Normas Municipales	95
	A. Las ordenanzas y los reglamentos	95
	B. Los planes y los bandos	98
5.9.3.	Conclusión	99
6	NORMAS TÉCNICAS E INSTRUCTIVOS O CIRCULARES	99
6.1.	CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS NORMAS TÉCNICAS	99
6.1.2.	Posturas en debate sobre la naturaleza de las normas técnicas	102
6.2.	LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA EMISIÓN DE LAS NORMAS TÉCNICAS ...	105
6.3.	RECAPITULACIÓN	107
6.4.	LOS INSTRUCTIVOS O CIRCULARES	107

7.	FUENTES MEDIATAS, SUBSIDIARIAS O SUPLE- TORIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	109
7.1	DEFINICIÓN	109
7.2	LA COSTUMBRE	110
7.3.	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.	114
7.4.	LA DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES DEL DERECHO	119
7.5.	LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRA- TIVO	121
	 BIBLIOGRAFÍA CITADA	 124

PRÓLOGO

La bibliografía jurídica salvadoreña es escasa; en realidad forma el más corto listado de todos los países de habla hispana en el continente; la literatura de verdadera calidad académica entre ella, además, es una verdadera rareza. Por eso, debemos recibir con especial satisfacción un aporte que constituye una adición a ese pequeño grupo de obras con las que los juristas salvadoreños han contribuido al aumento del conocimiento y que serán una referencia para presentes y futuras generaciones de estudiosos del Derecho en nuestro país.

Ricardo Mena Guerra, quien nos ha concedido el honor de comentar su libro «UNA APROXIMACION A LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO», hace un recorrido interesante, detallado y muy bien estructurado de la clasificación de las fuentes del Derecho Administrativo, así como de los aspectos sobre la concordancia de las normas que tales fuentes originan, los posibles conflictos que pueden surgir entre las mismas y los criterios aplicables para resolverlos.

El autor trata una a una las fuentes del Derecho, manteniendo siempre su marco de análisis en lo pertinente a la materia; realiza en el mismo contexto, un exhaustivo estudio de los esenciales principios constitucionales vinculados a la Administración Pública, que desarrolla en este orden: igualdad jurídica, debido proceso, legalidad, supremacía constitucional y primacía del interés público.

Con gran esmero, el autor aborda temas de gran relevancia y de actualidad, que en su opinión son «poco explorados en nuestro país», como es el caso del orden jurídico municipal.

En el marco de la relación de todo ciudadano con la Administración Pública, al considerarse que la actuación de los funcionarios y autoridades del gobierno, como elemento formal del Estado, no se ajusta a los ordenamientos jurídicos pertinentes: la Constitución, leyes secundarias y toda normativa que conforma el orden jurídico, los interesados pueden recurrir a los mecanismos que les franquea la ley, de manera primordial al recurso de lo contencioso administrativo y al amparo. Esta premisa fundamental es muy bien desarrollada por el autor en su libro.

Para el cumplimiento del orden jurídico salvadoreño y específicamente del Derecho Administrativo, el recurso humano que lo aplique debe de ser debidamente calificado, lo contrario acarrea consecuencias graves para el país.

Cabe recalcar el excepcional mérito del joven jurista al producir una obra que refleja una responsable y profunda labor de investigación de los temas que aborda, rica además en citas de jurisprudencia, legislación comparada, historia jurídica, doctrina de grandes jurisconsultos y posiciones de instituciones reconocidas.

Podemos anticipar a los lectores, que el contenido del libro «UNA APROXIMACIÓN A LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, desde la óptica del ordenamiento jurídico salvadoreño», constituye sin discusión un excelente trabajo didáctico, no solamente para los aplicadores y estudiantes del derecho, sino para la ciudadanía en general.

Licda. GLADYS MARINA CHAVEZ

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV	Autores varios
Ar.	Número de referencia en la base jurisprudencial de Aranzadi (España)
Art.	Artículo
C.C.	Código Civil
C.c. esp.	Código Civil de España
C.M.	Código Municipal
Cn	Constitución de la República
C. Com.	Código de Comercio
CSJ	Corte Suprema de Justicia
D.E.	Decreto Ejecutivo
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
FESPAD	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social
ISSS	Instituto Salvadoreño del Seguro Social
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
LGET	Ley General de Electricidad
LGTM	Ley General Tributaria Municipal
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOAC	Ley Orgánica de Aviación Civil
L.Pr.C.	Ley de Procedimientos Constitucionales
Pn	Código Penal
Pr.C.	Código de Procedimientos Civiles
Ref.	Referencia
RIAL	Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa
RIOE	Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo

S/N	Sin Número
SIGET	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones
S P	Superintendencia de Pensiones
SSF	Superintendencia del Sistema Financiero
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
SUPERVAL	Superintendencia de Valores

A la memoria de mi mentor y amigo
Dr. FELIPE FRANCISCO UMAÑA h.

Todo mérito sea para Dios.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.1. Concepción y Mecanismo de Estudio

La expresión «fuente del derecho»¹ tiene un carácter que resulta ser impreciso y multívoco², empero, por ser una locución³ aceptada en nuestra sociedad jurídica, hemos decidido adoptar su empleo, no sin antes precisar que, para efectos de este trabajo, nos referiremos por tal a las maneras más significativas de manifestación del derecho administrativo salvadoreño, pero soslayando las discriminaciones formalistas tradicionales, que niegan la creación del Derecho fuera de los límites de la aplicación mecánica de la ley⁴. Y es que, independientemente de la tipificación o de las clasificaciones de las fuentes, hemos de considerar que nuestra visión sobre el tema, escapa tanto a un criterio fomal, que

¹ La expresión «fuentes del Derecho», hoy tan frecuente, no tiene correspondencia en el lenguaje de los juristas del Derecho Romano, si bien late en el pensamiento de algunos de ellos. La palabra fuente aparece en el historiador Livio, al decir que las XII Tablas son «fons omnis publici privatique iuris» (fons, de fundo, gr. Knyden). Vid. IGLESIAS, Juan, «Las Fuentes del Derecho Romano», Madrid, Civitas, 1989, p.23.

² Vid. CUETO RÚA, J. «Fuentes del Derecho», Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 13, señala éste autor que dicho vocablo posee diversas acepciones tales como el origen del derecho, manifestación del derecho, autoridad de la que emana el Derecho y fundamento de validez de las normas. En similar sentido GALINDO CAMACHO, M., «Derecho Administrativo», t. I, México, Porrúa, 1995. p. 22; LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Filosofía del Derecho», 5ª ed, Barcelona, 1979, p. 509. Su expresión equivoca comprende sentidos distintos; MARTÍNEZ ROLDAN L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ J., «Curso de Teoría del Derecho», Barcelona, Ariel, 1997, p.156;

³ Su concepción moderna técnico-jurídica de la locución fuentes procede de Savigny (Rechtsquellen) Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, «Compendio de Derecho Civil», t. I, 5ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 2004, p.107.

⁴ Vid. MONTESQUIEU, «El Espíritu de las Leyes», v. 5, México, Oxford University Press, 1999, p. 52. Respecto a cuáles son los gobiernos en que debe juzgarse por un texto preciso de la ley y en qué casos, sostiene que «cuanto más se acerca la forma de gobierno a la república, más fija debe ser la manera de juzgar; y era un vicio de la república de Lacedemonia que los magistrados juzgaran arbitrariamente, sin que hubiera leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros cónsules juzgaban de igual manera, hasta que notaron los inconvenientes y se hicieron las

tiende a considerar como fuente del derecho a todos los actos y hechos autorizados para crear normas (aunque no tuvieran contenido normativo), como también al criterio material que se inclina por considerar fuentes del derecho a todos los actos y hechos que, de facto, producen normas, aunque no estén autorizados para tal efecto. Así pues, nos inclinamos por una noción mixta, en virtud de la cual es válida la aplicación de ambas concepciones, según el caso; y prueba de ello es que existen leyes que carecen de generalidad y normatividad, identificadas como singulares; situación en la que se aplica un juicio formal de la ley⁵.

Pero no es sino a través de un análisis material que puede colegirse que la jurisprudencia, los principios y la doctrina son fuentes del derecho, a pesar de que ninguna norma, de forma explícita autoriza a los jueces y a los juristas a producir derecho⁶. No obstante, como lo veremos adelante tal aspecto hay que matizarlo en El Salvador, donde nuestra normativa cuenta con una disposición en el Pr.C.⁷, que positiviza la utilización de fuentes no tradicionales.

leyes necesarias. En los Estados despóticos no hay leyes: El juez es guía de sí mismo. En los Estados monárquicos hay una ley; si es teminante, el juez la sigue; si no lo es, busca su espíritu. En los Estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano. En Roma, los jueces declaraban solamente si el acusado era culpable o no; la pena correspondiente a su culpa estaba determinada en la ley. En Inglaterra, los jurados deciden si el hecho sometido a ellos está probado o no; si está probado, el juez pronuncia la pena correspondiente al delito, según la ley; para esto, con tener ojos le basta».

⁵ Vid. BODENHEIMER, Edgar y otros, «LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo», v. IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 17. Como ejemplo de las leyes que ilustran la situación de carecer de generalidad y normatividad, el autor apunta, que durante 1932 en Alemania existía un sistema industrial y bancario altamente concentrado. En este contexto el segundo banco en importancia se vio en quiebra, pero su consejo directivo pudo convencer al gobierno para que se promulgara una ley especial, la cual sacaba al banco de sus dificultades económicas. Un número considerable de bancos menos importantes, los cuales se encontraban en un predicamento financiero similar, no recibieron ayuda gubernamental de ningún tipo. Esta medida legislativa individual fue considerada justificada en razón de que el banco beneficiado tenía un gran número de clientes cuyos depósitos hubieran sido desvanecidos (wiped out) por un colapso económico. Otro caso citado por el ilustre autor se dio en los Estados Unidos, con la Lockheed Corporation, importante contratista del gobierno de ese país, que se encontraba al borde de un desastre financiero. Sin embargo, la existencia de tal compañía fue considerada esencial para la defensa de los Estados Unidos, por tanto el gobierno federal la libró de sus problemas otorgándole un cuantioso préstamo. Situación similar se dio en 1975, cuando el presidente Ford persuadió al congreso de los Estados Unidos a aprobar una ley especial destinando doscientos cincuenta millones de dólares a la quiebra del ferrocarril Penn Central con objeto de permitirle mantener sus servicios, sobre los cuales, un gran número de abonados dependía en los Estados de la costa del este. Sería tendencioso, sin embargo, afirmar que el desarrollo económico es la causa principal de la erosión de la exigencia de generalidad en algunos órdenes jurídicos contemporáneos.

⁶ Vid. GUASTINI, Riccardo, «Concepciones de las Fuentes del Derecho», Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Núm. 11, octubre, 1999, p. 167.

⁷ Vid. Art. 421 Pr.C., D.E. S/N de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en el D.O. No. 1, Tomo 12, de fecha 1 de enero de 1882.

Con esta salvedad, podemos indicar que, las fuentes del derecho pueden ser entendidas como «toda razón que, de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificatoria en la interpretación del derecho⁸».

Bajo este orden, cada ordenamiento jurídico tiene sus particularidades teóricas y prácticas, pero la mayoría de éstos se adscriben a dos familias de fuentes reconocidas de manera sobresaliente⁹. La primera, hace descansar su sistema en la preferencia de la ley escrita emanada de una Asamblea Legislativa o Parlamento¹⁰; en cambio, un segundo modelo se edifica con los precedentes judiciales de los tribunales, los cuales tienen un valor privilegiado frente a otras fuentes.

El Salvador, como los países de América Latina y de Europa Continental, tiene como característica la prevalencia de la ley (norma jurídica escrita). Este tipo de ordenamientos han tenido una enorme influencia en el régimen legal que deviene de los postulados de la revolución francesa. Por el contrario, en los sistemas inglés y estadounidense, la fuente más típica son los precedentes doctrinarios establecidos por las sentencias de los tribunales, que son la columna angular del derecho angloamericano o common law¹¹.

La materia de las fuentes, pertenece a la teoría general del derecho¹², y su análisis puede realizarse, por lo menos, desde dos ópticas: En primer lugar, teniendo en cuenta el aspecto jerárquico de las normas,

⁸ Vid. SODERO, Eduardo, «Sobre el Cambio de los Precedentes», Isonomía, Núm. 21, octubre 2004, p. 218. comentando a Aulis Aarnio.

⁹ El vocablo sistema se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de familia para denunciar al conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación. Un clasificación de las familias es: Neorromana, common law, socialista, mixtos, religiosos. Vid. GUTIÉRREZ SIRVENT, C. y VILLANUEVA COLÍN, M., «Sistemas Jurídicos Contemporáneos», México, Oxford University Press Harla, 1998, p.p.5 y ss.

¹⁰ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Fuentes del Derecho», Madrid, Tecnos, 1991, p. 23. Comenta el autor: «Sin embargo, no en todo el continente europeo se impuso la ecuación parlamento igual ley, en Alemania por ejemplo, también se produjo una identificación entre la ley y el Derecho, pero que no se basaba necesariamente en la soberanía del Parlamento. Tal identidad tuvo que fundarse por ello en un concepto material, en virtud del cual la ley (fuera o no norma parlamentaria) contenía Derecho sólo cuando afectaba a la relación general entre el Estado y la sociedad, y especialmente a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos. Y es que mientras en Francia la doctrina de las fuentes se fraguó en un momento de predominio absoluto de la burguesía, en Alemania el equilibrio de fuerzas entre diversos sectores sociales, dio origen a una teoría parcialmente diferente».

¹¹ Sobre el concepto, denominación y particularidades del «common law» Vid. TORRÉ, Abelardo, «Introducción al Derecho», 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, pp. 338 y ss; AFTALIÛN, Enrique, «Introducción al Derecho», en AA.W., 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp.653 a 655.

¹² Vid. ALESSI, Renato, «Instituciones de Derecho Administrativo» t. I, trad. por PELLISÉ PRATS, B., Barcelona, Bosch, 1970, p. 26.

en el que, tradicionalmente, se otorga el primer escaño a la Constitución, y los siguientes peldaños, en su orden respectivo, a los tratados internacionales, a la ley y a los reglamentos. El otro punto de vista, es el de estudiar predominantemente una fuente, en especial aquella que tenga un interés determinado para la rama que se examina. Para el caso del derecho administrativo, los reglamentos tienen una cualidad especial, dado que constituyen una fuente dictada por y para la Administración Pública, siendo sus alcances, hoy por hoy, de lo más polémico y enigmático. Por esta razón, aunque nuestro trabajo en su desarrollo sigue la línea tradicional de la jerarquía, ahonda con mayor detalle en el reglamento, incursionando sintéticamente en las demás fuentes, sobre todo en aquellos aspectos que inciden en el derecho administrativo, o sea, las diferentes maneras como se crean las reglas jurídicas que regulan el funcionamiento de la Administración Pública y el ejercicio de la función administrativa¹³.

Asimismo, hemos tomado el reto de desarrollar de forma más reflexiva, de lo que normalmente lo hacen los manuales tradicionales en castellano, los principios aplicables al derecho administrativo, pues ello tiene un valor histórico y actual en el progreso de esta rama en formación, ya que, el derecho administrativo fue edificado con los dogmas del legalismo de la revolución francesa, pero desarrollado y construido, con la lúcida doctrina de los principios por el Consejo de Estado Francés¹⁴, entidad muy particular, pionera en su campo, que a pesar de no estar integrada formalmente al Órgano Judicial, despliega una labor jurisdiccional, dirimiendo los conflictos entre la Administración y los particulares.

¹³ Vid. SERRA ROJAS, A., «Derecho Administrativo», México, Porrúa, 1959, p. 168; GARCÍA OVIEDO, C., «Derecho Administrativo», t. I, 7ª ed., Madrid, Imprenta Provincial Murcia, 1959, p.96. MERKL, Adolfo, «Teoría General del Derecho Administrativo», v. XI, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, p. 132. Alude a las clases de formas jurídicas en que se presenta el derecho administrativo de cualquier comunidad jurídica.

¹⁴ Vid. RECASÉNS SICHES, L., «Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho», 3ª ed., México, Porrúa, S.A. 1980, p. 232.

1.2. Clasificación de las fuentes

Una de las clasificaciones más usuales¹⁵ de las fuentes del derecho según un criterio con tintes sociológicos frente a uno normativo¹⁶, es la que las divide en:

- a) Reales o materiales: Son los modos, elementos o factores que determinan el contenido de las normas jurídicas, con independencia de los órganos con competencia para producirlas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales, etc.), que el legislador tiende a resolver y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla¹⁷.
- b) Formales: Son aquellas que dan origen al ordenamiento, y que emanan de órganos estatales competentes, a través de un cauce formal preestablecido mediante el procedimiento previsto por el derecho positivo¹⁸. La fuente formal por excelencia es la ley.

Una clasificación que se adapta al enfoque de nuestro estudio, es la que divide las fuentes en directas e indirectas, inmediatas y mediatas.¹⁹

¹⁵ Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. «Introducción al Estudio del Derecho», 44ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 51; TORRE, Abelardo, op. cit. p. 274.; FLORES VALERIANO, E., «Derecho Administrativo», Universidad Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 1980. p.151.; SERRA ROJAS, A., op. cit. 168; MARTÍNEZ ROLDAN, L., y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J., op. cit., p. 162; PÉREZ DE LEÓN, E., «Notas de Derecho Constitucional y Administrativo», 6ª ed., México, Porrúa, 1984, p. 14; ROMERO PÉREZ, J., «Derecho Administrativo General», San José, Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 1999, p. 40; LASIRA LASIRA, J., «Fundamentos de Derecho», 2ª ed., México, McGraw-Hill, 1997, pp. 28 a 30.

¹⁶ Vid. MARIENHOFF, Miguel, «Tratado de Derecho Administrativo» t I, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1955, p.214-

¹⁷ Vid. TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 274; DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Una teoría del Derecho (Introducción al Estudio del Derecho)», 6ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 224. Comenta el autor: «...el Derecho de un pueblo es producto de las fuerzas sociales que en cada momento gozan de autoridad para imponer normas de carácter obligatorio. De lo que se desprende, a su vez, que no siempre son las mismas esas fuentes de producción de normas jurídicas».

¹⁸ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», t. I, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, Argentina, Abeledo - Perrot, 2000, p. 125.

¹⁹ Vid. MARIENHOFF, Miguel, op. cit. p. 213.

Las fuentes directas son las basadas en normas jurídicas positivas²⁰, como la Constitución, la ley, los reglamentos, e incluso la jurisprudencia. En cambio las fuentes indirectas son la que no se basan en normas o textos positivos²¹; por ejemplo la doctrina.²²

Las fuentes directas pueden ser de utilización inmediata, como la Constitución, los tratados y la ley; las otras lo son de forma mediata o subsidiaria: la jurisprudencia y los principios generales del derecho.²³

Nosotros sugerimos, además, la clasificación de las fuentes según su extensión:

- (i) Restringidas: son las que se agotan con su contenido normativo, se circunscriben a los supuestos que dictan y son prescritas de forma precedente al acaecimiento del evento que regula, la ley es su mejor ejemplo.
- (ii) Ilimitadas: son dictadas ex post facto a la situación ocurrida que el derecho pretende cubrir, careciendo de delimitación normativa concreta, siendo sus alcances tan vastos como lo requiera el hecho, verbigracia la jurisprudencia.

Hemos de advertir que nuestro trabajo se centra en las fuentes internas, abordando con mayor extensión las fuentes directas-inmediatas, por lo que se tratarán de forma sucinta las fuentes subsidiarias del derecho administrativo, debido a que tienen particularidades muy complejas que ameritarían un estudio monográfico independiente, lo que escapa al objetivo circunscrito de este estudio.

²⁰ Hay que aclarar que esta clasificación es compatible con el tipo de fuentes formales, de tal forma que puede hablarse de esta clasificación como fuentes formales directas y fuentes formales indirectas, como ejemplo, y para ampliar en el tema: Vid. ÁLVAREZ LEDESMA, M., «Introducción al Derecho», México, McGraw Hill, 1995, pp. 131 a 155.

²¹ Vid. MARIENHOFF, Miguel, op. cit. p. 213

²² Esto resulta polémico en El Salvador, donde incluso el uso de la doctrina por parte del juez tiene un reconocimiento en nuestro derecho positivo en el Art. 421 Pr. C., que indica que las sentencias serán fundadas en las leyes vigentes y en su defecto en la doctrina de los expositores del Derecho.

²³ Vid. MARIENHOFF, Miguel, op. cit. p. 214.

1.3. Coherencia de las normas y conflictos entre fuentes del derecho. Criterios.

Por coherencia generalmente se entiende la conexión, relación o unión de cosas, ideas, actitudes, etc., con otras²⁴; por ello, la «coherencia» de un ordenamiento²⁵ podría identificarse, en una primera aproximación, como equivalente a la inexistencia de conflictos normativos o antinomias²⁶. Sin embargo, éstos son inevitables, en cuanto inherentes al propio dinamismo del orden jurídico y a la diversidad de poderes normativos que coexisten en los sistemas complejos. Por eso el problema de la coherencia, debe enfocarse desde la previsión por el ordenamiento de principios que hagan posible la solución de las colisiones normativas y la determinación del derecho aplicable²⁷.

Entendemos por conflicto normativo aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual, la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra²⁸.

Pero debemos insistir que un sistema será coherente, no cuando haya inexistencia de choques o conflictos normativos, sino cuando proporcione instrumentos teóricos y principios que permitan al operador del derecho resolver con equidad esos tropiezos.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resumido los criterios para la solución de conflictos desde el punto de vista de la «coherencia del ordenamiento», de la siguiente manera²⁹:

²⁴ Vid. CABANELLAS, Guillermo, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual», t. II, 28ª ed., Argentina, Heliasta, 2003, p. 195.

²⁵ La coherencia se engloba dentro de una de las tres características atribuidas al ordenamiento jurídico como un todo. Sobre éstas: unidad, coherencia y plenitud: Vid. PÉREZ LUÑO, A., «Teoría del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica», 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 203 a 206.

²⁶ Vid. GASCÓN ABELLÁN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A., «Interpretación y Argumentación Jurídica», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 64. Según estos autores existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible. La antinomia equivale pues a inconsistencia o contradicción.

²⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., op. cit., p. 141.

²⁸ Ídem, p. 142.

²⁹ Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de amparo ref. 20-2002, el 23/VIII/2002.

a) Criterios que realizan la coherencia en el momento de la producción del Derecho³⁰, entre los cuales se encuentran:

- a.1) Criterio de competencia; y
- a.2) Criterio de jerarquía;

b) Criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho³¹, que comprenden:

- b.1) Criterio de especialidad,
- b.2) Criterio cronológico y
- b.3) Criterio de prevalencia.

a.1) El criterio de competencia:

El concepto amplio de competencia se extiende hacia todos aquellos supuestos en que se dan las siguientes condiciones: 1- Diferenciación de actos (lo que incluye tanto a sujetos como a los procedimientos o formas), 2- Separación de materias (por objeto de regulación o por territorio, o por ambos elementos conjuntamente), y 3- Que en cada uno de esos ámbitos una fuente excluya a la otra³².

El criterio de competencia se establece a partir de disposiciones constitucionales, que señalan el ámbito material sobre el que puede ejercerse una competencia normativa y que, en consecuencia, condicionan la validez de los actos generadores de normas, y derivadamente, la de las disposiciones creadas por ellos³³. Existen tres clases de normas de este tipo: las normas que realizan una distribución material de competencia entre distintas fuentes, fijando los límites materiales de cada una de ellas³⁴,

³⁰ Vid. BETEGÓN, JERÓNIMO y otros en AA.VV «Lecciones de Teoría de Derecho», 1ª ed. Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 272. Para el autor, estos criterios son utilizados para resolver, lo que el denomina antinomias aparentes, pues «no existe en estos casos un problema real de coherencia normativa, pues una de las normas es en realidad inválida».

³¹ Ibidem. Afirma el autor, que estos criterios son utilizados para resolver antinomias reales, «porque se producen entre normas válidas, y reflejan por ello auténticos conflictos normativos».

³² Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., op. cit., p. 148.

³³ Este criterio, está íntimamente relacionado con el Principio constitucional de Distribución o de Corrección Funcional, el cual consiste en la «asignación de competencias a los órganos del poder..Si la Constitución imputa una tarea a un órgano, de poder, él debe asumirla.». Vid. SAGÜÉS, Néstor, «Elementos de Derecho Constitucional», t.I 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 36.

como se manifiesta en el caso del RIOE³⁵, en el que circunscribe por mandato constitucional la organización del ejecutivo a un reglamento autónomo; las normas que sustraen una determinada materia a la competencia normativa de una fuente pero sin señalar cual es la fuente competente; y las normas que establecen que ciertas materias sólo pueden ser reguladas por una determinada fuente, de forma que ninguna otra fuente puede disciplinarlas³⁶ (tal es el caso de lo que sucede con la reserva de ley)

De conformidad con este criterio, las normas y disposiciones jurídicas no son inválidas porque sus contenidos contradigan lo establecido por las normas competentes, sino que son inválidas porque proceden de actos normativos inválidos, con independencia de que entren o no en contradicción con otra norma. El principio de competencia determina las materias cuya regulación le compete de forma privativa a un ordenamiento³⁷, como por ejemplo en los ámbitos nacionales y municipales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo³⁸, aplicó el principio en referencia, al presentarse un debate referente a la contradicción entre el artículo 11 de la IGET, el artículo 7 numeral 12 literal de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la Ciudad de San Marcos³⁹, en la que la Distribuidora de Energía Eléctrica DEL SUR, S.A. de C.V. impugnó la tasa impuesta por el municipio por el derecho de uso del suelo y subsuelo sobre los postes de su propiedad que conducen los cables eléctricos, ya que dicha disposición legal planteaba la gratuidad

³⁴ En Francia, la Constitución distribuye la regulación de ciertas temáticas entre la ley y los reglamentos haciendo más latente dicho criterio de interpretación, especialmente en el Art. 34, que establece un listado de materias cuyo desarrollo corresponde a la ley en sentido formal, y el Art. 37 que establece que todas las materias no comprendidas en el artículo antes mencionado tendrán carácter reglamentario.

³⁵ Vid. Art. 167 ord. 1º Ch.

³⁶ Por ejemplo, el Art. 36 inc. 3º Ch., que dispone: «Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia».

³⁷ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. «Manual de Derecho Administrativo» t. I, 10ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p.52

³⁸ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 95-D-2003 del 12/IV/2002.

³⁹ Decreto Municipal Nº 15 del 22 de diciembre de 1998, publicado en el D.O. No. 102, Tomo 343 de fecha 3 de junio de 1999.

por tal situación, resolviendo el tribunal, en aplicación del principio de competencia, que la constitución en su artículo 204 No 1, concede a los Municipios la competencia de crear, modificar y suprimir tasas; mientras que el artículo 205 Ch. despoja a la ley de la competencia para eximir o dispensar el pago de tasas municipales, por lo que concluyó la Corte, que la misma Constitución -norma primaria- realiza en este caso en particular un reparto de competencia en materia de tasas municipales, a favor del municipio y en detrimento de la ley, a efecto de asegurar su autonomía.

a.2) El criterio de jerarquía, implica la manifestación de la identificada dimensión vertical⁴⁰ de las normas, el cual establece la subordinación de unas normas sobre otras en razón de su mayor o menor rango o fuerza de obligar.

Este principio implica una consecuencia positiva que se traduce en que una norma jerárquicamente superior puede modificar o derogar todas las que se encuentren debajo de ella, además la norma superior solo puede ser modificada o derogada por una de igual o superior nivel⁴¹.

b.1) Criterio cronológico, según el cual la norma posterior deroga a la norma anterior⁴². Reflejo de la dimensión temporal, determinada por el diverso momento en el que cada norma adquiere validez y vigencia⁴³. Dicha derogación puede ser expresa cuando la ley lo establece claramente, o tácita cuando sin estar expresamente establecida, resulta de la incompatibilidad entre una ley anterior y otra posterior⁴⁴.

⁴⁰ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J., «Principios de Derecho Administrativo» v. I, 4ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p.174.

⁴¹ Ídem p. 176.

⁴² Vid. BETEGÓN, JERÓNIMO, y otros, op. cit., p. 278. Sobre las implicaciones jurídicas de esta derogación: «El criterio cronológico traduce la derogación por incompatibilidad normativa. La derogación no determina la pérdida de validez de la norma derogada. La norma derogada sigue siendo válida en el ordenamiento, como lo prueba el hecho de que dicha norma podrá ser aplicada en los casos que nacieron antes de la derogación (ultraactividad de la norma derogada)».

⁴³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J., op. cit., p. 174.

⁴⁴ Vid. TORRÉ, Abelardo, op. cit., p. 299.

b.2) Criterio de especialidad, en virtud del cual la ley especial prevalece sobre la ley general. Es así que nuestro C.C., al establecer algunos de los efectos de la ley, apunta que las disposiciones de una norma, relativas a cosas particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición (Artículo 12). Ejemplo de este criterio es el artículo 173 de la LACAP, que sostiene: «Las disposiciones de esta ley, por su especialidad prevalecerán sobre cualquiera otra que con carácter general o especial regule la misma materia. Para su derogatoria o modificación se le deberá mencionar expresamente». De ahí que la LACAP tiene una especialidad en lo relativo a las adquisiciones y contrataciones de la Administración, siendo el derecho administrativo en esta perspectiva *ius publicista*, el que tendrá la calidad de derecho común.⁴⁵

b.3) Criterio de prevalencia, a partir del cual se designa, mediante una disposición, a la norma que prevalecerá en caso de conflicto. Así, en los supuestos de competencias concurrentes, la prevalencia actúa igual que la jerarquía, con la sola excepción de los efectos inherentes a su aplicación. Esto es, que existe la misma relación internormativa, sólo que no genera la derogación o la anulación de la norma inferior, sino tan sólo su desplazamiento⁴⁶.

Además de los criterios antes mencionados, la doctrina reconoce al criterio de procedimiento, el cual puede englobarse dentro de la relación de competencia en sentido amplio o genérico, aunque también se puede entender que la relación competencial se refiere tan sólo a la habilitación a diversos órganos, pero no así a la que se produce dentro del mismo órgano a partir de diferencias procedimentales en la elaboración de las normas⁴⁷. Esto puede verse en el caso de las leyes ordinarias y las

⁴⁵ Vid. BARRIERE AYALA, J. «Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento. Comentados», 2ª ed., San Salvador, El Salvador, FESPAD, 2007, p.212.

⁴⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 156; Vid. BETEGÓN, JERÓNIMO, y otros, *op. cit.*, p. 276.

⁴⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 150.

orgánicas. También en nuestro medio, se denota la divergencia entre la ley y el RIAL, no en cuanto a la competencia de la entidad que las dicta, que en ambos supuestos es la Asamblea, pero sí en el procedimiento distinto que se sigue para su formación.

1.4 Conclusión

Hoy en día la interpretación e integración normativa y su posterior fundamentación, a través de la argumentación jurídica, es un arte que la Administración y sus detractores estilan para justificar sus actuaciones, sin embargo, en ambos casos existe un fenómeno muy interesante: el derrumbamiento de los análisis extremadamente literalistas, a favor de las justificaciones teleológicas. Y en esta visión es que ahora, a nuestro juicio, deben analizarse, estructurarse y aplicarse las fuentes del derecho administrativo.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1. Definición y Rol

La Constitución se concibe desde hace mucho tiempo, como la norma fundamental y primordial del ordenamiento jurídico⁴⁸, 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 gobernados⁴⁹.

Rompiendo con el esquema anticuado de que la normas constitucionales tienen un valor programático, hay que establecer con absoluta explicitud que la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo⁵⁰ vinculando su contenido a los ciudadanos y a todos los órganos del Estado⁵¹, incluyendo a la Administración. Tal como puede desprenderse del Art. 235 Ch. al establecer que «Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra

⁴⁸ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. op. cit. p. 55.

⁴⁹ Vid. BURGOA, Ignacio, «Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo», 6ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 87.

⁵⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRIA E. «La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional», Madrid, Civitas, 1985, p. 62. En similar sentido SANTAMARÍA PASTOR, J., op. cit., p. 200. «La Constitución tendrá carácter normativo en la medida en que ella misma exprese la voluntad de atribuirse tal condición. Es así que el texto de la Constitución española de 1978, está lleno de preceptos con los que los autores dejaron claro su rechazo a la tradición europea de considerar a la Constitución como un documento de valor meramente político».

⁵¹ Ibidem.

de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes».

La Constitución, en el sistema jurídico salvadoreño, se instaure como la norma jurídica hegemónica; su contenido es la base del ordenamiento del Estado⁵² y todas las demás fuentes deben interpretarse en el contexto de ésta. Por tanto, ella juega dos roles primordiales:

a) Jerárquicamente, constituye la ley primaria con una categoría y valor de supernorma⁵³ (Art. 246 inciso 1º Ch).

Nuestra Carta Magna 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 (Arts. 145 y 149 Ch) y, por otra parte, señala de forma expresa que ella prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos (Art. 246 inciso 2º Ch).

b) 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 (Arts. 235, 185 y 149 Ch.).

Desde la óptica tradicional de gradación, la Constitución es la fuente más importante. Además consideramos que, en su mayoría, tanto la parte orgánica como la dogmática, tienen naturaleza de normas administrativas elevadas a categoría constitucional, ya que, la estructuración de los Órganos del Estado, pertenece al estudio del derecho administrativo, lo

⁵² Vid. SAGÜÉS, Néstor, op. cit., pp. 35 a 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, entre otros, los siguientes subprincipios: 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; el de totalidad, que trata de los aspectos esenciales de la vida estatal y social; etc.

⁵³ Vid. GARRIDO FALLA, F., «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 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 superley».

mismo que aquellas normas que otorgan derechos y garantías a favor de los administrados. Esta situación se identifica con el llamado proceso de constitucionalización del derecho administrativo, que se hace ostensible en la incorporación al texto constitucional de disposiciones pertenecientes a la actividad de la Administración Pública⁵⁴.

2.2. Normas Constitucionales con relevancia administrativa

Tratando de resumir las normas de nuestra Constitución que tienen incidencia en el derecho administrativo, podemos establecer las siguientes:

2.2.1. Relativas al binomio Administración- particulares

- a) Art. 8: Establece el Principio de Libertad aplicable a los administrados y el que debe ser respetado por la Administración⁵⁵.
- b) Art. 11 inciso 2º: Preceptúa el Derecho al Hábeas Corpus como defensa contra los ataques a la esfera de libertad de los particulares por las autoridades administrativas y otras⁵⁶.
- c) Art. 13 inciso 2º y 3º: Regula la detención administrativa provisional por el cometimiento de delitos, estableciendo un plazo máximo

⁵⁴ Vid. DROMI ROBERTO, «Derecho Administrativo», 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 214. En similar sentido, SAYAGUÉS LASO, E., «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 101, y BREWER-CARIAS Allan, «Derecho Administrativo» t. I, Colombia, Universidad Externado de Colombia; Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 185. Indica dicho autor que si hay un signo distintivo en la Constitución Venezolana de 1999, tal y como ha sucedido en otros países de América Latina, como Colombia, es la Constitucionalización del derecho administrativo. Es que el derecho administrativo es un derecho Estatal, en el sentido que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial de la organización y de la actividad del mismo; particularmente a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, nombrar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

⁵⁵ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso bajo referencia 31-1-2001, inc. 10-95, considerando III 2 C.

⁵⁶ Vid. 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.»

de setenta y dos horas, dentro de las cuales debe consignarse a la autoridad judicial⁵⁷.

d) Art. 14: Contiene la potestad sancionadora de la Administración y el derecho del debido proceso a favor del administrado⁵⁸.

e) Art. 18: Consagra el derecho de petición y respuesta de los particulares frente a las autoridades⁵⁹.

f) Art. 86 inciso 3º: Enuncia el principio de legalidad, al cual están sometidos todos los funcionarios de la Administración⁶⁰.

g) Art. 106: Establece los requisitos que debe reunir la expropiación, entre los cuales destaca una justa indemnización⁶¹.

h) Art. 183: Le otorga a todos los ciudadanos la facultad de solicitar ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la inconstitucionalidad de leyes administrativas, reglamentos y cualquier otra norma⁶².

i) Art. 247: Otorga la acción de Amparo por violación de los derechos reconocidos por la misma Constitución, contra los actos administrativos y otras actuaciones⁶³.

2.2.2. Concernientes a la estructuración y actividad de la Administración Pública

a) Artículos 150-171: Desarrollan la organización y atribuciones del Órgano Ejecutivo.

⁵⁷ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Hábeas Corpus bajo referencia 21-2000, Considerando III, el 11-IV-2000.

⁵⁸ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Inconstitucionalidad bajo referencia 8-97, Considerando V 4, el 23-III-2001.

⁵⁹ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Amparo bajo referencia 41-M-96, Considerando II 2, el 4-VI-1997.

⁶⁰ Vid. 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.

⁶¹ Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad bajo referencia 24-98, Considerando IV 4, el 26-II-2002.

⁶² Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad bajo referencia 7-91, Considerando IV, el 16-VII-1992.

⁶³ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo bajo referencia 164-98, el 2-VII-98. En igual sentido Resolución del 21-XI-97 del habeas corpus 253-97.

- b) Art. 164: Sanciona con nulidad aquellas providencias de los funcionarios que excedan los límites de las facultades constitucionales.
- c) Art. 167: Desglosa el conjunto de atribuciones correspondientes al Consejo de Ministros.
- d) Art. 168: Indica las atribuciones y obligaciones constitucionales del Presidente de la República.
- e) Artículos 200 y 201: Recogen lo referente a la figura de las Gobernaciones.
- f) Arts. 202-207: Regulan la normativa que atañe a las Municipalidades, siendo éstas la única expresión de descentralización por territorio existente en nuestro ordenamiento, con autonomía económica, técnica y administrativa.
- g) Art. 218- 222: Se refieren al Servicio Civil, que es el régimen al que se encuentran sometidos los funcionarios y empleados públicos.
- h) Artículos 195 ord. 4º y 227 inc. 4º: Aluden al funcionamiento de las Instituciones Oficiales Autónomas, las cuales constituyen verdaderos entes administrativos, descentralizados en razón del servicio.
- i) Artículos 235- 245: Contienen el régimen de responsabilidad de los funcionarios de la Administración.

2.3. Principios Constitucionales con aplicabilidad administrativa

Los principios constitucionales vinculados a la Administración Pública son:

2.3.1. Principio de igualdad jurídica

El principio de igualdad jurídica plasmado en el Art. 3 Ch., en atención al derecho administrativo, se traduce en igualdad de los particulares ante el Estado, que comprende a su vez la igualdad ante la ley⁶⁴ y la igualdad ante la Administración. 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 todos⁶⁵. 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 públicos⁶⁶,

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 trato⁶⁷.

⁶⁴ En contra de este concepto Vid. PÉREZ ROYO, J., «Curso de Derecho Constitucional», 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003, p. 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 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».

⁶⁵ Vid. Sobreseimiento dictado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Amparo ref. 153-2000, el 29/XI/2001.

⁶⁶ Vid. TINETTI, José Albino y otros, en AA.VV. «Igualdad Jurídica», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 29.

⁶⁷ Ídem, p. 31. Indican 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, etc., 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.

2.3.2. Principio del debido proceso

De acuerdo a los Arts. 11 y 14 Ch, la Administración Pública antes de emitir un acto que implique una restricción de derechos, debe respetar el derecho al debido proceso⁶⁸, lo que significa darle la oportunidad al particular de ser oído durante un plazo prudente⁶⁹, otorgándole un término probatorio razonable y fundamentar o motivar la decisión con los elementos fácticos y jurídicos aplicables⁷⁰.

Siendo trascendentales 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 ciudadano⁷¹.

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

⁶⁸ Vid. AYALA, José María y otros, en AA.VV. «Manual de Justicia Administrativa», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 91

⁶⁹ Vid. Sentencia 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.»

⁷⁰ La motivación 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, p. 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-TREVIJANO FOS, J., «Los Actos Administrativos», 2ª ed., Madrid, Civitas, 1986, p. 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.

⁷¹ Vid. Sentencia 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-

contencioso la cual conlleva crecientemente el reconocimiento del debido proceso en sede administrativa⁷².

2.3.3. Principio de legalidad

Entendemos 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 competencias⁷³.

En el Art. 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 positiva⁷⁴, esta sujeción significa que los entes que la articulan, en el ejercicio de la función administrativa no poseen mas potestades que las que la ley expresamente les reconoce⁷⁵.

«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,

⁷² Vid. HOYOS, Arturo, «El debido proceso», Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1998, p. 93; SÁNCHEZ MORÓN, M., «Derecho Administrativo», Parte General, Madrid, Tecnos, 2005, pp.546 a 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.

⁷³ Vid. SANTOFIMIO GAMBOA, J., «Tratado de Derecho Administrativo», t. II, 4ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 41; GARRIDO FALLA, F., op. cit., pp. 198-204.

⁷⁴ En virtud del principio positive binding o vinculación positiva de la Administración por la legalidad, «el Derecho no es ya para la Administración una línea 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.

⁷⁵ Existen, 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. ÁLVAREZ CONDE, E., «Curso de Derecho Constitucional», v. I, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 98 a 99.

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, etc.»⁷⁶

El principio de legalidad entonces 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, a nuestro modesto criterio, 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, sentido común y razonabilidad, para evitar legalismos extremos que paralicen a la Administración.

2.3.4. Principio de Supremacía Constitucional

Explícitamente es proclamado por el Art. 246 Ch 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

⁷⁶ Vid. 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.

mismas no pueden legislar y actuar «ad libitum» –sin límite alguno–, desconociendo su freno natural y objetivo: la Constitución⁷⁷!

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 contraríen⁷⁸ (Art. 235 Ch).

2.3.5. Principio de Seguridad Jurídica

Este principio, es recogido por el inciso 1º 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».

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 previamente⁷⁹.

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 vigente⁸⁰.

⁷⁷ Vid. Sentencia 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.

⁷⁸ Vid. SAGÜÉS, Néstor, op. cit., p. 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, etc.) no se decidan a cumplirla, y si los órganos de control de supremacía no funcionan correctamente.»

⁷⁹ Vid. Sentencias 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.

⁸⁰ Vid. Art. 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».

También es de mencionar que, es dable admitir la revocabilidad de un acto administrativo⁸¹, siempre y cuando sea en beneficio del particular⁸² y no vulnere derechos o intereses legítimos de terceros.

2.3.6. Principio de la primacía del interés público

Según el Art. 246 inciso 2º Ch. «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.

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 Estado⁸³.

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 judicial⁸⁴.

2.4. Colofón

A manera de colofón podemos indicar, en primer lugar que la Constitución contiene normas concretas que su destinatario principal es la Administración Pública, en consecuencia, tales preceptos esencialmente tienen un carácter administrativo aunque jerárquicamente constitucional; y en segundo lugar se debe enfatizar que las autoridades administrativas están sujetas especialmente a la Constitución y a las demás

⁸¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FÉRNANDEZ, Tomás Ramón, «Curso de Derecho Administrativo I», 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 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».

⁸² La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala, como una de las causas de terminación del juicio contencioso administrativo, la revocación del acto impugnado (Art. 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, liberándolo de una limitación, de un deber, de un gravamen».

⁸³ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, J., «Diccionario de Derecho Administrativo», México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 165.

⁸⁴ Vid. el Art. 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.

normas derivadas, por lo cual es factible exigir el cumplimiento de normas y principios constitucionales en sede administrativa y en los ulteriores controles judiciales que el ordenamiento plantea, entiéndase el contencioso administrativo y el amparo.

Como lo ha expuesto nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo, la Constitución es la primera fuente formal del derecho administrativo en cuanto norma jurídica, pues tiene supremacía material y formal y, por tanto, la Administración Pública, al emitir sus actos, está sometida a sus preceptos. Asimismo, los tribunales deben interpretar todo el ordenamiento de conformidad con las normas constitucionales. En este sentido, como consecuencia de la sujeción a la Constitución por parte de los poderes públicos, también los ciudadanos pueden fundamentar sus reclamos en la norma constitucional, incluyendo en el orden administrativo y contencioso⁸⁵.

3. LOS TRATADOS COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1. Concepto y teorías

3.1.1. Concepto

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 la mayor o menor grado de solemnidad o importancia.⁸⁶ Pero debe quedar claro que un tratado implica un compromiso de orden jurídico y no solo político o moral⁸⁷

⁸⁵ Vid. Resolución emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el proceso bajo referencia 71-2006, el 9/VII/2007.

⁸⁶ Vid BUERGENTHAL, Thomas y otros, en AA.VV. «Manual de Derecho Internacional Público», México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p.78.

⁸⁷ Vid VIRALLY, Michel, «El Devenir del Derecho Internacional», México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p.157-158. El autor indica que se puede hablar de convenio en todos los casos en los que se llega a un acuerdo por la

El Derecho Internacional de los tratados ha sido codificado en gran parte en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁸⁸, la cual reviste de una enorme autoridad aun para los países que no son signatarios de ella, dado que la misma se fundamenta en el derecho internacional consuetudinario vigente.⁸⁹

Estos cuerpos normativos pueden ser bilaterales o multilaterales, suelen definirse con imprecisión como acuerdos regulados por el derecho internacional, dado que éste rige las relaciones entre los sujetos de derecho internacional: Estados y organismos internacionales⁹⁰. Sin embargo, existen acuerdo entre estos sujetos que son regidos por el derecho interno, en tales casos hablamos de contratos.⁹¹

La convención aludida, en su artículo 2 párrafo 1, nos ofrece una definición de tratados internacionales al expresar que «Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional Público, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular».

Podemos colegir entonces, que un tratado es el acuerdo de carácter jurídico que se celebra entre Estados y/o organismos supranacionales, sujetos al Derecho Internacional.

En relación al derecho administrativo, es un tema prestado del derecho internacional,⁹² y su relevancia dependerá de la incidencia que el tratado tenga en la actividad de la Administración Pública. Nos incumbe

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.

⁸⁸ Suscrita en Viena (Austria), el día 23 de mayo de 1969.

⁸⁹ Vid. BUERGENTHAL, Thomas y otros, op. cit. p. 79.

⁹⁰ Vid. VIRALLY, Michel, op. cit. p. 312. El autor señala que un organismo internacional, a diferencia de un Estado, «se reduce a un simple aparato de órganos superpuestos a los estados y en relación directa solo con otros aparatos de órganos, en este caso, los de los estados, salvo excepción. No tiene que responder más que a necesidades específicas, comunes a los estados miembro y no del todo satisfechas por la acción individual de cada uno de ellos.»

⁹¹ Vid. BUERGENTHAL, Thomas y otros, op. cit. p. 79. .Dicho autor establece como ejemplo un contrato de compraventa sobre un inmueble donde se construirá una embajada o bien acuerdo comerciales., compraventa de azúcar, café, etc.

⁹² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 145.

referimos a ellos en la medida que muchos tratados contienen normas que materialmente son administrativas⁹³ o bien su ejecución cae en el campo de los órganos administrativos⁹⁴. 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 esta circunscrita, constituyendo fuente del derecho administrativo.

Adicionalmente es de expresar que existen temas «domésticos» que son regulados por normas internas administrativas, pero que el derecho internacional Público las desarrolla también porque se trata de cuestiones que escapan el ámbito de un solo Estado⁹⁵: Navegación aérea y marítima, telecomunicaciones, etc.

3.1.2. Teorías relativas a la introducción de los tratados al derecho interno

Sobre la inserción de los tratados y del derecho internacional público en general al sistema de fuentes del derecho, Kelsen⁹⁶ diferenció la postura monista y la dualista, en tomo a si existe o no un orden jurídico internacional.⁹⁷

A. Teoría Monista

Afirma que el Derecho Internacional forma directamente parte del ordenamiento jurídico interno, y que por lo tanto, existe unidad de ambas ramas en un solo sistema jurídico.⁹⁸

⁹³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, S. q. cit., p. 148

⁹⁴ Vid. MERKL, Adolfo, q. cit., p.152.

⁹⁵ Vid. DROMI, Roberto, q. cit., p. 215

⁹⁶ Vid. KELSEN, Hans, «La Teoría Pura del Derecho», San Salvador, El Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2004, p. 123.

⁹⁷ Vid. AYLWIN, Patricio, «Derecho Administrativo», t. I, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1959, p.73; VIRALLY, Michel, q. cit., pp. 117 a 133; HARRIS D.J., «Cases and Materials on Internacional Law», 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 68 a 98.

⁹⁸ Vid. KELSEN, Hans, q. cit., p 123.

Aparentemente nuestra Constitución adopta esta teoría en el inciso 1º del Art. 144 cuando manifiesta que «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 Constitución⁹⁹».

«Los tratados son ley, lo cual significa que, en sentido estricto, en el sistema salvadoreño de fuentes el tratado sigue siendo esencialmente la fuente del derecho internacional por antonomasia, pero una vez aquél se interna al ordenamiento jurídico - por su entrada en vigencia-, constituye ley secundaria, diferenciable sólo por su origen¹⁰⁰, pero no por su naturaleza¹⁰¹».

B. Teoría Dualista

Sostiene que Derecho Internacional y Derecho Interno son dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes que se diferencian tanto por sus fuentes como por sus ámbitos de validez, por lo cual no puede llegar a existir entre ellos conflicto alguno.¹⁰²

Son principios¹⁰³ que se desprenden de dicha teoría:

- 1 Las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa.
- 2 Entre el derecho interno y el internacional no puede existir conflicto en sentido propio.
- 3 El Derecho Internacional Público puede referirse al derecho interno y éste al derecho internacional.

⁹⁹ En este sentido, nuestra Constitución acoge la doctrina de la transformación en cuanto a la incorporación de los tratados al orden interno, en contraposición a la doctrina de la Bivalencia, según la cual, el tratado finiquitado según la Constitución, se incorpora inmediatamente al derecho interno. Vid. SAGÜES, Néstor, op. cit. p. 145.

¹⁰⁰ El proceso de formación de los Tratados Internacionales comprende 3 etapas: 1) Negociación, 2) Suscripción o Celebración (Art. 168 ord. 4º Cn) y 3) Ratificación (Arts. 145, 147 y 168 ord. 13º Cn). Para ahondar sobre la estructuración de los tratados. Vid. Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, «Manual de Tratados». Disponible en <http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbookSpan.pdf>

¹⁰¹ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Inconstitucionalidad bajo referencia 1-95, el 9/VI/2000.

¹⁰² Vid. KELSEN, Hans, op. cit., p. 124

¹⁰³ Vid. ORTIZ AHLF, Loretta, «Derecho Internacional Público», 2ª ed., México, Harla, 1993, p. 6.

3.2. Los Tratados en Centroamérica

Podemos resumir el tratamiento constitucional de los tratados en nuestra región centroamericana, así:

En Guatemala su constitución¹⁰⁴ indica que «Se instituye el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno». (Art. 46).

Costa Rica, por su parte, en su Constitución¹⁰⁵ establece que «Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes» (Art. 7)

En Honduras su Constitución¹⁰⁶ insta las siguientes reglas: a) Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno. (Art. 16); b) Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo. (Art. 17); y c) En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero. (Art. 18)

En Nicaragua se establece que La Constitución Política¹⁰⁷ es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones (Art. 182) .

Nos parece destacable, el manejo en la inserción al derecho interno que hace de los tratados la constitución hondureña, al crear una fórmula

¹⁰⁴ Vid. Constitución Política de Guatemala de 1985 con reformas de 1993.

¹⁰⁵ Vid. Constitución Política de la República de Costa Rica, de 1949 con reformas de 2001.

¹⁰⁶ Vid. Constitución Política de Honduras de 1982 con reformas de 1999.

¹⁰⁷ Vid. Constitución Política de Nicaragua de 1987, con reformas de 1995, 2000 y 2005.

en su norma primaria que evita de forma radical las probables contradicciones entre los tratados y la constitución, al establecer que cuando un tratado internacional contradiga una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

3.3. Regulación en El Salvador

En la legislación salvadoreña, si bien es cierto que los tratados internacionales se rigen por el principio de prevalencia, en virtud del cual, al existir un conflicto con la ley secundaria se impone el tratado¹⁰⁸ (Art. 144 inciso 2º Ch), ello no implica que los mismos no tengan límites, ya que deben respetar el texto Constitucional, pues caso contrario, no deben ser ratificados. Sin embargo, en el supuesto de que la Asamblea Legislativa los ratifique sin las reservas pertinentes, la Carta Magna otorga a los tribunales competentes dos mecanismos de defensa de la Supremacía Constitucional que son: 1) la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones del tratado que contraríen los mandatos constitucionales (control difuso, Art. 149 inciso 1º Ch), y 2) la declaratoria de inconstitucionalidad del tratado, de una forma general y obligatoria por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (control concentrado, Art. 149 inciso 2º Ch). Por lo cual resulta ser claro que nuestro sistema considera a los tratados como una norma que es ley inferior a la Constitución pero prevalente frente a la ley ordinaria¹⁰⁹.

Empero estas regulaciones constitucionales han sido objeto de crítica, bajo el análisis del derecho internacional teniendo como fundamento

¹⁰⁸ Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de inconstitucionalidad bajo Ref. 24-97/21-98 de fecha 26/IX/2000. Expresa dicho fallo que «(...) al presentarse un conflicto entre el tratado internacional y la ley secundaria de derecho interno, el aplicador tiene que recurrir a los principios establecidos en el Art. 144 a fin de resolver la antinomia, conservándose así la coherencia del ordenamiento jurídico».

¹⁰⁹ Esto contraría lo expuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que afirma en su Art. 27: «Una parte, no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...».

el argumento convincente que un Estado no puede invocar su propia Constitución contra otro Estado, para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional; y es que en esta línea el incumplimiento de El Salvador, de un Tratado celebrado de buena fe con otra parte, y que es contrario a los preceptos constitucionales salvadoreños, da derecho a una reclamación internacional de reparación por dicho incumplimiento. En consecuencia, decretar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un tratado traería graves problemas al Estado, porque esos instrumentos internacionales tienen sus propios mecanismos para entrar en vigor, y para desligarse de ellos, por medio de la denuncia, conforme a las reglas del mismo tratado. Por tanto lo más conveniente sería derogar el artículo 149 Ch por estar en contradicción con principios fundamentales de derecho internacional¹¹⁰.

Algunos tratados internacionales que tienen incidencia en el campo administrativo son: de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA), Convenio sobre Aviación Civil Internacional o Convenio de Chicago, en materia aeronáutica, entre otros.

Ciertamente hoy en día, especialmente en los tratados multilaterales acerca de derechos humanos, comunicaciones, transportes, trabajo, salud, navegación aérea y marítima, etcétera, se han creado obligaciones a los Estados, y han reconocido derechos a los habitantes de esos Estados, modificándoles los ordenamientos jurídicos administrativos internos¹¹¹.

¹¹⁰ Vid. GÓMEZ ARIAS, J., «Los Tratados», publicado en AA.VV. Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Salvadoreño, Revista de Derecho, 1997, Nº 9 - 10.

¹¹¹ Vid. MARTINS, Daniel Hugo, «Los Tratados Internacionales como Fuente del Derecho Administrativo», en AA.VV., Derecho Administrativo, en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 275.

También trasciende la organización y el funcionamiento de los órganos que componen una organización internacional y las relaciones con sus funcionarios y terceros que conforman un ordenamiento jurídico administrativo interno, especial a esa organización que, complementado por la existencia de Tribunales Administrativos para resolver los conflictos que puedan plantearse, crean un sistema jurídico completo de ese organismo internacional¹¹², así sucede con la Organización Internacional del Trabajo.

3.4. Conclusiones

En síntesis podemos colegir lo siguiente: (A) Que los tratados, al igual que la ley son normas subordinadas a la Constitución; (B) Que su relación con las leyes no se funda en criterios de jerarquía, sino de igualdad de rango, competencia y primacía del derecho internacional (C) Un tratado puede derogar una ley, pero no a la inversa; (D) Con estos matices nuestra Constitución considera a los Tratados como leyes del derecho interno¹¹³ a los cuales esta vinculada la Administración como fuente de derecho; y (E) Nuestro ordenamiento plantea el absurdo de que exista la posibilidad de aprobar y ratificar tratados internacionales contrarios a la Constitución.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN S. op. cit. 149. Similares circunstancias se deducen de la Constitución Española, a partir de los artículos 95 y 96 de la misma. Véase además Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 24-97, Considerando V 6, del 26-IX-2000: «Sobre la naturaleza y jerarquía de los tratados internacionales, ha dicho la Sala de lo Constitucional que el inciso 1º del artículo 144 de la constitución, coloca a los tratados internacionales vigentes en el país en el mismo rango jerárquico que las leyes de la república, entendiendo éstas como leyes secundarias. En consecuencia no existe jerarquía entre los tratados y las leyes secundarias de origen interno. (...) El tratado internacional no puede ser modificado o derogado por las leyes internas, lo cual implica que éstas últimas están dotadas de fuerza jurídica o normativa inferior. (...) Por otra parte, la segunda idea que se deduce del inciso en referencia (...), consiste en señalar la prevalencia del tratado internacional sobre la ley interna, lo cual lleva al denominado principio o criterio de prevalencia.

4. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

4.1. Concepción de la ley

El término ley, tiene una doble acepción, desde un punto de vista material, constituye toda norma jurídica con efectos generales; y desde la óptica formal¹¹⁴, es el conjunto de normas emanadas de la Asamblea Legislativa, órgano del Estado que primordialmente realiza la función legislativa¹¹⁵.

En la secuencia de nuestro estudio, nos interesa su desarrollo desde la óptica formal, o sea, considerándola como una norma secundaria con valor inferior a la Constitución y los tratados, la cual tiene su origen en el Parlamento o Asamblea Legislativa¹¹⁶.

Una conceptualización mixta que nos resulta útil, es la que establece que ley es toda norma jurídica de carácter general y obligatorio dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye la potestad legislativa.¹¹⁷

Por su parte, el Art. 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».

4.2. Principios en la aplicación de la ley.

En torno a la ley, se configuran una serie de principios substanciales¹¹⁸:

¹¹⁴ Vid. ZANOBINI, Guido, «Curso de Derecho Administrativo», trad. por PICONE, Francisco Humberto, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 81. Dice que la distinción entre ley formal y material es original de Laband, desde la primera edición de su tratado, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, vol. I, pp. 59 ss.

¹¹⁵ Sobre esta distinción en la Constitución Salvadoreña véase Sentencia emitida el 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VIII 2.

¹¹⁶ Las etapas que conforman el proceso de formación de ley se encuentran plasmadas en los Arts. 133-143 Cn, 6, 11 letra a) y 7 letra n) C.C. y 34 RIAL.

¹¹⁷ Vid. MARTÍN MATEO, R. «Manual de Derecho Administrativo», 25ª ed., Navarra, España, Aranzandi, 2006, p. 89. La Ley es aquella norma escrita emanada de los órganos que tienen atribuida la suprema potestad legislativa.

¹¹⁸ Vid. FRAGA, Gabino, «Derecho Administrativo», 38ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 107.

4.2.1. 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 secundaria¹¹⁹ (Art. 246 Ch).

4.2.2 Principio de autoridad formal de la ley

En virtud de este principio, para que una ley sea modificada o derogada, ello debe hacerse mediante el mismo procedimiento utilizado para su elaboración¹²⁰: El proceso de formación de ley. El constituyente lo retoma y lo plasma en el Art. 142 Ch, según el cual «para interpretar, reformar o derogar las leyes, se observarán los mismos trámites que para su formación».

4.2.3 Principio de reserva de ley

Consiste en la exclusión de ciertos tópicos del ámbito normativo de los reglamentos, mediante disposiciones constitucionales que faculden única y exclusivamente a la ley secundaria para regular a los mismos (en la doctrina y la jurisprudencia se le conoce como reserva de ley material¹²¹) Así, de manera ilustrativa, podemos citar los Arts. 13 inciso 4º Ch (Se refiere al Código Penal), 202 inciso 2º Ch (Alude al C.M.), 209, 210 Ch (Evocan al Código Electoral), etc.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre este principio, ha señalado «Existen diferentes posturas respecto a la

¹¹⁹ Para ampliar, Vid. DÍAZ ROCA, R., «Teoría General del Derecho», 1ª ed, Madrid, Tecnos, 1997, p. 129; Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FÉRNANDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 230; Vid. DÍAZ ROCA, R., «Teoría General del Derecho», Madrid, Tecnos, 1997, pp. 206 a 207.

¹²⁰ Vid. FRAGA, Gabino, op. cit., p. 38.

¹²¹ Vid. Sentencia 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., pp. 240 a 246.

naturaleza de la reserva de ley. Esta es visualizada por algunos autores como un principio (Alejandro Nieto, Eduardo García de Enterría), como una figura (Rafael Entrena Cuestas, 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 podemos concluir que la reserva legal implica una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en un ámbito que compete a la ley formal¹²²."

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 encasillamiento¹²³ (Art. 246 inciso 1º Ch).

¹²² Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso bajo referencia 91-G-99, el 23/X/200.

¹²³ Vid. BERTRAND GALINDO, F., y otros, «Manual de Derecho Constitucional», t. I, San Salvador, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1992, p. 65.

En El Salvador, salvo el caso de los reglamentos autónomos¹²⁴, todas las materias deben estar reguladas por la ley, ya que el reglamento tiene una función sumamente limitada consistente en facilitar la ejecución de ésta, no pudiendo superar o limitar su contenido; por lo que, aunque parezcamos radicales, creemos que, en estricto sentido, nuestra versión salvadoreña de tal «reserva» es total o universal (Art. 246 inciso 1º Ch).

4.3. Las leyes administrativas

4.3.1. Naturaleza y características de las leyes administrativas.

La ley es la fuente por antonomasia que regula toda la convivencia nacional, existiendo numerosas clases de leyes ius privatistas y de derecho público; empero, las que nos interesan son aquellas que tienen trascendencia en la Administración Pública: las leyes administrativas.

Frente a la teoría general de la ley, cuya problemática no es exclusiva del derecho administrativo, resulta ocupación propia de éste, proporcionar un criterio para distinguir las leyes administrativas de las que no lo son. Este criterio es similar al que nos sirve para caracterizar al derecho administrativo y diferenciarlo del Derecho Privado, por lo cual, para que una ley sea considerada como administrativa es indispensable:

- 1º Que sus preceptos tengan carácter imperativo (ius cogens) y, por lo tanto, no dispositivo; y
- 2º Que la norma se encuentre vinculada a la Administración Pública.

¹²⁴ Como, por ejemplo, los regulados en los artículos 131 ord. 1º y 167 ord. 1º Ch.

4.3.2. Clasificaciones.

Considerando el contenido de las leyes administrativas, éstas pueden ser:

- a) Normas de relación: son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la Administración y de los particulares¹²⁵. Es decir, que determinan los derechos de los particulares frente a la Administración, así como las facultades de esta última para con los administrados. A guisa de ejemplo podemos citar el Art. 14 de la Constitución, en el cual se proclaman los derechos de audiencia y del debido proceso, como garantías de los particulares ante el ejercicio de la inherente potestad sancionatoria de la Administración Pública; y a partir del mismo, se han emitido normas secundarias que lo desarrollan, tales como la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos¹²⁶ y la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras¹²⁷.

Sobre el carácter de dicho precepto constitucional, la Sala de lo Constitucional en sentencia dictada a las doce horas del día 17 de diciembre de 1992 en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 3-92 acumulado 6-92, ha establecido que, «al analizar el Art. 14 de la Carta Magna aparece que se ha autorizado a la Administración –con carácter evidentemente excepcional– a imponer multa o arresto hasta por quince días (...) tales facultades sancionatorias deben entenderse taxativas; y, en consecuencia, no puede hacerse una ampliación por vía legal, pues en tal caso la misma deviene inconstitucional». Por otro lado, la misma

¹²⁵ Vid. BERTRAND GALINDO, F., y otros, op. cit, p. 65.

¹²⁶ D.L. No. 457 de fecha 1 de marzo de 1990, publicado en el D.O. No. 70, Tomo 306 de fecha 21 de marzo de 1990.

¹²⁷ D.L. No. 551 de fecha 20 de septiembre de 2001, publicado en el D.O. No. 204, Tomo 353, del 29 de octubre de 2001.

Sala en sentencia pronunciada a las 13 horas del día 23 de septiembre de 2002 en el proceso de amparo Ref. 330-2000, expresó que «El artículo 14 de la Constitución, al regular y atribuir a la autoridad administrativa la potestad de sancionar mediante arresto o multa las contravenciones, de ninguna manera tiene carácter excluyente o restrictivo».

- b) Normas de organización y acción administrativa: Son las que determinan, por una parte, la estructuración orgánica de la Administración Pública¹²⁸ y, por otra, el modo y forma como ésta debe realizarse¹²⁹.

Otra clasificación aceptada por la doctrina española¹³⁰, tomando como criterio base el punto de vista de su rango formal, hace distinción entre leyes orgánicas¹³¹ y leyes ordinarias.

El concepto de ley orgánica se encuentra determinado por dos criterios¹³²:

- a) Uno de carácter material, a- partir del cual la Constitución misma establece qué materias o tópicos deben ser regulados por las leyes orgánicas, los cuales a su vez se encuentran reservados

¹²⁸ Vid. GARRIDO FALLA, F., op. cit. p. 228.

¹²⁹ Por ejemplo, la Ley de Creación de la SIGET, la Ley de Creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas, la Ley de la Dirección General de Registros, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador, la Ley Orgánica de la SUPERVAL, la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, etc.

¹³⁰ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. op. cit. p. 79. La ley orgánica es un tipo creado en el ordenamiento español por la Constitución de 1978. En el Derecho francés también existe un tipo de leyes con esta denominación, pero su naturaleza es enteramente diversa a la de sus homónimas españolas.

¹³¹ Sobre el ámbito material de las leyes orgánicas Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J., op. cit. p. 241.

¹³² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 128; ENTRENA CUESTA, R., «Curso de Derecho Administrativo», v. I/1, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 89; GARRIDO FALLA, F., op. cit. p. 234., SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit. p. 165., MARTÍN MATEO, R., op. cit., 91. Manifiesta el último autor que en España «Las Leyes Orgánicas no son sólo, frente a lo que su expresión parecería remitir, Leyes de Organización, sino las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía de las diversas Comunidades Autónomas y las demás que la Constitución prevé, como, por ejemplo, las bases de la organización militar, el Defensor del Pueblo, la suspensión de determinados derechos, las formas de ejercicio y los requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley, las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, la regulación del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, de los estados de alarma, excepción y sitio; la alteración de los límites provinciales, la modificación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, etcétera»

a las mismas, y por lo tanto no pueden ser desarrollados por las leyes ordinarias. No es que tengan una posición jerárquica superior a las ordinarias¹³³, sino que su divergencia radica en razón de las materias para las que expresamente se prevé la ley orgánica.

b) Otro de carácter formal que exige para su aprobación, mayoría calificada en la votación realizada por el Parlamento, Asamblea Legislativa o Congreso¹³⁴.

De igual forma, las leyes ordinarias son aquellas cuyo contenido normativo no se encuentra habilitado por una reserva de ley exclusiva (como es el caso de las leyes orgánicas); sino más bien por una de carácter general, y tampoco requieren de ningún elemento formal ajeno al proceso habitual de formación de ley¹³⁵.

Actualmente, nuestro sistema jurídico positivo se encuentra conformado únicamente por leyes ordinarias. Sin embargo, durante el período comprendido de 1871 a 1939, las respectivas Constituciones las incluyeron en su texto bajo la denominación de «leyes constitutivas», entre las cuales destacan la Ley de Imprenta, la de Estado de Sitio, la Electoral y la de Amparo¹³⁶.

Es válido aclarar que, si bien es cierto en nuestro sistema algunas leyes ostentan el vocablo «orgánica» en su designación (como por ejemplo, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos, Ley Orgánica Judicial, entre muchas otras), éstas no constituyen verdaderas «leyes orgánicas» en el sentido doctrinario expuesto, pues carecen de una reserva de ley especial emanada de la Constitución, así como del elemento formal de exigibilidad de más de 43 votos de los diputados electos para su promulgación (Art.123 Ch). Más bien el término «orgánico» hace

¹³³ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. *op. cit.* 80; SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 165..

¹³⁴ Vid. GARRIDO FALLA, F., *op. cit.*, pp. 235 y 236.

¹³⁵ Vid. MARTÍN MATEO, R., *op. cit.*, p. 91.

¹³⁶ Vid. Art. 36 numeral 20 Constitución de 1871; artículos 69 numeral 16 y 114 Constitución de 1872; Art. 66 numeral 16 Constitución de 1880; Art. 62 numeral 15 Constitución de 1883; artículos 68 numeral 23, 148 y 149 Constitución de 1886 y artículos 188 y 189 Constitución de 1939.

referencia a que tales leyes constituyen la base reguladora de determinadas instituciones estatales, constituyendo leyes ordinarias de «organización».

4.4. La Postura de la desnaturalización histórica del concepto de la Ley.

La postura de la desnaturalización histórica de la ley¹³⁷, la exponemos abreviadamente de la siguiente manera:

Desde el sistema Republicano Romano hasta el siglo XVIII, antes de la Revolución Francesa, la ley no era consecuencia del fenómeno político, sino del quehacer de los juristas. En las primeras codificaciones (Ulpiano), la actividad de los codificadores consistía en recoger un material ya preexistente, la ley o más estrictamente el derecho. En tal sentido la ley no es promulgada ni inventada sino descubierta a través de un proceso de observación, síntesis y descubrimiento (método científico). En este orden, podemos establecer entonces que todos, cuando interaccionamos, estamos creando derecho el cual es sintetizado por los juristas.

Así en el mundo anglosajón, el jurista no inventa, sino se entera del resultado de esta interacción social (por ejemplo la creación de un nuevo contrato en el tráfico comercial). Desde tiempos remotos la función de los jueces era averiguar cuál era la costumbre, y declararla, y una vez declarada quedaba establecida como un precedente jurisprudencial obligatorio para otro caso análogo¹³⁸.

La noción de que la ley está sobre el poder se revela en el siglo XI en Bolonia, con el redescubrimiento del «Corpus Juris» (de Justiniano), reconociendo los eruditos de la época la superioridad técnica y conceptual de este instrumento jurídico frente a un desgano reglamentario que en

¹³⁷ Vid. MAYORA ALVARADO, E., «La Desnaturalización histórica de la ley» (Charla Magistral), en Comisión Legal de FUSADES, San Salvador, 24 de junio de 2000. Aclaremos que se ha tenido acceso al resumen oficial de la charla, pero además hemos fundamentado y ampliado con bibliografía, fruto de nuestra investigación, la tesis del mencionado jurista.

¹³⁸ Vid. GUTIÉRREZ SIRVENT, C. y VILLANUEVA COLÍN, M., op. cit., p. 67.

ese momento era aplicable, a tal punto que la propia iglesia hace suyo el «Corpus Juris», fundando las bases del derecho canónico.

De nuevo pues, el derecho civil y el derecho canónico no arrancan de una creación sino de un redescubrimiento de un sistema de normas («Corpus Juris») que no tiene su origen en un poder político netamente partidista.

Con el acontecimiento de la Revolución Francesa y su desconfianza en los jueces, se cuestiona la soberanía que recae sobre el rey, depositando la misma en el pueblo (pensamiento jacobino de la soberanía popular). Si la ley es un acto soberano, la ley tiene que ser un acto de los depositarios de la misma (el pueblo) representados por los parlamentarios; de ahí, que para que la ley sea tal es necesario el sello de la Asamblea Legislativa; no obstante, antes de este suceso histórico la ley no era producto del proceso político, ni sujeta a todos estos intereses y fuerzas¹³⁹.

Todo ello trajo como consecuencia que el derecho civil (madre del derecho) se contaminó trayendo como consecuencia la desnaturalización de la ley. A tal grado que se hizo celebre la frase de Bugnet: «Solo conozco del Código de Napoleón¹⁴⁰»

Las teorías revolucionarias de Francia influyeron de forma preeminente en la independencia de Estados Unidos de América, exportando así un concepto erróneo de ley, en el sentido que la misma es consecuencia de un proceso político; antes de eso, se insiste la ley nacía del precedente (y así es actualmente en el sistema anglosajón), «no es lo que dice el estatuto, sino lo que la Corte dice que el estatuto quiere decir¹⁴¹».

Es vital señalar que la Constitución federal de Estados Unidos de América tiene dos aspectos cada vez más diluidos: 1) La teoría de la división de poderes y 2) El catálogo de derechos individuales (bills of

¹³⁹ Vid. REVELO VAQUERO, R., «Aspectos de la Jurisprudencia y la Doctrina Legal en El Salvador», San Salvador, 1977, p. 24. (Tesis Doctoral no publicada)

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Vid. PARADA, Ramón, «Derecho Administrativo», t. I, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 83.

right). El problema con este segundo aspecto es que no existe Constitución alguna que pueda detallar o estatuir todos los derechos de forma absoluta (derecho al pensamiento, la libertad, el honor, etc.), de manera que el ejercicio de todos esos derechos se entiende sujeto a la ley.

Por tal razón, se señala, que no es tan importante cuáles son esos derechos como qué es la ley a la cual esos derechos están sujetos¹⁴².

En la actualidad funciona una ecuación sencilla que la podemos establecer así: libertades fundamentales igual a la ley; ley igual a Asamblea o Parlamento.

No obstante, históricamente, la ley ha estado en manos de un «mercado Persa», desde hace poco, a partir de la Revolución Francesa hasta la fecha.

Con todo, cuando Napoleón toma la tarea de escribir su Código Napoleónico, y llama a los juristas para que recojan y sinteticen el derecho de los franceses, este Código ha sobrevivido las cinco Repúblicas más los Imperios.

Vale la pena distinguir que la desnaturalización de la ley ha tenido un impacto diferente y menor en Estados Unidos y Europa a la que ha experimentado en los países Iberoamericanos, dado que en los segundos no existía la tradición jurídica tan antigua del precedente; por lo que la teoría de la soberanía popular aplastó, deformando y distorsionando el concepto de ley.

Lo más paradójico es que, aún en Francia donde se formuló en el siglo XIX la doctrina ultralegalista¹⁴³, ha quedado ahora prácticamente pulverizada, con el reconocimiento de la creatividad de la jurisprudencia como fuente, solo sobreviviendo en apariencia simuladora.

¹⁴² Vid. HAYEK, Friederich August, «Los Fundamentos de la Libertad», Guatemala, Editorial Universitaria Francisco Marroquín, 1975. p. 206. En esta línea, indica Hayek que su objeción básica al *bills of right* radica en que la Constitución pretendía proteger un complejo de derechos individuales mucho más amplio de lo que cualquier documento pudiera enumerar exhaustivamente, y que cualquier enumeración explícita de estos derechos, probablemente sería interpretada en el sentido de que los restantes no se hallaban protegidos. Asimismo, añade que «la Ley, entendida como normas de conducta obligatoria, es sin duda coetánea de la sociedad, pues sólo la observancia de normas comunes permite la existencia pacífica del individuo en comunidad». Vid. HAYEK, Friederich August, «Derecho, Legislación y Libertad», Madrid, Unión Editorial, 1978, p. 118.

¹⁴³ Vid. RECASÉNS SICHES, L., *op. cit.*, p. 221.

En cuanto al remedio o solución para resolver el deterioro del concepto clásico de ley, se propone un bicameralismo, al estilo del sistema inglés, dividiendo el Órgano Legislativo en dos Cámaras¹⁴⁴:

- Cámara Alta (similar a la Cámara de los Lores); y
- Cámara Baja.

A la Cámara Alta le correspondería dictar las normas jurídicas generales y abstractas de derecho privado y la Cámara Baja sería la encargada de legislar sobre la materia de derecho público: Gobierno, Organización Administrativa, Hacienda Pública, Organismos de aplicación de la ley.

Con esta división, la postura de la desnaturalización histórica de la ley, considera que se evitaría la negativa invasión del derecho público sobre el derecho privado¹⁴⁵. Señalando además que los miembros de la Cámara Alta deben ser personas ajenas a la actividad partidista e igualmente debe de dotárseles de una estabilidad económica y laboral, a fin de que una vez despreocupados por sus intereses personales, legislen de una forma técnica ajenos a todo proceso político¹⁴⁶.

4.6. La tesis de la instrumentalización de la ley

Nosotros consideramos que para países como El Salvador, en el que el positivismo ha llegado a extremos insólitos, y la ley se ha desprestigiado por la pobre reputación de sus emisores, una postura tan radical como la expuesta resulta necesaria para despertar la conciencia de la comunidad jurídica sobre la eficiencia de un ordenamiento obsoleto

¹⁴⁴ «la solución está en separar las tareas auténticamente legislativas de las gubernativas, y confiarlas a dos asambleas diferentes, una legislativa, y con funciones de gobierno la otra. La asamblea gobernante administraría los recursos materiales y personales puestos a disposición del gobierno para prestar diversos servicios a los ciudadanos en general, y podría también decidir el total de rentas públicas a recaudar anualmente para financiar aquellos servicios. Pero la determinación de la parte con la que cada individuo estuviese obligado a contribuir a ese total, tendría que hacerla una verdadera ley, es decir, el tipo de norma de conducta individual, obligatoria y uniforme que sólo la Asamblea Legislativa podría decidir». Vid. HAYEK, Friederich August, «Democracia, Justicia y Socialismo», Madrid, Unión, 1977, p. 26.

¹⁴⁵ Vid. MAYORA ALVARADO, E., *op cit.* pp. 1 ss.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

o caduco. Sin embargo, no podemos ocultar que la tesis de la desnaturalización histórica de la ley, se pierde en el extremismo, primero porque de forma utópica pretende aplicar con carácter absoluto un sistema que rigió hace más de dos mil años (un periodo concreto del derecho romano); segundo porque las instituciones y conceptos no son inmutables y evolucionan en el tiempo, por lo que más que hablar de una desnaturalización de la ley, resulta adecuado referirse a una transformación o modificación del derecho según las circunstancias sociales de cada tiempo y espacio; y tercero, el derecho, desde la época misma de Roma ha necesitado el conducto de ser dictado por organismos políticos reconocidos por el Estado, llámeseles Pretores, Senado, Emperador, Asamblea, Juez, Magistrado, etcétera. Claro es que si estos organismos políticos del Estado, son orientados por razones espurias (partidistas o personales) en el proceso de recoger y formalizar la ley, estas normas se enfrentarán a una deslegitimación severa que dificultará su obediencia voluntaria por parte de los gobernados.

En nuestra opinión, partiendo de formas de gobierno reales y no hipotéticas o utópicas, como las ciudades griegas, el imperio romano, el feudalismo, los Estados absolutistas, los Estados legales o judiciales de Derecho, la ley y la dialéctica¹⁴⁷, se constituyen como un medio para sostener los sistemas políticos y los modelos ideológicos.

Así como la dialéctica justifica el contenido del modelo del gobierno que se ejerce a través de la infinidad de argumentos extensos, la ley o el derecho formaliza y legitima el modelo. No importa de donde derive la obligatoriedad de las normas jurídicas, sea derecho natural, de la divinidad,

¹⁴⁷Vid. SCHOPENHAUER, Arthur, «El Arte de Tener Razón», trad. por GARZÓN, Dionisio, Madrid, Edad, 2005, p. 117. Compartimos con este autor que la dialéctica «Es el arte de disputar...de modo que uno tenga razón; y ello per fas et nefas (con medios lícitos e ilícitos)... Para establecer la dialéctica con perfiles nítidos hay que considerarla, sin preocuparse de la verdad objetiva (que es el campo de la lógica), simplemente como el arte de tener la razón.

o positivo del Estado, invariablemente la ley es una sirviente de la ideología¹⁴⁸ política.

Para demostrar nuestra tesis, nos remitimos a los siguientes hechos históricos políticos resaltados por Bodenheimer¹⁴⁹:

1. La «Ley de las XII tablas» talladas en planchas de bronce, en Roma, fue producto de la pugna política entre «los plebeyos» y «los patricios», en que los primeros reclamaron un cuerpo normativo que contuviera una codificación del derecho consuetudinario, dado que los patricios tenían monopolizado el conocimiento del derecho. Así, de la lucha política entre dos clases nació la primera gran codificación del derecho romano.
2. En el caso de la Carta Magna, otro cuerpo normativo de valor universal, fue producto del descontento político de la nobleza feudal contra un rey opresor y la primacía de aquellos, dio paso a este documento base del Derecho Constitucional Inglés.
3. La Constitución de los Estados Unidos es otro ejemplo de la afirmación de que las leyes fundamentales, o al menos algunas partes de ellas, son, con frecuencia, fruto de un compromiso político entre grupos e intereses poderosos. Es bien sabido que en la Convención constitucional de 1787 – debido a la diferencia de tamaño de los Estados, a la de sus intereses agrícolas y comerciales, a su actitud respecto al problema de la esclavitud – estaban representados en

¹⁴⁸ Entiéndase por ideología el modo de manifestarse a través de ideas la constitución interna de la Sociedad; y es por consiguiente tanto una manera de conocimiento como una forma de ocultación. (Ferrater Mora) La importancia de ésta expresión en orden al Derecho Público, es que la orientación política de personas, partidos e instituciones se encuentran inevitablemente basadas en la ideología. Vid. OSSORIO, Manuel, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», Argentina, Claridad, 1984, p.360.

¹⁴⁹ Vid. BODENHEIMER, Edgar, «Teoría del Derecho», trad. por HERRERO, Vicente, México, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, 1986, pp. 231 y ss.

intereses muy dispares. Salvar esas diferencias políticas fue una tarea extremadamente difícil, que dio paso al final a su Constitución.

- 4 Otra prueba de la afirmación de que las cartas jurídicas fundamentales son, con frecuencia, resultado de una pugna entre grupos políticos poderosos, lo ofrece la hoy desaparecida Constitución alemana de Weimar de 1919. Fue un compromiso entre varios grupos liberales burgueses y el partido socialdemócrata. Había en esta Constitución muchas disposiciones que llevaban el cuño de grupos económica y socialmente conservadores. Fue expresamente sancionado el derecho de propiedad privada, así como la institución de la herencia. Se reconoció el principio de libertad contractual en la vida económica, dentro de los límites establecidos por las leyes. Se prometía la protección de la clase media en la agricultura y el comercio. El matrimonio, como base de la vida familiar, quedó bajo la protección especial del Estado. Se garantizó la práctica, sin las trabas de la religión. De otro lado se hicieron ciertas concesiones a las ideas socialistas. Se dio autoridad al gobierno para transferir a la propiedad pública las empresas que fuesen consideradas susceptibles de socialización. Se reconoció la obligación del gobierno de establecer seguros sociales. Los trabajadores adquirieron el derecho de cooperar con los patronos en la regulación de la producción y en la fijación de las horas de trabajo y los salarios. Así pues, tanto económica como socialmente, la Constitución de Weimar tenía un doble aspecto, y en sus disposiciones se observan rastros de la seria lucha política que precedió a su adopción. También aquí surgió una Carta jurídica con el carácter de compromiso entre grupos políticos poderosos que zanjaron sus diferencias mediante concesiones mutuas.

Otro ejemplo de nuestras ideas y que pone de relieve la cardinal debilidad del modelo en el llamado «Estado legal de Derecho», se vislumbra en el hecho de que, aquel que tiene la mayoría en el partido político de Parlamento, tiene la clave para cambiar la ley, sin que ningún otro poder lo impida. Así por ejemplo, el nombramiento de Hitler como canciller alemán, con el apoyo parlamentario de diversos partidos, le permitió aprobar leyes contrarias al Estado de Derecho y, sin golpe de Estado aparente, convertir el sistema democrático instaurado por la Constitución alemana de Weimar en una dictadura autoritaria¹⁵⁰.

Por tanto, la ley, tiene una autonomía y una «pureza» únicamente formal; materialmente las normas jurídicas de un Estado dependerán de la ideología de su autor, en el caso del Parlamento obedecerán a la línea partidista imperante: liberales, conservadores, jacobinos, girondinos, republicanos, demócratas, nacionalistas, comunistas, etcétera. De forma similar, con sus propias singularidades, pero constantemente sin pureza, podemos decirlo cuando el autor de la norma es el juez, ahí, los aspectos: personales, psicológicos, sociales, raciales pero sobre todo los ideológicos alimentan la decisión jurídica.

Experimentalmente, nótese que en un foro de juristas en que se discuta una reforma legislativa impulsada por el Órgano Ejecutivo, la generalidad, será que los simpatizantes del gobierno darán argumentaciones jurídicas convincentes que defiendan la reforma; pero en cambio los detractores del gobierno darán una serie de alegatos también lógicos sobre la inconstitucionalidad de la misma y otras irregularidades jurídicas. Puede verse que todos son miembros de la comunidad jurídica, todos utilizan la hermenéutica y la teoría de la argumentación jurídica. Pero, ¿cuál es la razón por la que utilizando el mismo método, sus conclusiones son disímiles?, la respuesta es la ideología política de cada uno de ellos. Igual ejemplo tenemos en el caso

¹⁵⁰ Vid. DE CARRERA SERRA, F., «Lecturas de Derecho Constitucional» Separata de Master en Derecho, Asignatura de Derecho Constitucional, Doctorado Conjunto en Ciencias Jurídicas UAB-UJMD-UES, septiembre 2006, p. 34

de los jueces, pues véase que cuando el gobierno ha impulsado campañas mediáticas y represivas contra delitos como el secuestro, extorsión o los vinculados a las pandillas o maras, los jueces que tienen posturas «garantistas» son tildados por la opinión pública y los medios de comunicación como jueces de izquierda, y los jueces «represivos» que apoyan con sus decisiones la línea del gobierno, son calificados de derecha. Advertimos de nuevo que la ideología política es la que, de forma disimulada, y a veces con sinceridad o descaro, determina la línea de las normas jurídicas. No obstante, señalamos que, existen otros factores psicológicos, económicos y culturales, que constituyen fuerzas que también ejercen influencia sobre las normas de derecho¹⁵¹.

La tesis de la instrumentalización de la ley, brevemente reseñada, descansa sobre dos bases: a) Las normas jurídicas necesariamente son dictadas por órganos investidos de poder político; y b) Las normas jurídicas dependen de la ideología política que su autor defienda. Incluso, en el peor de los casos, podríamos hablar de un mercenario del derecho, cuando se presenta la ecuación: poder económico = ideología = derecho.

El realismo de la instrumentalización de la ley no pretende caer en un pesimismo que nos lleve a verla de manera peyorativa; sino a desvincularnos de utopías positivistas sobre la hipócrita pureza, transparencia o autonomía de las normas, con el objetivo de identificar las soluciones prácticas verdaderas, que en nuestro ideario es predecible, que la determinación de la bondad de una norma jurídica, dependerá de la bondad de la ideología de su autor y de la concertación propositiva de los entes políticos a cargo de dictar la ley.

Es que es inevitable que las personas tengamos ideología política, está en nuestra naturaleza, y ésta, de forma ponderada presenta una riqueza de posiciones que contribuyen al debate parlamentario; lo negativo e inaceptable es la ideología partidista radicalizada y sectaria, y las posiciones dogmáticas inflexibles.

¹⁵¹ Vid. BODENHEIMER, Edgar, op. cit., p. 242 y ss.

En este orden, la ley es un arte instrumental que es utilizado por la ideología política. Por tanto, una norma jurídica es adecuada, si es emitida por un órgano político ideológicamente equilibrado.

Pero por el contrario, cuando un parlamento, la Administración Pública o un juez pertenecen a ideologías radicales, fanáticas, racistas, discriminatorias, ausentes de conciencia cultural, o bajo influencias económicas o de cualquier motivación apócrifa, la norma jurídica que se dicta es deplorable.

Ahora bien, el equilibrio ideológico es una variable abierta que depende del lugar, tiempo, nación, cultura. No es la misma valoración en Europa occidental que en los países africanos, o en Estados Unidos con las naciones árabes o centroamericanas.

Cada sistema nacional debe encontrar su equilibrio político ideológico y su ordenamiento jurídico que lo legitime. Y por eso es que las revoluciones y los códigos importados son tan nefastos que terminan siendo abortos sociales que crean retrocesos evolutivos en un Estado bajo el imperio de la ley.

4.5. El Decreto-ley

El llamado «decreto-Ley»¹⁵² es aquel dictado por un órgano Ejecutivo de facto con valor de ley, en ejercicio de una labor legislativa anormal, dada la interrupción del orden jurídico establecido.

El Salvador, antes de 1983, sufrió varios «golpes de Estado», creándose gobiernos de facto que dictaron Decretos - Leyes, los cuales, no obstante, su origen, han tenido una validez de ley ordinaria¹⁵³.

En términos generales en Centro América, los decretos- leyes, han implicado un desplazamiento de la función legislativa constitucionalmente

¹⁵² Vid. SAYAGUÉS LASO, E., op.cit., p. 113, quien manifiesta: «Que la expresión decreto-ley tiene en derecho público un alcance variable, que depende del distinto significado que corrientemente se le atribuye».

¹⁵³ De manera ilustrativa, cabe destacar el golpe de Estado de 1931, tras el cual el General Maximiliano Hernández Martínez asume el poder como Jefe de Estado; el golpe de Estado que en 1961 derroca a la Junta de Militares y establece un Directorio Cívico Militar y el golpe de Estado del 15 de octubre de 1979, mediante el cual fue derrocado el presidente Carlos Humberto Romero Mena.

atribuida¹⁵⁴ a la Asamblea o Congreso, en tales grados de intensidad, que han logrado superar la producción normal de leyes, - sobre todo en Honduras- dando origen a una copiosa y abundante legislación que no responde a este tipo de sistemas. Esto en virtud de la facilidad, rapidez y forma de legislar mediante estas normas, en la que no se sigue un proceso de formación riguroso como la ley¹⁵⁵.

Alegórico resulta el caso de Guatemala, en que la propia Constitución, en su Art. 16 establece que «se reconoce la validez jurídica de los decretos-leyes emanados del Gobierno de la República a partir del 23 de marzo de 1982..». O sea, que los convalida y mantiene su vigencia hasta que sean modificados o derogados por leyes posteriores¹⁵⁶.

En efecto, en nuestro país, estos decretos-leyes, han sido considerados como ley, a tal punto que muchos de ellos todavía subsisten, al haberse aceptado la tesis de la continuidad de los mismos, sea por razones de seguridad jurídica, o para no afectar los derechos adquiridos. Instalada la Asamblea Constituyente, después de los gobiernos de facto, ha sido práctica que en uno de sus primeros decretos, ratifiquen la casi totalidad de la actuación de dicho gobierno, continuando vigentes los decretos hasta que sean derogados por la Asamblea Legislativa o declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, en atención no a su origen, sino por ser contrarios a la Constitución¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Vid. FLORES VALERIANO, E. op. cit. p. 159.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Vid. MORALES AGUILAR DE FERNÁNDEZ, M., «Fuentes del Derecho Administrativo», dirigido por Manuel Ballbé y Marta Franch, en AA.VV., Manual de Derecho Administrativo. Una perspectiva desde los Ordenamientos Jurídicos de Guatemala y España, Catalunya, Universidad Rafael Landívar y otros, 2002, p. 79.

¹⁵⁷ Vid. BERTRAND GALINDO, F., y otros, op. cit., p. 67.

5. LOS REGLAMENTOS COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

5.1. 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 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 etcétera (artículos 302-306 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 (Art. 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) etcétera. 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,

y objeto de nuestro modesto estudio, a los cuales nos referiremos en adelante.

Bajo la perspectiva del derecho público, el reglamento típico se instaura fuente del derecho que, por lo general, es jerárquicamente inferior a la ley. 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 supervivencia¹⁵⁸.

Por su singular emisor¹⁵⁹ y su relevancia cuantitativa, se perfilan como la fuente más importante del derecho administrativo¹⁶⁰. Obviamente, desde un punto de vista jerárquico, la Constitución es la fuente primordial.

Los reglamentos poseen una dualidad, en vista que, por una parte, inciden en el patrimonio de los administrados, al 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 autolimita¹⁶¹.

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, aún 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

¹⁵⁸ Vid. DÍAZ ROCA, R., op. cit. p. 206; GARRIDO FALLA, F., op. cit., p. 270.

¹⁵⁹ Ibidem. «Los 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...» cit., p. 39.

¹⁶⁰ Vid. DIEZ, Horacio Pedro, «Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo», Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1998, p. 15.

¹⁶¹ Vid. DÍAZ ROCA, R., op. cit. p. 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».

la estructuración y organización de las unidades administrativas dependientes¹⁶²".

Pero debemos advertir que tal distinción no deja de ser aparente, pues ambos tipos de reglamentos implican un sistema normativo, aún los llamados organizativos regulan la estructura interna de un órgano y el desempeño de los funcionarios, en consecuencia el aspecto normativo es de la naturaleza y de la esencia de cualquier tipo de reglamento.

En cuanto al origen histórico de los reglamentos, debemos recordar que en el cenit de la edad media europeo-continental (siglo XIV- XV), la forma generalizada de Estado fue la Monarquía absoluta, período en donde existía una concentración de funciones en el Monarca, incluyendo la función legislativa (o sea, reglamentos). Empero, a partir de la Revolución Francesa, la superioridad del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo implicó -entre otras cosas- la supremacía de la potestad legislativa sobre la potestad reglamentaria y de la Ley sobre el reglamento¹⁶³.

En cierto modo, la potestad reglamentaria es un resabio del antiguo régimen absolutista de Europa occidental, pues se acepta que el órgano ejecutivo pueda emitir normas jurídicas¹⁶⁴, pero con la variante del Estado de Derecho, que estas normas son jerárquicamente inferiores a la ley formal emanada de la Asamblea Legislativa¹⁶⁵.

¹⁶² Vid. Sentencia 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.

¹⁶³ Vid. ROMERO PÉREZ, J., op. cit. p. 151.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 183: «La existencia del poder reglamentario de la Administración es algo evidente en el mundo actual (...). Fue, sin embargo, en su momento, una novedad que no se avenía fácilmente con el dogma de la división de los poderes (...). Con todo, la consolidación definitiva de un poder reglamentario general de la administración se produce con el llamado principio monárquico, que buscó integrarse tras el fin del imperio napoleónico en los esquemas democráticos alumbrados por la Revolución. Habría en el Estado un principio democrático, pero a su lado, son su fuente de legitimidad propia, un principio monárquico».

5.2. Concepto y naturaleza jurídica de los Reglamentos. Posturas

5.2.1. 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 administrativa¹⁶⁶.

Para otros autores contemporáneos el «reglamento» es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa¹⁶⁷. Lo relevante de esta opinión es que consideran que la potestad reglamentaria es «inherente a la función administrativa y, por consiguiente, a la propia Administración¹⁶⁸».

También podemos decir, que se trata de un conjunto de normas jurídicas dictadas por el titular de la Administración Pública que desarrollan principios establecidos en una ley¹⁶⁹.

Otra definición apunta a que reglamento es toda norma imperativa que dimana de una autoridad que no es el Poder Constituyente o el Poder Legislativo¹⁷⁰.

Nosotros, lo definimos como una manifestación unilateral de voluntad dictada por un órgano diferente del legislativo (habitualmente la Administración Pública) facultado por la Constitución o por la ley, creadora de normas jurídicas, excepcionalmente autónomas, o por lo general para desarrollar una ley con la finalidad de facilitar su ejecución.

¹⁶⁶ Vid. KELSEN, Hans, op. cit., p. 77.

¹⁶⁷ Vid. DROMI, Roberto, op. cit. p.323.

¹⁶⁸ Vid. FARRANDO, Ismael y otros, en AA.VV. «Manual de Derecho Administrativo», Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 259.

¹⁶⁹ Vid. MARTÍNEZ MORALES, R., «Derecho Administrativo», 3ª ed., México, Oxford, 2000, p. 260 a

¹⁷⁰ Vid. ÁLVAREZ GENDÍN, S., «Tratado General de Derecho Administrativo», t. I, Barcelona, Bosch, 1973, p. 201; Para una crítica sobre esta categoría de conceptos, Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., op. cit., p. 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».

5.2.2. Naturaleza jurídica. Posturas

En cuanto a la naturaleza de los reglamentos, encontramos que las posturas más notables en la literatura jurídica son:

- 1) Aquellos que los conciben como un acto administrativo con efectos generales destinado a la ejecución de la ley, siendo la función reglamentaria parte de la función administrativa¹⁷¹.
- 2) Los que ven al acto reglamentario como una norma legislativa equiparable en su sustancia a la ley, en otras palabras, un acto materialmente legislativo¹⁷², posición a la que nos adherimos.

Opinamos que, como los reglamentos son normas jurídicas¹⁷³ que regulan conductas cuyo emisor es la Administración Pública, su naturaleza es legislativa al igual que la ley. De hecho, en Francia existe un catálogo de temas determinados por la Constitución que son propios de la ley, como los derechos civiles, las garantías fundamentales, los delitos, los impuestos, etcétera; y todas las demás materias distintas de las pertenecientes al dominio de esta fuente del derecho, tienen un carácter reglamentario¹⁷⁴.

Similar situación acontece con los llamados Reglamentos Autónomos¹⁷⁵, los cuales desarrollan cuestiones fijadas por la Constitución sin necesidad que exista ningún vínculo de dependencia con una ley preexistente.

¹⁷¹ Vid. MARIENHOFF, Miguel S, op. cit., p. 255; DROMI, Roberto, op. cit., p. 223.

¹⁷² Vid. FRAGA, Gabino, op. cit., p. 105; Vid. DÍAZ ROCA, R., op. cit. p 209, en la misma línea de pensamiento, expone que «la potestad reglamentaria es una de las especies del poder normativo. Sólo tiene cualidad y tratamiento de reglamento aquella disposición de un órgano público hecha para normar, para innovar el Ordenamiento».

¹⁷³ Vid. RACIONERO CARMONA, F., «Temas de Derecho Administrativo», t. I, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, p. 63. Sostiene que son verdaderas normas que se insertan en el ordenamiento jurídico al que innovan. Sin embargo, aduce que no expresan la «voluntad popular» como lo hacen las leyes en sentido formal las que son aprobadas por el órgano que en cada sistema constitucional tiene atribuida la representación de esa voluntad: La Asamblea Legislativa.

¹⁷⁴ El Art. 37 de la Constitución de Francia indica en su primera parte: «Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario».

¹⁷⁵ Vid. *Infra* Pág. 59.

Los seguidores de la primera postura, afirman que la ley y el reglamento no pueden tener la misma naturaleza, asegurando de forma mística¹⁷⁶ que la ley irradia de la voluntad de la nación o de la comunidad; en cambio, el Reglamento refleja la voluntad de la Administración¹⁷⁷. En la misma línea viene la idea de que la Asamblea Legislativa es el órgano representativo por excelencia, sea de una clase burguesa opuesta al privilegio y a la arbitrariedad del Rey (gobierno), sea de una comunidad política pluripartidista¹⁷⁸. No compartimos esta tesis, puesto que, a nuestro criterio, ambas en su médula son normas jurídicas decretadas por órganos gubernamentales del Estado, en ejercicio del Poder Público emanado del pueblo (Art. 86 Ch).

Y es que el reglamento más que un acto de ejecución, es el medio normativo que facilita dicha ejecución. Comprendemos que los reglamentos formalmente, es claro que constituyen una función administrativa, un acto administrativo, porque son parte de la competencia otorgada desde la Constitución al Presidente de la República, consistente en el mandato de dictar los reglamentos cuya ejecución le corresponden y el de hacer ejecutar las leyes en general (Artículo 168 ordinales 1º, 8º y 14º Ch). Pero materialmente, en su esencia, a nuestro parecer es un acto legislativo¹⁷⁹ que, como lo manifestamos, regula conductas jurídicamente. En consecuencia, no encontramos pues razones no formales que descarten al reglamento como una norma jurídica, con efectos generales, abstractos e impersonales iguales a los de la ley.

¹⁷⁶ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. op. cit. 117.

¹⁷⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 173. Siguiendo una posición clásica de Berthélemy y Maurice Hauriou.

¹⁷⁸ Vid. ORTIZ, Eduardo, «La Potestad Reglamentaria en Costa Rica. Régimen Actual y Perspectivas», San José, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 16, 1970, p. 133.

¹⁷⁹ Vid. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. «Elementos de Derecho Administrativo I», 2ª ed., México, Limusa, 2000, p. 74.

5.3. 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 sujeto¹⁸⁰.
- b) El reglamento es una norma jurídica, con otras palabras es norma obligatoria, general, abstracta e impersonal¹⁸¹, lo que la distingue del acto administrativo que tiene efectos individuales, concretos y no normativos.
- c) Por lo general, es de un rango inferior a la ley, encontrándose subordinado a ésta¹⁸².
- d) Tiene un procedimiento de creación distinto a la de la ley ordinaria¹⁸³.
- e) Constituye un acto de auto limitación y regulación de la administración, por medio del cual, se obliga así misma¹⁸⁴.

En la perspectiva del ordenamiento salvadoreño, la finalidad del reglamento -como lo hemos indicado-, es la de facilitar la aplicación de la ley. Este instrumento de fácil emisión nos permite pomenorizar aquellos aspectos no determinados en la ley.

¹⁸⁰ Vid. ACOSTA ROMERO, M., «Compendio de Derecho Administrativo», 4ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 540; SAYAGUÉS LASO, E., op. cit., p. 138.

¹⁸¹ Vid. DELGADILLO GUTIÉRREZ L. y LUCERO ESPINOSA, M., «Compendio de Derecho Administrativo», 6ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 80.

¹⁸² Vid. DIEZ, Manuel María, «Derecho Administrativo», t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 98

¹⁸³ Vid. ACOSTA ROMERO, M., op. cit. p. 542.

¹⁸⁴ «No se puede decir que la Administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos.No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción 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, p. VII- 39.

Estamos convencidos que los reglamentos son normas jurídicas; por ende enmarcados en una función legislativa encomendada al órgano ejecutivo; siendo su obligatoriedad para administradores y administrados.

Amén de lo manifestado, insistimos, que nuestra Constitución no da margen para establecer que existen aspectos de la convivencia social que tengan reserva reglamentaria; 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 (Art. 246 inc. 2º Ch).

5.4. Clasificación de los Reglamentos

Tradicionalmente la teoría aplicable a nuestro ordenamiento clasifica a los reglamentos¹⁸⁵, en:

5.4.1. Reglamentos de Ejecución¹⁸⁶

Son los típicos reglamentos que emanan habitualmente del Órgano Ejecutivo y que son decretados para el desarrollo de una ley. Estos reglamentos tienen como objetivo el facilitar la aplicación de la ley, detallándola, aclarándola, complementándola, pudiendo además, llenar sus vacíos sin exceder los límites de ésta¹⁸⁷.

De igual forma, dichos reglamentos sólo desarrollan las disposiciones establecidas anticipadamente en la ley, por lo que la doctrina

¹⁸⁵ Vid. FUSADES, «La potestad reglamentaria en el Derecho Salvadoreño», Boletín 17, mayo 2002.

¹⁸⁶ Para profundizar más en el tema, puede verse a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 205 (bajo la denominación de «Reglamentos Ejecutivos»); ALESSI, Renato, op. cit., p. 94.

¹⁸⁷ Vid. GARRIDO FALLA, F., op. cit., p. 276. El ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeta a fronteras que no deben ser traspasadas, las cuales derivan, por un lado, del principio constitucional de reserva de ley, y por otro, de la propia naturaleza de los Reglamentos como normativa subordinada a la ley; Vid. DÍAZ ROCA, R., op. cit., p. 209, en este sentido, afirma que dentro de la subordinación a la ley, «el reglamento está llamado a colaborar y coordinarse con ésta, bien para complementar las disposiciones de la norma legal en materias técnicas, de detalle o de mero desarrollo (...). El régimen de relaciones expuesto conlleva, por consiguiente, un sistema de vinculación positiva del reglamento a la ley: la norma reglamentaria no tiene como límite lo que la ley no le prohíbe, sino que únicamente puede hacer lo que la ley le permite en aquello que ésta o las normas superiores a ésta se lo permiten (...)»

y la jurisprudencia los califican como reglamentos «secundum legem» (convalidados o autorizados por la ley).

Acerca de este tópico, la Sala de lo Constitucional ha expresado que «El concepto de reglamento de ejecución posee una significación típica: la ley dicta la regulación de una materia, dejando a la Administración que establezca, mediante un reglamento, las normas necesarias para su ejecución concreta¹⁸⁸» Asimismo, en cuanto a los límites de éste, la misma Sala ha subrayado: «El Reglamento como otras normas de menor jerarquía, deberá conformarse a la ley para no incurrir en inconstitucionalidad por ser contrario a la ley, es decir por ser ilegal¹⁸⁹ ...».

El artículo 168 ordinal 14º de la Constitución salvadoreña, al abordar esta variedad de reglamentos, nos preceptúa que es una atribución del Presidente de la República, el decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde.

Sobre esta disposición, es de expresar que existe unanimidad doctrinaria en El Salvador, que cuando nos encontramos ante leyes que estén relacionadas directamente a la conformación del Órgano Ejecutivo, como los Ministerios, Viceministerios, Direcciones Generales (entidades centralizadas y desconcentradas), es el Presidente de la República el competente para emitir los reglamentos de ejecución que las desarrollan. (Arts. 150 Ch. y 2 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo)

Pero el debate es enredado en cuanto a la discusión vetusta, sobre quién es el órgano competente para decretar reglamentos en aquellas leyes cuya ejecución no le corresponde directamente al Presidente de la República, o sea, aquellas leyes relacionadas a los entes descentralizados o autónomos.

¹⁸⁸ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-95 del 9/V/2000.

¹⁸⁹ Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad ref. 28-H-95 del 30/V/1997.

Hay que indicar que, a nuestro parecer, cuando el constituyente expresa «... las leyes cuya ejecución le corresponden..» se refiere a la aplicación de leyes que le atañe a la «Administración Pública Salvadoreña» propiamente dicha, es decir, el Órgano Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas y demás entidades descentralizadas del Estado (Arts. 2 inc. 2º letra «a» LJCA, 58 y 59 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo).

Por tanto, en El Salvador, entendemos que el Presidente de la República, amparado en la disposición constitucional citada, y en beneficio de facilitar la aplicación de una ley vinculada a un ente descentralizado, puede emitir el reglamento de ejecución que desarrolle la misma, tal es el caso del Reglamento de la Ley de Creación de la SIGET.

Cabe destacar que, excepcionalmente, algunas leyes habilitan a entes descentralizados a emitir reglamentos de ejecución, como ocurre con el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de el Salvador; según los artículos 16, 19 literal «c» y 86 de dicha ley, es atribución de la Asamblea General Universitaria la aprobación del relacionado reglamento.

Asimismo, siguiendo El Salvador un camino pintoresco y asistematizado en la materia, existen reglamentos de ejecución cuyo emisor es mixto; así se entiende el Art. 22 de la Ley del Seguro Social, la cual nos indica que lo relativo a la determinación de personas asegurables, la extensión de los beneficios que proporciona el Seguro Social y otros tópicos establecidos en esa disposición, serán objeto de reglamentos que emitirá el Órgano Ejecutivo, en Consejo de Ministros con base en proyectos que deberá elaborar el ISSS. Es el caso del preconstitucional «Reglamento Para la Aplicación del Régimen del Seguro Social¹⁹⁰», que fue decretado por el Consejo de Ministros. De similar forma, el cuerpo normativo post-constitucional del «Reglamento para la Aplicación del

¹⁹⁰ Vid. D.E. N° 37 de fecha 10 de mayo de 1954, publicado en D.O. N° 88, Tomo 163 del 10 de mayo de 1954.

Régimen del Seguro Social a los Trabajadores Independientes¹⁹¹», hace una integración entre los Art. 23 de la ley del Seguro Social, y el 168 ord. 14 Ch., dado que para su emisión, el Consejo Directivo del ISSS, presentó su propuesta de reglamento, el cual obtuvo decisión favorable del Consejo de Ministros y finalmente fue decretado por el Presidente de la República.

Podemos colegir que, en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general es el Presidente de la República quien, constitucionalmente, está facultado para emitir los reglamentos de ejecución de la «Administración Pública» -incluyendo a los entes descentralizados- pero además, la ley, excepcionalmente, puede autorizar a los entes autónomos y descentralizados para que actúen en el mismo sentido.

5.4.2. Los Reglamentos Autónomos¹⁹²

Son los dictados por la Administración Pública, en ejercicio de una facultad constitucional propia, prescindiendo de cualquier ley anterior con la que medie algún tipo de ligamen o dependencia. Este reglamento regula una materia encomendada por la Constitución de forma directa no teniendo relación con el desarrollo o ejecución de una ley («praeter legem» o «en ausencia de la ley»)¹⁹³.

La vinculación de estos reglamentos con las leyes, no es de jerarquía sino de competencia normativa, principio que deberá ser considerado como prevalente al momento en que el juzgador analice un conflicto de normas y en el que se verifique si la temática abordada pertenece a la competencia del reglamento autónomo o al de la ley.

¹⁹¹ Vid. D.E. N° 9 de fecha 8 de febrero de 1985, publicado en el D.O. N° 38, Tomo 286 del 21 de febrero de 1985.

¹⁹² Vid. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L., y LUCERO ESPINOSA, M., *op. cit.*, p. 82; FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 112; MARTÍNEZ MORALES, R., *op. cit.*, p. 259; GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. VII-61.

¹⁹³ Respecto a esta clase de reglamentos Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 216. «Un reglamento independiente de la ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas. El reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la Administración que implique definición abstracta de deberes y obligaciones para los particulares (...).»

El Art. 167 ordinal 1º Ch, le otorga al Consejo de Ministros del Órgano Ejecutivo, la facultad de decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo (D. E. Nº 24, de 18 de abril de 1989, publicado en el D. O. Nº 70, Tomo 303, de 18 de abril de 1989.) y el Reglamento del Consejo de Ministros (D. E. Nº 38, de 18 de julio de 1991, publicado en el D. O. Nº 137, Tomo 312, de 24 de julio de 1991), los cuales constituyen reglamentos autónomos, bajo la base del reconocimiento constitucional que le corresponde al Órgano Ejecutivo, la facultad de auto organización. Como lo ha sentado la Sala de lo Constitucional «...La creación de Secretarías de Estado y de las distintas unidades que conforman el Ejecutivo es materia integrante de la mencionada potestad organizadora de dicho órgano. Ahora bien, (...) la potestad organizadora del Órgano Ejecutivo se complementa con la función normativa del mismo, pues es a través de la emisión de un reglamento autónomo de organización que se plasman los distintos elementos que conforman la estructura de la Administración. Para el caso de nuestra Constitución, tal reglamento se denomina Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y su emisión corresponde al Consejo de Ministros. En virtud de lo antes expuesto, el Art. 159 inc. 1º Ch., debe interpretarse en el sentido que la creación de las Secretarías de Estado y, en general, 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 Ministros¹⁹⁴».

Las disposiciones constitucionales citadas, a la luz de la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional, dan pauta -a nuestro juicio- a establecer que la materia organizativa pertenece a la «zona de reserva» del Órgano Ejecutivo.

Compartimos con FUSADES¹⁹⁵, que tal reserva tiene dos excepciones constitucionales: a) La competencia de los Funcionarios, y

¹⁹⁴ Vid. Sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de inconstitucionalidad ref. 22-99 del 8/IV/2003 considerando V.

¹⁹⁵ Vid. FUSADES, «La Potestad Reglamentaria en el Derecho Salvadoreño», Boletín 17, mayo 2002.

b) La creación de plazas con un salario pagado con Fondos del Estado; temáticas que deben estar establecidas en una ley ordinaria como lo preceptúan los artículos 86 inciso. 3º y 131 ordinal 9º de la Carta Magna.

Tradicionalmente, se ha sostenido que el Reglamento Interno del Órgano Legislativo es un reglamento autónomo¹⁹⁶, criterio que no compartimos¹⁹⁷, pues, si bien es cierto, que el Art. 131 ordinal 1º Ch formula que le corresponde a la Asamblea Legislativa decretar su «reglamento interior», éste no es un verdadero Reglamento, sino una «ley organizativa» que regula o «reglamenta» (utilizando el termino en sentido amplio) la estructura interna de la Asamblea. Dicha función de reglamentar internamente la Asamblea, es material y formalmente legislativa. Esta ley que es diferente de las ordinarias únicamente en los criterios de competencia, porque regula una materia específica, y en el de procedimiento, porque obedece a un trámite de formación distinto.

5.4.3. Los Reglamentos delegados, habilitados o de integración

Los Reglamentos delegados,¹⁹⁸ son aquellos que contienen normas dictadas por la Administración Pública, con base en una autorización otorgada por el Órgano Legislativo, a través de una habilitación legal. En tales casos el Parlamento delega en el Ejecutivo, la función de nombrar determinada materia¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Vid. BERTRAND GALINDO, F., y otros, op. cit., p. 68.

¹⁹⁷ Vid. CEJ, «Pequeños errores para la historia», La Prensa Gráfica, 6 de febrero de 2006. En dicho artículo, se señaló «¿Y qué pasa si la Asamblea denomina «reglamento» a una ley que emite? Simplemente que la denominado con un término erróneo y nada más. Durante más de cien años, hemos tenido el Reglamento del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas y nadie ha dudado jamás que se trata de una ley; durante más de medio siglo tuvimos una ley denominada Reglamento de Licores y el nombre nunca causó problemas. Aún tenemos el «Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa», al que la misma constitución denomina erróneamente «reglamento», pero por el hecho de ser emitido por quien lo hace, sabemos que es una ley.

¹⁹⁸ Sobre los reglamentos delegados, consultar a COMADIRA, Julio Rodolfo, «Derecho Administrativo: Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios.», 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 2003, p. 257; GORDILLO, Agustín, op. cit., p. VII-55.

¹⁹⁹ Esto se ve de manera muy marcada en el ordenamiento jurídico español, con la llamada delegación Recepticia, Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., p. 255. Explican que la delegación recepticia «consiste en una asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por el Gobierno en virtud de la delegación, prestándole su propio rango». Evidentemente, este sistema, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Entendemos que estos reglamentos pueden presentarse bajo dos modalidades; primero, a través de una delegación en sentido propio, dictando un Decreto Legislativo que encomiende de forma general al Órgano Ejecutivo, el normar cierta materia; o bien, por medio de una delegación impropia, utilizando las llamadas «Leyes Marco» o «Leyes Cuadro» o «Leyes Esqueleto» o «Leyes en blanco» que son definidas por la literatura jurídica francesa²⁰⁰ - parafraseándola - como aquellas leyes que solamente plantean los principios generales, remitiendo a los reglamentos la potestad de desarrollarlos ampliamente.

Este mecanismo de origen francés de traslado de responsabilidad del Legislativo (tirándole la pelota) al Ejecutivo, tiene en Alemania, por ejemplo, reconocimiento constitucional expreso, en el artículo 75 de la Ley Fundamental, bajo el acápite «Legislación marco de la Federación, catálogo» que le otorga a la Federación la facultad de dictar normas marco para legislar a los Länders (Provincias o Estados) en algunas materias establecidas en dicho artículo, en cuyo caso los Länders están obligados a dictar las leyes necesarias. También el Art. 38 de la Constitución Francesa le permite al Gobierno, para la ejecución de su programa, solicitar autorización al Parlamento para adoptar, por vía de normas emanadas del Ejecutivo, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al dominio de la ley, y dicha normativa es decretada por el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado.

En El Salvador, creemos que no es viable constitucionalmente que se decreten reglamentos delegados, bajo ninguna de las dos figuras expuestas, en virtud que es una facultad propia de la Asamblea el decretar, reformar y derogar las «leyes secundarias». Estableciéndose además, que solo éstas pueden regular el ejercicio de los principios, derechos y obligaciones establecidas por la Constitución; siendo indelegables las atribuciones de los Órganos del Estado. No planteando nuestra Constitución de 1983, la posibilidad expresa o implícita que se delegue

²⁰⁰ Vid. ACOSTA ROMERO, M., op. cit., p. 526.

la facultad legislativa; en consecuencia cualquier reglamento delegado o una ley marco y su consecuencia, serian a nuestro humilde parecer inconstitucionales (artículos 86, 121, 131 ordinal 5° y 246 Ch).

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Antes de 1886, la Delegación Legislativa, fue una situación muy frecuente, dado que el Parlamento se reunía en pocos períodos del año, por lo que al terminar los mismos, emitía Decretos Legislativos que habilitaban al Órgano Ejecutivo a nombrar ciertas materias propias de la función Legislativa.

Resulta curioso el caso de los cuerpos normativos preconstitucionales, del C.C. y del Pr.C., ambos decretos Ejecutivos (el primero emitido el 23-Agosto-1859, publicado en la Gaceta Oficial²⁰¹ el 14 -abril-1860; y el segundo emitido el 31-XII-1881, publicado en el Diario Oficial correspondiente al 1-Enero-1882). Dichos decretos Ejecutivos fueron dictados usando la autorización de una ley, por que lo que los máximos Códigos del derecho privado en nuestro país, constituyen especies de Reglamentos Delegados, para lo cual, hay que considerar lo que ha apuntado la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, al manifestar «...que la Constitución, al entrar en vigencia el 20-XII-1983, no apareció en un vacío jurídico, sino que se insertó en un ordenamiento preexistente, el cual no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, sino que pervivió, aunque afectado y modificado por la nueva regulación constitucional; ello plantea el problema relativo a la inserción de la Constitución en el ordenamiento preconstituido²⁰² ... »

En virtud de los principios básicos de regularidad y seguridad jurídica, es dable aceptar la legitimidad y vigencia presente de dichos cuerpos normativos, por ser preconstitucionales, aunque, al tenor de

²⁰¹ Este vocablo derivado del italiano gazzeta, se utilizaba en el siglo XVII para denominar al ejemplar de una publicación periódica, con noticias literarias, políticas y sobre todo hechos importantes o curiosos; en la actualidad, equivale al Diario Oficial de nuestro medio. Vid. CABANELLAS, Guillermo, op. cit., t. IV, p. 145.

²⁰² Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad bajo ref. 4-88, de fecha 20/VI/1999, (véase también los artículos 249 y 271 Ch).

nuestra Constitución actual reiteramos no es posible que se decreten reglamentos delegados.

5.4.4. Reglamentos de Necesidad y Urgencia²⁰³

Son aquellos dictados por el Ejecutivo en materias que la Constitución reservó al legislador, con fundamento en la existencia de un estado de necesidad súbita que tomare imperiosa una solución normativa inmediata siempre que no fuere posible obtener respuesta del Congreso con la premura exigida por la situación²⁰⁴.

En cuanto a la juridicidad de estas normas, las opiniones se encuentran divididas, pues mientras un sector de la doctrina admite la legitimidad constitucional de esta clase de reglamentos, otros, por el contrario, la negaban; en ambos casos con matices²⁰⁵. Empero, la emergencia regulada por estos decretos ha sido concebida históricamente como una situación extraordinaria que, en cuanto tal, requiere, correlativamente, de respuestas extraordinarias. En esa concepción se dejó claramente establecido que la emergencia no implicaba la génesis de un nuevo poder estatal, sino la intensificación de una prerrogativa preexistente que, ante un hecho extraordinario, encuentra ocasión para ejercerse a través de técnicas o medios extraordinarios y, por ende, inadmisibles en circunstancias normales²⁰⁶.

Sobre la denominación ostentada por éstos, algunos afirman que «la circunstancia de que la materia sobre la que recaía el accionar normativo del Poder Ejecutivo perteneciera normalmente a la esfera de la competencia del Poder Legislativo, e incluso la eventual exigencia de que la norma de urgencia deba aprobarse por este último, no privan al acto de su carácter reglamentario. Por tal motivo, esa clase de actos deberían de

²⁰³ Al respecto consultar a PARADA, Ramón, op. cit., p. 62; GORDILLO, Agustín, op. cit., p. VII-46.

²⁰⁴ Vid. DIEZ, Horacio Pedro, op. cit., p. 23.

²⁰⁵ Vid. COMADIRA, Julio Rodolfo, op. cit., p. 227.

²⁰⁶ Ídem, p. 230.

denominarse «reglamentos de necesidad y urgencia», configurando, pues, una especie de reglamentos²⁰⁷ ". Sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha compartido esta postura puesto que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁸ ha manifestado expresamente que «desde la perspectiva de la relación del reglamento con la ley, la Constitución autoriza dos clases de reglamentos: el llamado reglamento de ejecución (...) y el reglamento autónomo²⁰⁹».

En España, el Art. 116 de su Constitución regula de manera concreta los supuestos de este tipo de normativa, al otorgarle al Ejecutivo la facultad de emitir, mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros, el estado de alarma por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. De igual forma lo habilita a dictar el estado de excepción previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.²¹⁰

Algunos ordenamientos -como el argentino- generan una posibilidad menos restringida sobre los contenidos de estos cuerpos normativos, exigiendo como requisito, que se presenten circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes, excluyendo las normas de naturaleza penal, tributaria, electoral o las del régimen político (Art. 99 inciso 3º de la Constitución Argentina).

²⁰⁷ Ídem, p. 233.

²⁰⁸ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad ref. 122-99, de fecha 08/IV/03.

²⁰⁹ Esta misma clasificación ha sido adoptada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia y plasmada en la sentencia pronunciada en Casación Ref. 171-C-2004 el 6/IV/05.

²¹⁰ Sobre la extensión y aplicación del Art. 116 de la Constitución española, Vid. PÉREZ ROYO, J., op. cit., pp. 1081 a 1090.

En cambio, la Constitución salvadoreña, prevé el llamado Decreto de Necesidad y Urgencia solamente, para el caso de suspender y restablecer las garantías constitucionales en los casos de guerra, invasión del territorio, rebelión sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público; otorgándole esta facultad al Consejo de Ministros en el caso de que la Asamblea Legislativa no se encuentre reunida, siendo difícil que en la práctica se presente tal condición, ya que la Asamblea Legislativa se reúne continuamente (artículos 167 ord. 6º y 29 Ch).

Es destacable hacer hincapié en que la Convención Americana de Derechos Humanos o «Pacto de San José²¹¹» en su Art. 27.1 expresa que «En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen social». Sin embargo, el numeral 2 de dicha disposición enumera una serie de excepciones en el sentido de que no autoriza la suspensión del derecho al reconocimiento de Personalidad Jurídica, del Derecho a la Vida, del Derecho a la Integridad Personal, de la Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre, del Principio de Legalidad y Retroactividad, de la Libertad de Conciencia y de Religión, de la Protección a la Familia, del Derecho al Nombre, de los Derechos del Niño, del Derecho a la Nacionalidad, de los Derechos Políticos y de las garantías judiciales indispensables para protección de tales derechos²¹².

²¹¹ Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, OEA; ratificada por la Asamblea Legislativa de nuestro país mediante D.L. No 5 del 15 de junio de 1978.

²¹² De manera muy similar el Art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia que «en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente

Siempre en este punto, es importante señalar que para algunos autores como Julio Comadira, la legitimidad de este tipo de reglamentos, puede derivar de la propia ineptitud institucional del Congreso (que en nuestro caso particular sería la Asamblea Legislativa), para asumir con eficacia la urgencia reclamada por la realidad²¹³.

Las medidas que conlleva la suspensión de garantías constitucionales están destinadas tanto para la defensa y la salvaguardia de la seguridad interna como de la seguridad externa del Estado que implica la potestad otorgada ordinariamente a la Administración de decretar transitoriamente la suspensión de algunos los derechos fundamentales²¹⁴.

De igual forma, el Art. 24 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres²¹⁵, establece que corresponde al Órgano Legislativo, por medio de decreto, declarar Estado de Emergencia (el cual no implica la suspensión de las garantías constitucionales) en todo el territorio nacional o en una parte del mismo, en caso de que, como consecuencia de un desastre, exista riesgo o peligro para las personas, sus bienes, servicios públicos o ecosistemas. Sin embargo, el inciso segundo de la misma disposición, autoriza al Presidente de la República para que pueda decretar dicho Estado de Emergencia, única y exclusivamente cuando la Asamblea Legislativa no estuviere reunida, aunque ello con la salvedad de que el funcionario tiene la obligación de informar posteriormente a ésta sobre su actuación.

No está de más señalar que tales reglamentos son transitorios, teniendo por límite su vigencia, el período que subsistan tales situaciones extraordinarias, hasta que se consiga la normalidad.

limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

²¹³ Vid. COMADIRA, Julio Rodolfo, op. cit., p. 245.

²¹⁴ Vid. MELÉNDEZ, Florentín, «La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», San Salvador, El Salvador, 1999, p. 61.

²¹⁵ Vid. Decreto Legislativo No. 777 de fecha 18 de agosto de 2005, publicado en el D.O. No. 160, Tomo 368 de fecha 31 de agosto de 2005.

Finalmente, en lo relativo al control judicial, señala Julio Comadira que «los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de la situación de necesidad y urgencia invocada por el Poder Ejecutivo, como el trámite para su dictado²¹⁶». En nuestro medio, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es del criterio que «es admisible el control jurisdiccional de toda clase de decretos, inclusive los que solamente lo son en la forma, respetando los principios que sustenta la independencia de los tres Poderes del Estado y el ejercicio de las facultades y atribuciones que le son privativas de acuerdo con las disposiciones constitucionales²¹⁷». En consecuencia, si la autoridad ha procedido en apego al estado de urgencia o necesidad, no tiene en principio responsabilidad por los hechos producidos, es una especie de eximente de responsabilidad Estatal,²¹⁸ pero en el caso de abusos, es evidente la responsabilidad personal del funcionario y del Estado, conforme a lo que dicta nuestra Constitución.

5.5. Órganos con facultad reglamentaria

Aparte de de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, nuestra Constitución atribuye dicha potestad a la Corte de Cuentas de la República y a los Concejos Municipales.

5.5.1. La Corte de Cuentas de la República, organismo independiente fiscalizador de la Hacienda Pública, goza de la atribución de dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones (Art. 195 ordinal 6º Cn²¹⁹)

²¹⁶ Vid. COMADIRA, Julio Rodolfo., op. cit., p. 253.

²¹⁷ Vid. Sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 17-2001, el 11/XI/03.

²¹⁸ Vid. BIELSA Rafael, «Derecho Administrativo», t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 99.

²¹⁹ Vid. Art. 195.- «La fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se denominará Corte de Cuentas de la República, y que tendrá las siguientes atribuciones: (...) 6ª-Dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones».

La Ley de la Corte de Cuentas al desarrollar la norma constitucional le otorga la facultad reglamentaria a dos órganos de la institución: al Presidente de dicha Corte y a la Cámara de Segunda Instancia, al primero le corresponde dictar el Reglamento Orgánico-Funcional (artículos 5 numeral 18 y 6), el Reglamento para la Determinación de Responsabilidades (artículos 5 numerales 2 letra c, 11 y 17, 6 y 8 numeral 6), el Reglamento Interno de Personal (Art. 8), y el Reglamento para el Registro y la Contratación de Firmas Privadas de Auditoría (artículos 5 numerales 6 y 17, 6 y 39); facultando a la Cámara de Segunda Instancia en el Art. 17 numeral 3 a dictar las disposiciones reglamentarias para el cumplimiento de la función jurisdiccional de la Corte de Cuentas.

5.5.2. Los Concejos Municipales dentro de su autonomía pueden decretar sus ordenanzas y reglamentos locales (Art. 204 ordinal 5º Ch y 30 numeral 4 C.M.)²²⁰.

Esta potestad constitucional diáfana en nuestra Carta Magna otorgando la facultad reglamentaria a los Municipios, es una situación que ratifica la intención del constituyente de fortalecer el municipalismo en El Salvador, dado que como Estado unitario, es nuestra única manifestación de descentralización territorial autónoma²²¹; ya que, por ejemplo en España²²² su Constitución no contiene disposición expresa alguna concerniente a la potestad normativa de los entes locales, tratándose por la doctrina²²³ y por la jurisprudencia²²⁴ como una potestad implícita e inherente a la autonomía, como una manifestación del autogobierno municipal²²⁵.

²²⁰ Similar facultad encontramos en el Art. 253 in fine de la Constitución Política de Guatemala, no así en la otras Constituciones Centroamericanas.

²²¹ n buen referente de Estado unitario con una gran descentralización Municipal, es el Francés, paradigma a seguir con nuestras matizaciones y realidades tercermundistas. Vid. GANGAS PEIRÓ, «El Sistema político de Francia», en ALCÁNTARA SAEZ, Manuel, «Sistemas políticos de la Unión Europea», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.p. 205 y ss.

²²² Vid. BLASCO DÍAZ J. «Ordenanza Municipal y Ley» Madrid, Marcial Pons, 2001, p.81

²²³ Ibidem.

²²⁴ Vid. STC de 21 diciembre 1989 (Ar.214)

²²⁵ Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., op. cit., p. 282, expone el autor que: «Por lo que se refiere a la segunda cuestión, a los titulares de la potestad reglamentaria, el artículo 97 de la Constitución, la predica únicamente del Gobierno (...). Pero no sólo el Gobierno es el titular de la potestad reglamentaria, pues existen otros órganos constitucionales, de

5.5.3. Órganos con facultad reglamentaria otorgada por la ley

La ley ordinaria también otorga facultad reglamentaria a otras entidades, verbigracia la Corte Suprema de Justicia, a la que la Ley de la Carrera Judicial le da la potestad para desarrollar el contenido de dicha ley (Art. 82); otro ejemplo es el del Art. 58 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura que le da la atribución de decretar el reglamento de la ley al referido Consejo; igualmente el caso ya mencionado del Reglamento General de la Ley Orgánica de la Universidad de el Salvador, que según los artículos 16,19 literal «c» y 86 de esa ley, es atribución de la Asamblea General Universitaria la aprobación del mismo; también la Ley de la Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos en su artículo 12 ordinal 9º, le confiere la atribución al Procurador de emitir el reglamento para la aplicación de la ley y los reglamentos internos que fueren necesarios.

A manera de sumario es dable establecer que la facultad reglamentaria puede tener su origen habilitante en la Constitución y la ley, y que además la misma puede ser expresa e implícita. En relación a la primera que es obvia, se refiere a cuando de forma llana se enuncia la autorización a favor del organismo correspondiente, en cambio se entiende, que una entidad tiene facultad reglamentaria implícita cuando el ordenamiento la ha dotado de una verdadera autonomía frente a los demás órganos del Estado, verbigracia la Corte Suprema de Justicia, El Consejo Nacional de la Judicatura, etcétera.

5.5.4. Crítica a la facultad reglamentaria

Pocos realizan un ataque tan frontal e implacable a los reglamentos como el insigne Gordillo, calificándolos de una fuente «perniciosa de

los cuales también puede éste predicarse. Así, nos encontramos con la potestad reglamentaria de las Cámaras Legislativas (...). Igualmente, las diversas entidades territoriales, municipales, provincias y Comunidades Autónomas, son titulares de la potestad reglamentaria».

ilegalidad e injusticia»²²⁶. Siendo éstos, irónicamente, la más desplegada y movediza de las fuentes. Y es que la Administración se olvida que la función de legislar, es connatural para el legislativo y extraordinaria para ella.

Existe una tendencia a normar reglamentariamente de forma exagerada, a veces, sobrepasando los límites de la ley. Así cuantos reglamentos, ordenanzas y disposiciones de carácter general existen que sólo los conoce el funcionario emisor y su círculo cercano.

El abuso en reglamentación de las leyes se está convirtiendo en una seria amenaza a la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica²²⁷. Los reglamentos han sido instrumentos de arbitrariedad e incluso del capricho de los funcionarios, pues cuando la Administración quiere justificar una actuación ilegítima, dicta la norma irracional y luego la cumple y la ejecuta.²²⁸

Nosotros somos renuentes a admitir que a través de reglamentos se generen trámites y recursos, dado que los mismos pueden ser conducto de favoritismos para la Administración, además del problema de su pobre divulgación, sobre todo en el campo municipal, criterio que lamentablemente en algunos casos no ha sido mantenido por la jurisprudencia, la cual en este aspecto ha caminado en arenas movedizas.

Así cuantas «tasas» municipales que tienen origen en ordenanzas son verdaderos impuestos, vulnerando el principio de legalidad en materia tributaria²²⁹ (en El Salvador los Municipios pueden emitir sus propias

²²⁶ Vid. GORDILLO, Agustín, op. cit., p. VII-39.

²²⁷ Vid. CEJ, «Gobernar mediante reglamentos», en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005, p. 63. «(...) Lejos de acercarnos a un Estado de Derecho, donde la ley define lo que se puede hacer y no se puede hacer, nos acercamos a un «estado reglamentario», puesto que las leyes facultan precisar, definir, completar o regular muchas actividades por vía reglamento o instructivo (...). Hemos pasado del exceso de leyes a un exceso de reglamentos».

²²⁸ Vid. GORDILLO, Agustín, op. cit., p. VII-39.

²²⁹ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha declarado, de un modo general y obligatorio, la inconstitucionalidad del contenido de diversas ordenanzas municipales, en las cuales se determinaba el cobro de una tasa que, en el fondo, no era más que un impuesto disfrazado. Muestra de ello es el proceso en el cual, dicho Tribunal declaró inconstitucional el cobro de la tasa estipulada en la Ordenanza Reguladora de la Comercialización de Bebidas Alcohólicas realizado por la municipalidad de San Rafael Obrajuelo, pues determinó que «No se concibe que los impuestos puedan ser establecidos por el Ejecutivo (...) ya sean nacionales o locales, el Órgano competente para su emisión es únicamente la Asamblea Legislativa, ya que el Municipio solamente goza de iniciativa de ley de conformidad con el Art. 133 ord. 4° de la Constitución». (Sentencia de inconstitucionalidad pronunciada en el proceso bajo Ref. 42-2000, el día 14/X/2003.

«tasas», más no los impuestos, los cuales son decretados por la Asamblea Legislativa mediante ley, Arts. 131 ord. 6º, 204, 231 Ch., Art. 3 C.M. y Art. 7 LGTM²³⁰)

Como lo dijimos precedentemente, para reducir los abusos de la facultad reglamentaria, es recomendable que en nuestro país se establezca un verdadero procedimiento para decretar reglamentos, el cual cuente con una fase de consulta pública en la ciudadanía y en los sectores interesados en la Reglamentación concreta, a fin de evitar que la Administración cometa excesos en su emisión.

5.6. Procedimientos de emisión y mecanismos de impugnación

5.6.1. Procedimientos de emisión

En el sistema jurídico nacional, no se cuenta con un procedimiento depurado de formación de los Reglamentos de Ejecución. Las disposiciones que regulan esos aspectos son genéricas.

Así el Art. 5 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo nos dice que «Los Decretos, Acuerdos, Ordenes y Providencias del Presidente de la República, deberán ser autorizados y comunicados de conformidad al Art. 163 de la Constitución».

Al remitimos a la disposición constitucional aludida (Art. 163 Ch), ésta nos indica que «Los decretos, acuerdos, órdenes y providencias del Presidente de la República deberán ser refrendados y comunicados por los Ministros en sus respectivos Ramos o por los Viceministros en su caso. Sin estos requisitos no tendrán autenticidad legal»

²³⁰ Vid. Art. 7.- «Corresponde a la Asamblea Legislativa, crear, modificar o derogar impuestos Municipales, a propuesta de los Concejos Municipales, mediante la emisión del Decreto Legislativo correspondiente. Es competencia de los Concejos Municipales, crear, modificar o suprimir tasas o contribuciones especiales mediante la emisión de la ordenanza....» LGTM.

Siendo que los reglamentos son dictados por medio de Decretos del Presidente de la República en ejercicio de la Facultad reglamentaria concedida por el Art. 168 ordinal 14 Ch.; podemos colegir que estos necesitan de las solemnidades administrativas referidas.

Sobre el refrendo ministerial, en un régimen presidencialista como el nuestro, es un medio de dar autenticidad al acto dictado por el presidente, como lo dice nuestra constitución, a la manera de otras formalidades que existen en la actuación administrativa, judicial y notarial (verbigracia el Art. 84 Pr.c. y 34 Ley del Notariado).

La Sala de lo Constitucional, probablemente retomando las ideas de Fraga y de Cáceres Grosa, ha expuesto que: «El referendo ministerial es un mecanismo por el cual los Ministros, al consentir un acto del Jefe de Estado -refrendo material - no solo asumen cierto grado de responsabilidad mediante la firma que estampan al pie del documento en que normalmente se concreta -refrendo formal-, sino que además ejecutan el requisito que da autenticidad legal a los actos del Jefe de Estado o Presidente de la República - decretos, acuerdos, órdenes y providencias.- La firma del Ministro puesta al pie del documento es un acto «certificante» del actuar del Jefe de Estado, que tiene por objeto limitar - pero no anular - el poder personal del que goza aquel; es decir, que el poder asignado al Presidente de la República se ejercita realmente a partir de la firma puesta por el Ministro²³¹ »

En cuanto al requisito de la publicidad, es claro, que toda norma jurídica es obligatoria en el territorio de la república en virtud de su solemne promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. Por lo tanto los reglamentos deben publicarse en el Periódico o Diario Oficial, siendo la fecha de la promulgación, la fecha de dicho periódico (Art. 6 C.C).

²³¹ Vid. Sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad ref. 22-1996 el 1/II/2001.

El Art. 7 C.C. establece un período de 12 días posteriores a la promulgación para que las normas sean obligatorias (período de *vacatio legis*)

Por su parte el Art. 140 Ch, que se encuentra dentro del título VI Órganos del Gobierno, Atribuciones y Competencias Capítulo I, Órgano Legislativo, Sección Segunda La Ley su formación, promulgación y Vigencia; indica que el período de conocimiento de la ley después de su publicación es de ocho días.

Bajo este ideario, comparto con algunos juristas que el Art. 7 C.C., se encuentra tácita y parcialmente derogado, por el Art. 140 Ch., con respecto al plazo de «*vacatio legis*» otorgado para la «ley». Estableciendo el Art. 6 inciso segundo C.C. que lo preceptuado para la ley, se entiende para las demás disposiciones de carácter general; por tanto, al haberse modificado constitucionalmente el término de *vacatio legis* para aquélla, se entiende de igual forma para los reglamentos.²³²

En síntesis, los reglamentos de Ejecución deben tener las siguientes formalidades y requisitos:

- i) Por regla general tienen que ser dictados por medio de un Decreto del Presidente de la República. (Art. 168 ord. 14 Ch).
- ii) Deben ser refrendados y comunicados por el Ministro, o en su caso por el Viceministro del ramo al que esté vinculado el reglamento (Art. 163 Ch).
- iii) Es preciso que sean publicados en el Diario Oficial, teniendo un período de conocimiento posterior a la publicación de 8 días.

²³² Algunos juristas nacionales de forma verbal han sostenido que la derogatoria de la Constitución sobre el C.C., con respecto a la *vacatio legis* se refiere únicamente a la ley, más no para el Reglamento, quien conserva el término de doce días. Agregando que la disposición constitucional es específica para la ley, y esta dentro de un contexto relacionado singularmente al proceso de formación de esta fuente del derecho; en cambio, la normativa del C.C., expresamente indica: «que todo lo preceptuado es igualmente aplicable a los reglamentos, decretos y demás disposiciones de carácter general.» (Art. 6 inc. 2º CC.) . Sin embargo, en la práctica se sostiene lo contrario, otorgándole a los reglamentos un plazo de conocimiento de 8 días, en una aplicación extensiva del Art. 140 Ch.

Como podemos ver, lo que El Salvador tiene es un pseudo trámite de emisión de reglamentos; en consecuencia lo más conveniente es que a través del reglamento interno del órgano ejecutivo (reglamento autónomo), o mejor aun por medio de una ley general de procedimientos administrativos, se dicte un procedimiento depurado de estas normas, que incluya una audiencia pública²³³ previa a su emisión, a efecto de que exista un control ciudadano que implique una discusión sobre la conveniencia, legalidad y constitucionalidad del proyecto de reglamento. Esto legitimaría dicho trámite, y minoraría los excesos del poder ejecutivo.

5.6.2. Mecanismos de impugnación

Los dispositivos de impugnación judicial de los reglamentos, suelen clasificarse en: a) directos, y b) indirectos.

a) La impugnación directa²³⁴:

Es aquella acción que se ejerce llanamente contra la norma reglamentaria, bajo la base de que es inconstitucional o ilegal, teniendo como pretensión que sea declarada antijurídica o nula con efectos generales y obligatorios para toda la comunidad.²³⁵

Es elemental para la colectividad establecer métodos efectivos de control respecto de las potestades reglamentarias. «El recurso contra reglamentos ejerce en la sociedad una verdadera función purgativa al evitar de raíz que un vicio inserto en un reglamento se propague, se multiplique, amplifique sus efectos en la extensión y en el tiempo a través de los miles y miles de actos singulares de aplicación de este reglamento²³⁶».

²³³ Sobre las audiencias públicas, Vid. GORDILLO, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», t. II, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Capítulo XI.

²³⁴ Vid. AYALA, José María y otros, op. cit., p. 71; GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano», Bogotá, Temis, 1985, p. 181; DROMI, Roberto, op. cit., p. 329.

²³⁵ Como ejemplo de esto, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, en su Art. 25, dispone que «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general (...).

²³⁶ Vid. GARCIA DE ENTERRIA E. «La lucha contra las inmunidades del poder», 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p.p. 83 y 84.

En El Salvador, el único mecanismo que tiene estas características, es el proceso de inconstitucionalidad en el que cualquier ciudadano puede atacar una norma reglamentaria o legislativa ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por ser contraria a la Carta Magna y al ser declarada estimativa la sentencia definitiva, es obligatoria de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona, por lo cual debe publicarse en el Diario Oficial (artículos 174 Ch, 2, 10 y 11 de L.Pr.C.).

Es de señalar que el Contencioso Administrativo nuestro, tristemente no contempla el mecanismo de impugnación directa de reglamentos ilegales.

b) La impugnación indirecta²³⁷:

Es la que se ejerce contra un acto administrativo que esta fundamentado en un reglamento inconstitucional o ilegal. Ello indica que no es el reglamento per sé el que se adversa, sino el fruto del mismo, la providencia ilegítima, que es tal por estar sustentada en una norma antijurídica; por ende, los efectos obligatorios de la sentencia se restringen solamente a las partes en disputa y no a la sociedad en general.

En nuestro país existen dos vías que recogen estas particularidades:

b.1 El amparo constitucional: por medio del cual, el agraviado por un acto emitido por una autoridad puede demandar ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la anulación de dicha providencia por estar sustentada en un reglamento - para el caso- contrario a la Constitución (artículos 247 inciso primero Ch., Arts. 12 y 35 L.Pr.C.); y

²³⁷ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., op. cit., p. 183.

b.2 La acción contencioso administrativa: contra actos que se pronunciaren en aplicación de disposiciones de carácter general emanadas de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad; acción de la cual conoce la Sala competente de la Corte Suprema de Justicia, teniendo la declaratoria de ilegalidad efectos para la validez y consecuencia singular del acto impugnado, quedando vigente aun el reglamento ilegal que sostenía a aquél (artículos 3 letra «c» y 32 de la L.J.C.A).

Adicionalmente, es de agregar que el llamado control difuso de la Constitución es aplicable también a los reglamentos, en virtud que nuestra Carta Magna dispone en el Art. 185 que, «Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos contraria a los preceptos constitucionales (incluyendo por tanto a los reglamentos)».

Es de aclarar que en sede administrativa sería admisible la impugnación indirecta de los reglamentos a través de los distintos y dispersos recursos que nuestras leyes plantean contra los actos administrativos ilegales, mas no existe en esta sede un mecanismo de impugnación directa.

5.7. Diferencias entre el Reglamento de ejecución y la ley ordinaria

Hemos sostenido que en su núcleo los reglamentos y las leyes son normas jurídicas del derecho positivo coincidiendo ambos en su esencia. Empero existen diferencias formales importantes resaltadas por la doctrina aplicable²³⁸ a nuestro ordenamiento:

²³⁸ Vid. FRAGA, Gabino, op. cit. p.p. 106 y 107; ACOSTA ROMERO M., op. cit. p.p. 542 y 543; GUTIÉRREZ L., op. cit. p. 77; DIEZ, Manuel María, op. cit., p. 98. Para un resumen del estudio de la doctrina alemana, italiana y francesa sobre la vinculación: ley y reglamento, véase GARCÍA OVIEDO, C. op. cit. p.p. 180 y ss.

1. La más importante en cuanto al punto de vista del principio de jerarquía normativa la ley es siempre superior al reglamento.
2. En relación al Órgano que la dicta, la ley tiene su origen en la Asamblea Legislativa; en cambio, el reglamento en el Presidente de la República.
3. La ley es un acto complejo, en virtud de que en su proceso de formación intervienen dos órganos fundamentales del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo, a diferencia del reglamento que es un acto unilateral que emana del Órgano Ejecutivo.
4. En cuanto a su dependencia, una ley es obligatoria y ejecutiva sin necesidad de que exista un reglamento que la desarrolle, en cambio no puede haber un reglamento sin ley previa.
5. En referencia a su vigencia, un reglamento no puede sobrevivir al desaparecer la ley que desarrollaba, en cambio para que la ley sea abrogada o derogada, es necesario otro acto de igual carácter (Principio de Autoridad Formal de la Ley).
6. En relación a su contenido, en El Salvador la ley tiene reservada todas las materias de la convivencia social; y el reglamento tiene un rol secundario de desarrollar o facilitar la ejecución de aquella, pero sin poder ampliar o disminuir su contenido.

Es trascendental comentar que existen doctrinarios que creen factible la posibilidad que un Reglamento sobreviva, no obstante ser abrogada la ley de la cual depende²³⁹, si en las disposiciones transitorias de la nueva ley se establece que conservará su vigencia. Ejemplo de tal situación es el Art. 219 LOAC que señala en lo atinente que mientras no se emitan los nuevos Reglamentos, continuarán vigentes los Reglamentos de Aviación Agrícola, de Licencias al personal Técnico Aeronáutico, de Marcas de Nacionalidad y Matrículas de Aeronaves Civiles, de Tránsito Aéreo, etcétera. Esta técnica legislativa nos parece, con todo respeto,

²³⁹ Vid. ACOSTA ROMERO, M., op. cit., p. 543.

desatinada, dado que cada Reglamento de Ejecución es creado para desarrollar una ley en especial, no pudiendo existir armonía con un cuerpo normativo posterior, a menos que la Administración Pública emisora del reglamento, contara con un don de clarividencia jurídica para decretar un Reglamento de Ejecución de una ley que es dictada años después de la norma reglamentaria.

5.8. Síntesis

Sobre el tema de los reglamentos en el derecho administrativo, podemos condensar lo siguiente:

- Constituyen un resabio del antiguo poder legislativo que ejercía el monarca en los regímenes absolutistas de la Europa continental desde el siglo XV hasta el XVII.

- Irrefutablemente son normas jurídicas emanadas de autoridades administrativas, constituyéndose en una fuente creada por y para la Administración.

- El germen de la potestad reglamentaria puede estar en la Constitución o en la ley.

- Es una fuente incierta para los administrados, por lo que debe ser objeto de severas limitantes y extensos controles judiciales directos e indirectos.

5.9. Manifestaciones Normativas Municipales

5.9.1. La Autonomía Municipal

Previo, a desarrollar las expresiones normativas municipales en nuestro país, vale lacónicamente comentar algunos aspectos básicos de la autonomía municipal, enteramente en conexidad invariable con aquellas tipologías normativas.

Estamos enterados que no hay unanimidad sobre el concepto de «autonomía», el cual se vuelve en muchas ocasiones ambiguo e indeterminado²⁴⁰, adicionamos nosotros, «muy trasnochado por lo políticos».

Con todo, en términos genéricos, la autonomía, procede del vocablo griego «autónomos»²⁴¹, compuesto de nomos que significa «ley», autos que significa «propio», «por sí mismo», es la potestad de la que pueden gozar, dentro de un Estado, entidades entrañadas en él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno. Este significado jurídico tiene su umbral en la escuela publicista alemana, que implantaron el concepto para diferenciarlo del de soberanía, en el sentido de enunciar con él una facultad de autonormación de órganos gubernamentales distintos del Estado central soberano; ello es un ordenamiento jurídico secundario²⁴² y paralelo al nacional.

La Sala de lo Constitucional de la CSJ, ha reconocido que la «autonomía es una pieza fundamental de la función propia de los entes locales, pues asegura la debida articulación del diseño de descentralización del Estado previsto en la Constitución»²⁴³.

En argentina, constituye un fallo paradigmático, sobre el reconocimiento de la autonomía, el caso «Rivademar» en el que se estableció que las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial que tienen un ámbito propio a administrar y que no son una mera repartición administrativa del gobierno central, pues poseen autoridad en su territorio y poder para designar o remover a sus empleados²⁴⁴.

²⁴⁰ Vid. GIULIANO Diego A. «Derecho Municipal; Autonomía y Regionalización Asociativa», Buenos Aires, Ediar, 2005, p.46.

²⁴¹ Vid. OSSORIO, Manuel, y otros, «Enciclopedia Jurídica OMEBA», t. I, Buenos Aires, Driskill, 1986, p. 961. El sentido de esta palabra ha variado con el tiempo. Los griegos la llamaban «autónomo» y los romanos «autonomi» a los estados que se gobernaban por sus propias leyes y no estaban sometidos a ningún poder extranjero.

²⁴² Vid. GIULIANO Diego A. , op. cit. p.p. 46 y 47

²⁴³ Vid. Sentencia de amparo bajo referencia 794-2002, emitida el 14/ XI /2003.

²⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de marzo de 1989, causa «Rivademar, Ángela c. Municipalidad de Rosario», R. 953, LXXI.

En Venezuela su Sala de lo Constitucional ha indicado que « la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales..la libre gestión de las materias de su competencia que garantiza la Constitución a los municipios, se trata de una libertad condicionada, no sólo por las limitaciones que directamente impone el Constituyente sino por todas aquellas que puede imponer el legislador nacional²⁴⁵»

En nuestro país, sobre lo desarrollado, la Sala de lo Constitucional en sentencia de amparo²⁴⁶, ha expresado que «..La autonomía de los municipios es una pieza fundamental de la función propia de los gobiernos locales, pues asegura la debida articulación del diseño de descentralización del Estado previsto en la Constitución. Por ello, su calidad como garantía institucional, más que como un derecho, posibilita su protección por la vía del Proceso de Amparo para que las municipalidades puedan defender sus facultades..De acuerdo a nuestra Constitución..el modelo de Estado incorpora el que los municipios gocen de autonomía para el efectivo ejercicio de sus funciones y facultades; por ello, tienen, además, un ámbito propio y exclusivo de intereses, determinados comúnmente por la legislación secundaria (Código Municipal) con base en la misma Constitución. Igual sería decir que, para la gestión de sus propios intereses, los municipios tienen constitucionalmente garantizada autonomía, sin que esto habilite para incidir en forma negativa sobre los intereses generales de la nación: los intereses locales son limitados y compatibles con la unidad en que en definitiva se insertan.»

²⁴⁵ Vid. BREWER-CARIAS Allan, «Derecho Administrativo» t.II, Colombia, Universidad Externado de Colombia; Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 322.

²⁴⁶ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Amparo bajo referencia 794-2002 de fecha 14-11-2003.

Continuando con nuestra exposición las dimensiones de la autonomía local en nuestro ordenamiento son: política, administrativa, económica y técnica.

1º) En cuanto a la autonomía política, advertimos que no existe una declaración expresa, sino implícita en la Constitución, pero su fundamento más concreto es el Art. 2 del C.M. que establece que el Municipio tiene autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del Municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, reconociéndole inclusive el ordenamiento el establecimiento de un cuerpo policial municipal. (Art. 4 No 21 C.M.). También, es reflejo indudable de la autonomía política, el poder dictar sus propias normas comunales²⁴⁷, es decir, el decretar las ordenanzas y reglamentos locales. (Art. 204 ordinal 5ª Ch. y 3 numeral 5 C.M.). Incluso en ejercicio del poder político pueden las Municipalidades asociarse o concertar entre ellas convenios cooperativos a fin de colaborar en la realización de obras o servicios que sean de interés común. (Art. 207 inciso 2º Ch.). Es que, en efecto la autonomía política implica una posibilidad de orientación política en la comuna, diferente de la que eventualmente rige al Estado central, en la dirección de sus intereses locales y de acuerdo a su competencia.²⁴⁸

2º) La autonomía administrativa, reconocida de forma explícita en el Art. 203 Ch, y que significa el gestionar libremente en las materias de su competencia; y nombrar y remover a los funcionarios y empleados de sus dependencias, mejor dicho, la instauración del régimen administrativo municipal – artículos 204 ordinales 3º y 4º ; y 3 numerales 3 y 4 del C.M.–. En otros términos, es una especie de autonomía funcional, entendida como la facultad del Municipio de producir sus propios reglamentos organizativos internos y de manejar por sí y ante sí, sus competencias en materia local²⁴⁹.

²⁴⁷ En Venezuela se habla de autonomía normativa, refiriéndose a la facultad del Municipio de dictar su propio ordenamiento en las materias de su competencia. Vid. BREWER- CARTAS Allan, op. cit. p. 326

²⁴⁸ Vid. GIULIANO Diego A, op. cit. p. 48.

²⁴⁹ Ídem, p. 58.

Esto es, una atribución de autogestión, que le permite por ejemplo otorgar permisos, sancionar, contratar conforme a la LACAP, concesionar, prestar los servicios públicos y estructurar su régimen administrativo.

3º) La autonomía económica y financiera, tiene en El Salvador, dos grandes derroteros:

- a Las atribuciones tributarias locales dentro de su competencia, ello envuelve: 1. la creación, modificación y extinción de tasas y contribuciones públicas; y 2. la elaboración de sus tarifas de impuestos y las reformas a las mismas, para proponerlas como ley a la Asamblea Legislativa. (artículos 204 Cn ordinales 1º y 6º; 3 C.M. numerales 1 y 6); y
- b La facultad de decretar su Presupuesto de Ingresos²⁵⁰ y Egresos (artículos 204 ordinal 2º; 3 C.M. numeral 2; y el Título VI del C.M.) Es de mencionar que la relación ingreso y egreso debe guardar el equilibrio que permita satisfacer eficientemente las necesidades colectivas de la Comuna.²⁵¹

4º) La Autonomía técnica, establecida de forma expresa en los artículos 203 Cn abarca principalmente a nuestra juicio, la discrecionalidad en la escogitación del Municipio de los mecanismos técnicos más eficientes a utilizar para prestar los servicios públicos

²⁵⁰ El Art. 63 del C.M. nos establece que los ingresos del Municipio son: «1.- El producto de los impuestos, tasas y contribuciones municipales; 2.- El producto de las penas o sanciones pecuniarias de toda índole impuestas por la autoridad municipal competente, así como el de aquellas penas o sanciones que se liquiden con destino al municipio de conformidad a otras leyes. Igualmente los recargos e intereses que perciban conforme a esas leyes, ordenanzas o reglamentos; 3.- Los intereses producidos por cualquier clase de crédito municipal y recargos que se impongan; 4.- El producto de la administración de los servicios públicos municipales; 5.- Las rentas de todo género que el municipio obtenga de las instituciones municipales autónomas y de las empresas mercantiles en que participe o que sean de su propiedad; 6.- Los dividendos o utilidades que le correspondan por las acciones o aportes que tenga en sociedad de cualquier género; 7.- Las subvenciones, donaciones y legados que reciba; 8.- El producto de los contratos que celebre; 9.- Los frutos civiles de los bienes municipales o que se obtengan con ocasión de otros ingresos municipales, así como los intereses y premios devengados por las cantidades de dinero consignados en calidad de depósitos en cualquier banco; 10.- El aporte proveniente del fondo para el desarrollo económico y social de los municipios establecido en el inciso tercero del Art. 207, de la Constitución en la forma y cuantía que fije la ley; 11.- Las contribuciones y derechos especiales previstos en otras leyes; 12.- El producto de los empréstitos, préstamos y demás operaciones de crédito que obtenga; 13.- El precio de la venta de los bienes muebles e inmuebles municipales que efectuare; 14.- Los aportes especiales o extraordinarios que le acuerden organismos estatales o autónomos; 15.- Cualquiera otra que determinen las leyes, reglamentos u ordenanzas.»

²⁵¹ El artículo 76 C.M. indica: «El presupuesto de egresos contendrá las partidas correspondientes para la atención de las funciones, actividades y servicios municipales, así como las que correspondan a inversiones y a aportes para fundaciones, empresas, sociedades, instituciones municipales autónomas y demás organismos de carácter municipal o intermunicipal».

bajo su competencia, y en la libertad de elaboración y ejecución de planes de desarrollo local.

5.9.2. Las Normas Municipales

En un plano teórico²⁵² podemos referirnos a cuatro tipos de norma municipales: Las ordenanzas, los reglamentos, los planes y los bandos, los que desarrollaremos así:

A. Las ordenanzas y los reglamentos

Como nos habíamos anticipado, nuestra Constitución habilita al Municipio a decretar ordenanzas y Reglamentos locales (Arts. 204 Ch ordinal 5º; y 3 C.M. numeral 5).

En líneas generales, las disposiciones que emanan de los cuerpos legislativos municipales se denominan ordenanzas. Tales normas jurídicas deben ser promulgadas y publicadas para entrar en vigencia. Solo otra ordenanza puede derogar y modificar a una anterior y son obligatorias dentro de las demarcaciones territoriales de cada municipio de la que proviene²⁵³ y son dictadas por el Concejo Municipal.

El C.M. establece la diferencia entre dos disímiles normas locales, prescribiendo que «las ordenanzas» son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local. En cambio, los «reglamentos municipales» constituyen normas, disposiciones y mandatos sobre el régimen interno municipal y de prestación de servicios. Ambos entran en vigencia ocho días después de ser publicados, requisito necesario para la obligatoriedad general de los particulares, autoridades nacionales, departamentales y municipales (artículos 32, 33 y 35 C.M.)

²⁵² Vid. BLASCO DÍAZ, J. op. cit. pp. 59 y ss.

²⁵³ Vid. LOSA, Néstor Osvaldo, «Derecho Municipal, Público Provincial y Contravencional», Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 162.

En esa línea, la literatura jurídica²⁵⁴ enuncia la posible divergencia entre los conceptos de reglamento - sobre todo los orgánicos - y la ordenanza, explicando que el primero sería la manifestación de la facultad de autoorganización de los Municipios y la segunda la manifestación reglamentaria propiamente dicha. Queremos decir, que las ordenanzas regularían las relaciones externas de los entes locales, como en la función de policía y tributaria; en contraste, los reglamentos se desplegarían en el ámbito interno o doméstico de los mismos²⁵⁵.

De esta forma solo las ordenanzas serían verdaderas normas reglamentarias que tienen incidencia en la esfera jurídica de los administrados, adscribiéndose como fuentes del Derecho, en cambio las otras serían simples normas con proyección interna²⁵⁶. Sin embargo, el desarrollo del C.M. salvadoreño, no conserva en su tratamiento de repartición de competencia normativa, con pureza, tal diferencia conceptual que el mismo delimita en sus artículos 32 y 33.

Lo que sí nos parece claro es que, las ordenanzas constituyen actos legislativos con efectos generales y obligatorios, de sustancia y naturaleza jurídica normativa, es decir, leyes en sentido material, pero que tienen un ámbito reducido dentro de la comuna y que son una manifestación del ejercicio del poder político de la entidad local. Más aun, son normas emanadas de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; similar a la ley, en el sentido de ser una expresión soberana de la voluntad popular²⁵⁷ local²⁵⁸.

Lo anterior nos introduce a otra cuestión compleja de resolución: las relaciones entre las ordenanzas y las leyes.

²⁵⁴ Vid. ELASCO DÍAZ, J., op. cit. pp. 59 y 60.

²⁵⁵ Ibidem

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Vid. LOSA, Néstor Osvaldo, op. cit. p. 99. Recogiendo dichas ideas véase además la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el fallo «Promenade S.R.L. c. Municipalidad de San Isidro s/ recurso extraordinario», del 24 de agosto de 1989.

²⁵⁸ Vid. CEJ, «las Ordenanzas Municipales no son Leyes», en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005, p. 103. Parece desmeritar el valor de las ordenanzas considerándolas simples reglamentos. Sin embargo, realiza una dura crítica que compartimos al abuso de las ordenanzas que se inmiscuyen en los temas reservados a la ley nacional.

Es que a pesar que la primera tiene un perímetro local y la segunda un ámbito nacional, sus objetos de competencia son difusos en algunas ocasiones; adicionalmente suelen existir invasiones de competencia mutuas, presentándose conflictos normativos entre ambas, que ponen de relieve la colisión entre el principio de autonomía municipal y el principio de supremacía y reserva de ley.

Hay que advertir que desechemos liminarmente el suponer que tal relación es idéntica y ni siquiera similar a la existente entre ley y reglamento de ejecución²⁵⁹; ello porque existen diferencias sustanciales que hacen de tal planteamiento un mito jurídico que debe ser superado y esclarecido en los estudiantes de derecho. Primero los reglamentos de ejecución se originan de la Administración central con el único fin de facilitar la ejecución de una ley nacional concreta, no pudiendo ampliar o restringir a ésta; en cambio, las ordenanzas son dictadas por una entidad municipal autónoma, regulando tópicos locales, bajo una habilitación de competencia directamente otorgada por la Constitución. Constituyéndose, como ya las conceptualizamos, como verdaderas «leyes locales»²⁶⁰.

No obstante, debe admitirse que la ley, tiene cierto grado de supremacía relativa sobre la ordenanza, pero no sobre la concepción tradicional de jerarquía normativa, que se torna inaplicable en esta relación, sino en el hecho de la preponderancia del ordenamiento jurídico nacional del que deviene la ley, sobre el local, cuya representación es la ordenanza.²⁶¹ Esto significa que el C.M. (ley nacional) por dictado constitucional constituye una norma marco para los Municipios, cuyos principios y disposiciones no pueden ser contradichos por las ordenanzas.

Pero, a parte del C.M., las relaciones de las leyes y las ordenanzas, sólo pueden resolverse por medio del principio de competencia que,

²⁵⁹ Ideas similares con las matizaciones españolas en LASAGABASTER HERRARTE, I, «La Potestad legislativa de las Comunidades Autónomas» Oñate, España, IVAP, 1982, p. 41

²⁶⁰ Vid. BREWER - CARIAS, Allan, op. cit., p. 326.

²⁶¹ Vid. BLASCO DÍAZ J. op. cit. pp. 74 y 75.

determinará si el tópicamente objeto de examen le compete regularlo de forma de forma privativa a un ordenamiento²⁶² nacional o al municipal en su caso. En el primero será aplicable la ley en virtud de su predominio, en el segundo la ordenanza, tal análisis normativo ha sido reconocido por nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo²⁶³.

B. Los planes y los bandos

En sentido lato, «un plan» es todo proyecto, esquema o preparación de obra o proceder; constituyendo un programa o previsión de gobierno²⁶⁴.

Nuestra Constitución en su Art. 205 establece que los Municipios deberán emitir los planes de desarrollo local correspondientes, disposición ratificada por el Art. 4 numeral 1 C.M.

Dichos planes sobre todos los urbanísticos, son instrumentos jurídicos programáticos de ordenación local, que no tienen un carácter reglamentario.

Por otra parte, son foráneos a nuestra legislación actual, los llamados bandos²⁶⁵, que son aquellos avisos u órdenes de autoridades municipales de los que se da cuenta a la población afectada o interesada.²⁶⁶ Vale indicar que su valor normativo es discutible y más parecen actos administrativos del Alcalde que retoman o previenen a la población del cumplimiento de ordenanzas o leyes.

²⁶² Vid. COSCULLUELA MONTANER, op. cit. p. 52.

²⁶³ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 95-D-2003 del 12/IV/2002.

²⁶⁴ Vid. OSSORIO, Manuel, op. cit., p.577; CABANELLAS, Guillermo, op. cit. p. 256.

²⁶⁵ Los bandos fueron muy usados en el periodo de la colonia española y sobrevivieron durante el siglo XIX, como medio principal de las entidades locales, para dar a conocer acuerdos u órdenes, por escrito o verbal, por medio de pregones en las ciudades del país, sin embargo han caído en desuso por los avances de los medios tecnológicos de comunicación.

²⁶⁶ Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros «Enciclopedia Jurídica Básica», Madrid, v. I, Civitas, 1995, p. 763, en la voz: bando.

5.9.3. Conclusión

Queremos comentar que el tema de la normativa municipal resulta ser poco explorado en nuestro país, quizás por lo profuso del mismo, del cual resultan más cuestionamientos que respuestas. Sin embargo, después de este escueto ensayo, colegimos que según nuestro ordenamiento, el Municipio cuenta con una autonomía normativa que se exterioriza por medio de las ordenanzas, las cuales son plenamente «leyes locales», cuya relación con las demás normas del ordenamiento jurídico no ha de realizarse mediante el método tradicional de la pirámide kelseniana, sino considerando los principios de competencia, autonomía municipal, sujeción a los parámetros del C.M. y reserva de ley.

6. NORMAS TÉCNICAS E INSTRUCTIVOS O CIRCULARES

6.1. Concepto y naturaleza de las normas técnicas

Las normas o reglas técnicas son las que se refieren a los medios o acciones presumiblemente más eficientes de que se sirve una ciencia o arte para llegar a la consecución de un fin determinado. Por ejemplo una regla técnica en el arte culinario que indique la forma más idónea para la elaboración de una limonada, que prescriba primero mezclar el agua con el azúcar y luego al final combinarlo con el sumo de limón.

Otra definición señala que norma técnica es un «documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la

experiencia y sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad²⁶⁷».

Las reglas técnicas o directrices, nos dice Von Wright en su obra *Norma y Acción*²⁶⁸, «guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin». No nos obligan a asumir determinados fines, pero –de alguna manera– nos «imponen» los medios para conseguir tales fines. Por ello, uno de los elementos necesarios en las normas técnicas es el deseo o la intención del agente de alcanzar un determinado fin: La formulación típica de estas normas adopta la forma de una oración condicional en cuyo antecedente se menciona la cosa que se desea y en cuyo consecuente se menciona «algo que tiene que (hay que, debe) o no tiene que hacerse». Las instrucciones para el uso serían ejemplos de directrices; asimismo, la oración «Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla», expresa, según Von Wright, una norma técnica.

Sobre la naturaleza de dichas normas el iusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio sostiene que «por lo que particularmente se refiere al derecho, hay que advertir que la observancia de las reglas técnicas suele presuponerse, sobre todo en las relaciones contractuales. Así por ejemplo, quién confía a un escultor la ejecución de una estatua, a un abogado la dirección de una causa, o a un ingeniero la construcción de un puente, presupone que aquel a quien encomienda el trabajo se obliga, por el mismo hecho de aceptarlo, a observar las reglas propias del arte o profesión respectivas. Estas devienen pues, un elemento integrante del contrato de obra o de prestación de servicios; y si las reglas técnicas correspondientes son violadas por culpa del profesional o del artista, la otra parte puede exigir con toda justicia una reparación. En este caso hay, por consiguiente, una verdadera concurrencia de normas jurídicas y

²⁶⁷ Vid. Art. 2, letra b) del Decreto 2269, emitido el 16 de septiembre de 1993 por el Presidente de la República de Colombia.

²⁶⁸ Vid. GONZÁLEZ LAGIER, D., «Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas», *Doxa* Núm. 14, 1993, p. 473, comentando a Von Wright

técnicas; pero es necesario no olvidar que las dos clases de reglas difieren esencialmente. Los preceptos técnicos no son por sí mismos, propiamente bilaterales y coercibles. Pero las reglas técnicas tómanse coercibles cuando la actividad correspondiente se convierte en contenido de una relación contractual de tal manera que otra persona resulta facultada para exigir su aplicación»²⁶⁹.

Lo anterior indica que el carácter de la exigibilidad del cumplimiento de las reglas técnicas, nace en virtud de un vínculo jurídico previo que puede ser legal o contractual, y del cual forman una parte inímbita (Arts. 1308, 1309 C.C)

Al extrapolar estas ideas al derecho público, podemos mostrar que, por ejemplo, cuando la Administración o un particular concesionario prestan un servicio público, están obligados a cumplir en su ejecución con aquellas normas técnicas que garanticen la normalidad y regularidad del mismo, caso contrario incumplirán en sus obligaciones jurídicas derivadas de la ley o del contrato de concesión. En algunos casos se encuentra inclusive en juego la vida de los usuarios, así los concesionarios del servicio de transporte aéreo deben de guardar todas las regulaciones de seguridad aérea emanada del ente regulador, de acuerdo a la habilitación concedida a éste por la norma administrativa.

Firmemente, razonamos que las normas técnicas no son jurídicas en su naturaleza, ya que no pertenecen al ámbito del derecho, sin embargo se toman obligatorias y exigibles por un tercero en virtud de que nacen a raíz de deberes originados por normas administrativas y, por lo tanto, cuando se viola la norma técnica también se infringe la ley en la cual encuentra su origen. En este ideario Cassagne señala que, «..El cuadro de las potestades atribuidas a los entes -administrativos- regulatorios ofrece una rica gama de poderes reglamentarios tanto en materia de seguridad y procedimientos técnicos, medición y facturación de los

²⁶⁹ Vid. DEL VECCHIO, Giorgio, «Filosofía del Derecho», Barcelona, Bosch, 1997, p. 326.

consumos, control y reconexión de suministros²⁷⁰...» De forma que un reglamento puede asumir como propia una norma técnica, remitiéndose a ella e imponiendo su cumplimiento obligado, en cuyo caso la norma técnica alcanza naturaleza reglamentaria.²⁷¹

6.1.2. Posturas en debate sobre la naturaleza de las normas técnicas

Es destacable, las posturas que manifiestan que puede haber instrucciones técnicas no obligatorias; normas de la Ciencia técnica correspondiente para arquitectos, ingenieros higienistas, no jurídicas, pero en cuanto se recogen en un reglamento son jurídicas, obligatorias; verbigracia, hay disposiciones de carácter técnico que son también jurídicas sobre instalaciones eléctricas, el alcantarillado, etc. Si sobreviene una desgracia a consecuencia de una mala instalación contraviniendo el reglamento del servicio, hay no sólo responsabilidad para los instaladores sino también para las autoridades que hubieran consentido la contravención, si se requiere una licencia administrativa²⁷².

En El Salvador, es muy frecuente que la ley le otorgue a órganos administrativos la facultad de emitir reglas o normas técnicas, en tales casos en su forma será un reglamento y en su contenido una norma técnica. Para otro sector, puede su envoltura ser identificada como un acto administrativo genérico, verbigracia un acuerdo dictado por un ente regulador que contenga una serie de requerimientos técnicos.

Lo anterior tiene mayor incidencia en aquellas entidades gubernamentales, que en virtud de la ley, persiguen como función primordial la fiscalización de instituciones privadas dedicadas a la prestación de servicios públicos²⁷³. Podemos citar el caso del Art. 5 letra c) de la Ley de

²⁷⁰ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., p. 503.

²⁷¹ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit. 189. Comentando la STS de 14 de junio de 2001.

²⁷² Vid. ÁLVAREZ GENDÍN, S., op. cit., p. 207.

²⁷³ Vid. La parte final del inciso tercero del Art. 110 Cn expresa que «También le corresponde (al Estado) regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales; las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador».

Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones que preceptúa que es atribución de la Superintendencia dictar normas y estándares técnicos aplicables a los sectores de electricidad y de telecomunicaciones; y en virtud de dicho precepto, ha emitido diversos acuerdos tales como el número 192-E-2004²⁷⁴ que contiene la regulación de los índices e indicadores de referencia, para calificar la calidad con que las empresas distribuidoras deben suministrar el servicio de energía eléctrica a sus usuarios finales.

Es de advertir que estas normas se encuentran en un marco de relaciones concreto y determinado, cual es la ordenación de un sector económico que por su posición estratégica en la economía de un país – llámese Banca, Bolsa, energía o telecomunicaciones –, parece requerir de ciertas reglas singulares de difícil encaje en la dogmática clásica con la que se viene manejando tradicionalmente el derecho administrativo²⁷⁵.

Incluso la respuesta de la doctrina clásica al carácter forense de estas regulaciones ha sido abrumadoramente negativa, reconociéndoles importe político, pero no valor jurídico, reprochándoles además su ausencia de publicación en el Diario Oficial. Exigiendo los más radicales que toda esta normativa debe ser objeto de ley para su exigencia²⁷⁶.

Tales posturas enfrentan la deficiencia central de olvidar que las normas técnicas, morales y jurídicas, son para la filosofía igualmente obligatorias. Además como ya lo indicamos la bilateralidad (exigibilidad por un tercero) y la coercibilidad de dichas preceptivas no nace de su esencia o naturaleza, sino de ley o del contrato que la respalda.

En cuanto a la publicación, apunta ello claramente que prima una condición de eficacia, que puede igualmente entenderse cumplimentada por medios distintos a los propios de las normas jurídicas²⁷⁷.

²⁷⁴ Emitido por el Superintendente en San Salvador a las quince horas con treinta minutos del día treinta de diciembre de dos mil cuatro.

²⁷⁵ Vid. TEROL GÓMEZ, R., «El Control Público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras», Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 114.

²⁷⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., «Administración Pública y Electricidad», Madrid, Civitas, 1997, p. 167.

²⁷⁷ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., *op cit.*, p. 169.

Es que, como acertadamente lo ha venido indicando el Tribunal Constitucional Español, sólo resultan contrarias al principio de publicidad aquellas normas de «imposible o muy difícil conocimiento²⁷⁸». A nuestro juicio la promulgación de la normativa no necesariamente tiene que ser en el Diario Oficial, aunque sería lo más recomendable, pero pueden presentarse otras opciones, como el internet, diarios de mayor circulación, comunicaciones directas a los interesados, etcétera.

Por otra parte, extraer toda esta normativa técnica y traerla a la reserva de la ley, es hoy en día una postura únicamente defendible en el ámbito teórico, dado que con los vaivenes políticos-partidistas que rodean el proceso de formación de ley, resulta totalmente impracticable, perdiéndose el valor eficaz que se pretende con la implementación de las distintas normas técnicas.

También es de considerar que esta regulación debe de partir de dos elementos que sus detractores parecen perder de vista, *prima facie*, la facultad reglamentaria no es exclusiva del Órgano Ejecutivo y, segundo, estamos ante una «reglamentación de tipo técnica²⁷⁹» que, en efecto, lo más razonable es que debe ser dictada por los órganos especialistas²⁸⁰ en cada área: telecomunicaciones, energía eléctrica, aeronáutica, bolsa de valores, banca, etcétera.

Es curioso incluso que nuestro Código Penal eleva a la categoría de delitos los casos: a) Del Art. 267 Ph., constitutivas de contravención a

²⁷⁸ Vid. STC de 2 noviembre 1989, (Ar. 179). En igual sentido, Vid. STC de 29 junio 1998 (Ar. 3), STC de 16 enero 2003 (Ar. 141).

²⁷⁹ Vid. TEROL GÓMEZ, R., op. cit., p. 113.

²⁸⁰ Los entes administrativos más conocidos en la legislación salvadoreña que están facultados, para emitir normas técnicas son: Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (Art. 5 letra c) de la Ley de Creación de la SIGET), Superintendencia del Sistema Financiero (artículos 3 letra c) y 10 letra b) de la Ley Orgánica de la SSF), Superintendencia de Valores (Art. 4 letra e) de la Ley Orgánica de la SUPERVAL), Superintendencia de Pensiones (Art. 5 letra u) Ley Orgánica de SP), Autoridad Marítimo Portuaria (Art. 7 numerales 3, 6, 22, 23, 24, 25, 26 Ley General Marítimo Portuaria), Autoridad de Aviación Civil (Art. 7 numerales 5 y 6 LOAC), Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (Arts. 40, 50, 83, 103, 137, 138, 149 y 154 Código de Salud), Ministerio de Educación (Art. 12 Ley General de Educación), Corte de Cuentas de la República (Art. 5 numeral 2 Ley de la Corte de Cuentas), Consejo de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública y Auditoría (Art. 36 letra g de la Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría), Consejo Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad «CONAIPD» (Art. 17 Ley de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad), Los integrantes del Sistema Nacional de Protección al Consumidor conformado por la Defensoría del Consumidor, las dependencias del Órgano Ejecutivo y demás instituciones que entre los asuntos de su competencia les corresponden velar, sectorialmente, por los derechos de los consumidores o vigilar a las empresas que operan con el público (artículos 151 y 153 letra f de la ley de Protección al Consumidor).

las Reglas de Seguridad en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas; y b) Del Art. 278 Pn., que constituye la trasgresión a las medidas de seguridad e higiene en perjuicio de los trabajadores. En ambas situaciones se concretiza una tipificación penal por la trasgresión a normativas de carácter técnico.

En cuanto al derecho administrativo sancionador, es más evidente el caso del Art. 43 letra f) de la Ley de Protección al Consumidor, disposición que considera como infracción grave sancionada con multa, el ofrecer bienes en los que no se cumplan las normas técnicas vigentes.

6.2. La Constitucionalidad en la emisión de las Normas Técnicas

Un aspecto trascendental a considerar en toda esta normativa es la constitucionalidad de la facultad de los entes administrativos para emitir dichas normas²⁸¹. Una primera postura tradicional, siguiendo una interpretación histórica y literalista, niega de forma rotunda tal habilitación, partiendo de las ideas clásicas de la división de poderes en que sólo la Asamblea o Parlamento tiene a su cargo la función legislativa, en cambio el Ejecutivo simplemente ejecuta, este diseño es el proyectado por el legislador constituyente cuando establece que a la Asamblea le compete fundamentalmente la atribución de legislar, siendo tal atribución indelegable, tal y como se extrae de los artículos 86 inciso primero y 121 Ch. La otra posición, con aires más renovadores, nos conduce por una interpretación funcional o teleológica, tomando como punto de partida nuestra realidad social actual, sobre todo con la mutación de los servicios públicos privatizados y/o desregulados y el entorno de la defensa de los consumidores, situaciones que requieren un control mucho más agresivo de parte de la Administración; encontrando tal pensamiento, la potestad

²⁸¹ Sobre los entes administrativos reguladores salvadoreños y su semejanza con las agencias federales norteamericanas, Vid. FUSADES, «Los Entes Reguladores en la Legislación Salvadoreña», Boletín de Estudios Legales, números 52 y 53.

para dictar la normativa aludida, en la atribución constitucional genérica dada al Estado de regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas (Art. 110 inciso final Ch.) Nos adherimos a la postrera moción, por considerar que la primera es totalmente impracticable y solo defendible desde un plano teórico, a menos que por preservar una aparente filosofía revolucionaria del siglo XVIII, sus postulados se conviertan en su fin y no los intereses de los ciudadanos. La realidad salvadoreña es abrumadora y el único pequeño freno de los prestadores de servicios y grandes proveedores, lo constituyen los entes reguladores, quienes necesitan, para desarrollar su labor de fiscalización, establecer los parámetros técnicos que deben seguir los prestadores de los servicios; por otra parte, por seguridad jurídica de los proveedores, usuarios y regulados, es razonable que se sepa de parte del organismo especializado, con certeza, cuáles son los estándares técnicos que deben respetarse. Otra justificación a la que antes habíamos hecho alusión, es a la que apunta a la naturaleza de estas normas, o sea a su carácter verdaderamente técnico, lo que nos conduce a que su emisión es más propia de la función administrativa que de la legislativa. Y es que la prestación de los servicios públicos ha sido considerada ancestralmente como parte esencial de la labor del Ejecutivo, por lo que, no es descabellado, constitucionalmente, que sea éste quien concrete la normativa técnica que permita la regularidad del servicio en manos de prestadores privados y en otras situaciones análogas en que se evidencie el interés colectivo.

6.3. Recapitulación

Extractando, podemos indicar:

1. Las normas técnicas son dictadas por la Administración, por lo cual son formalmente una especie de reglamentos de ejecución,

- 2 A pesar de ello, ontológicamente su esencia es de carácter técnico,
- 3 Las leyes administrativas actuales, suelen habilitar a la Administración a dictarlas, dada la enorme actividad cambiante que se despliega en la función administrativa,
- 4 Su valor no ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia nacional, empero, por «costumbre» los particulares aceptan su obligatoriedad, ya sea, por su valor intrínseco o por la ley que las respalda.
- 5 La emisión de normas técnicas puras por parte de la Administración, no viola la Constitución, a menos que se invada la esfera de temas reservados a la ley

6.4. Los Instructivos o Circulares

Conforman la normativa interna que un Órgano superior, en ejercicio del principio de jerarquía, dicta para los Órganos inferiores dependientes. Tienen un carácter eminentemente doméstico hacia el seno de la Administración Pública. Pueden ser individuales o generales, según se dirijan a un funcionario o a un conjunto de funcionarios²⁸². En el primer caso, toman la forma de «oficios» y en el segundo de «circulares»²⁸³. Por su forma, que no requieren publicación, no pueden ser vinculantes a los particulares quienes son terceros foráneos de ellos; tampoco por su naturaleza, ya que su teleología o finalidad es la de reglar servidores públicos, empleados o funcionarios. Esto último se ve plasmado en el Art. 14 numeral 8 IOAC, el cual señala como atribución del Director Ejecutivo: «Emitir circulares internas que contengan directrices organizacionales, reportes, normas, y controles administrativos, que faciliten a los empleados la efectiva ejecución de sus funciones».

²⁸² Vid. SAYAGUÉZ LASO E. *op. cit.* p.159.

²⁸³ Vid. AYLWIN Patricio, *op. cit.* p. 73

Su contenido es muy diverso, pues va desde mecanismos operativos internos, manejo de archivos, formación de expedientes, régimen de conducta interna, atención al público, control de fotocopias de la oficina, limitación del uso de una porción del edificio donde ésta se ubica, etc.

En nuestro sistema legal, se arrastra desde hace muchos años, una mala práctica que desnaturaliza los instructivos, dándoles valor de normas jurídicas dirigidas a los particulares, regulando requisitos que éstos deben de cumplir para con la Administración; esto fue muy frecuente en el Ministerio de Hacienda. Cuando un particular llega a una oficina pública, con demasiada frecuencia se encuentra que se le exige el cumplimiento de requisitos que no están en la ley y de los que no tenía conocimiento, con la excusa de que el titular ha emitido un instructivo que los contempla, imponiéndoles cargas, procedimientos y sanciones, etc.²⁸⁴

Del mismo modo, en algunos casos, la ley cae en la impropiedad de establecer que instructivos de entes regulatorios, son vinculantes para los particulares que son objeto de fiscalización. Ejemplo claro de ello es el Art.13 letra b) de la Ley Orgánica de la SP, el cual establece que «corresponde especialmente al Superintendente emitir los instructivos, resoluciones y demás disposiciones necesarias para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia y el funcionamiento del Sistema de Ahorro para Pensiones y del Sistema de Pensiones Público».

Cuando se presentan estas situaciones donde se esconden normas jurídicas bajo el antifaz de los instructivos, ontológicamente estamos ante verdaderos reglamentos, por lo que, con independencia del vocablo utilizado para denominarlo, éstos deben cumplir con todos los requisitos de las mismas, especialmente con el de publicación en el Diario Oficial que garantice su conocimiento de parte de los administrados; aún más, cuando tal regulación va dirigida a determinados sectores, como el de

²⁸⁴ Vid. CEJ, *Gobernar mediante instructivos*, en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005, p. 93. Esta arbitrariedad es una usurpación de funciones que ha sido criticada.

telecomunicaciones o aeronáutico, lo ideal es que la notificación o comunicación sea además particular a todo sujeto vinculado, sin perjuicio de su publicación en diarios de mayor circulación, internet u otros medios.

7. FUENTES MEDIATAS, SUBSIDIARIAS O SUPLETORIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

7.1 Definición

Existen fuentes subsidiarias que el ordenamiento las recoge con la finalidad de solventar las carencias o vacíos de normas positivas escritas, tales son: a) la costumbre, b) los principios generales del derecho, c) la doctrina de los expositores del derecho; y d) la jurisprudencia; a las cuales habrá que recurrir a falta de texto normativo expreso²⁸⁵.

7.2 La Costumbre

La costumbre es un derecho consuetudinario que no ha sido dictado por el legislador estatal, mas tiene cierto vigor y está constituido por un conjunto de reglas jurídicas tradicionales que se vienen repitiendo arraigadas en la conciencia de quienes las observan o cumplen esas normas²⁸⁶.

En materia civil -Art. 2 C.C.- la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Con respecto al ámbito mercantil el Art. 1 C.Com., preceptúa que en defecto de leyes mercantiles se regirán por los usos y costumbres y a falta de éstos por las normas del C.C.

Según el Código de Trabajo - Art. 24 literal e) -, en materia laboral la costumbre de la empresa constituye fuente de la misma.

²⁸⁵ Vid. MARIENHOFF, Miguel, op. cit. p. 214.

²⁸⁶ Vid. BIELSA Rafael, op. cit. p.89.

Dicho esto, podemos establecer algunas notas distintivas²⁸⁷ de las normas consuetudinarias:

1º Son normas de naturaleza jurídica y no meros usos sociales o de cortesía;

2º Son creadas por grupos sociales foráneos a los organismos legislativos del Estado; y

3º Se identifican por su forma de producción y de manifestación: procreación en los grupos sociales y el uso reiterado, respectivamente. Desde luego, el componente primordial de la costumbre, es el uso social, por el cual debe concebirse la actuación de la mayoría de una comunidad social, que concuerda en un preciso modelo o regla de conducta, efectiva, reiterada, uniforme y continuada, sin perjuicio de excepciones aisladas²⁸⁸.

A partir del contenido de la legislación salvadoreña, podemos extraer algunos caracteres de la costumbre, coincidentes en el ordenamiento español:²⁸⁹

A) Es una fuente subsidiaria, o lo que es igual, cumple una función supletoria de la ley, - artículos. 2 C.c. y 2 C. Cm. , Art. 1º C.c. esp. - o sea a falta de ley

B) La costumbre es una fuente singular del Derecho. Su proceso de formación es distinto al de la ley.

C) Quien alega la costumbre ante los tribunales, debe probar su existencia, contenido y alcance de las normas consuetudinarias,²⁹⁰ no rigiendo el principio de que nadie puede alegar ignorancia de la ley.²⁹¹ - Apartado 3 del Art. 1º C.c. esp. -

²⁸⁷ Vid. DÍEZ - PICAZO, L. y GULLÓN, Antonio, «Sistema de Derecho Civil» v. I, Madrid, ed. 11ª, Tecnos, 2004, p.132.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Vid. DÍEZ - PICAZO, L. y GULLÓN, Antonio, op. cit., p. 135.

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Vid. Artículo 8 C.C.: «No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente grave hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre el lugar de la residencia del Gobierno y el departamento en que debe regir. En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que durare la incomunicación.»

D) Cuando la ley se remite a la costumbre de forma expresa, le otorga un valor normativo especial y un ámbito de aplicación bajo su reserva, de suerte que la norma consuetudinaria tiene un valor preferente²⁹² -Art. 2 C.C.- Así sucede en algunas disposiciones de la Ley General Marítima Portuaria²⁹³ que en sus artículos 145²⁹⁴, 147²⁹⁵ y 156²⁹⁶, hace expresa remisiones a la costumbre, en relación a los contratos de carga y transporte de personas.

Una disposición recogida en una norma administrativa que creemos representa el sentido de la utilización de la costumbre en nuestro derecho administrativo, es el establecido en el Art. 5 de la IOAC, que indica que en materia aeronáutica en los casos no previstos en la ley, los reglamentos, regulaciones y tratados internacionales deberán de resolverse con los principios del derecho común, y a falta de éstos por los usos y costumbres de la actividad de aviación civil y por la doctrina legal.

De ahí que, por su relación con la ley administrativa, la costumbre puede ser:

a) *Contra legem*, contraria a la ley, por tanto violatoria del principio de legalidad y prohibida; es que ninguna costumbre, por más apoyo que tenga del poder administrador, podrá derogar o modificar lo que ordena una norma del legislador²⁹⁷;

b) *Secundum legem*, conforme a la ley, esto es que se limita a interpretar de una manera determinada un texto de la ley.

²⁹² Vid. DÍEZ - PICAZO, L. y GULLÓN, Antonio, op. cit. p. 136.

²⁹³ D.L. No. 994 de fecha 19 de septiembre de 2002, publicado en el D.O. No. 182, Tomo 357 del 1 de octubre de 2002.

²⁹⁴ Vid. Art. 145. «... El cargador deberá entregar los efectos en el tiempo y forma fijados por el transportador y, en su defecto, de conformidad con lo que establezcan los usos y costumbres sobre la materia...»

²⁹⁵ Vid. Art. 147. «... El transportador deberá entregar la carga en el puerto de destino de acuerdo con lo que disponen el conocimiento o manifiesto de carga, las reglamentaciones aduaneras y portuarias y los usos y costumbres sobre la materia...»

²⁹⁶ Vid. Art. 156. «...En el precio del pasaje estará comprendido el del transporte del equipaje del pasajero, dentro de los pesos y volúmenes establecidos por el transportador o por los usos y costumbres, entendiéndose como tales los efectos de uso personal del pasajero...».

²⁹⁷ Vid. FIORINI Bartolomé, «Derecho Administrativo» t.I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p.70. En la misma línea, Vid. ENTRENA CUESTA, R. op. cit. p.134.

Nuestro C.C., al igual que el español, no dice nada respecto a ella, pero este silencio no debe interpretarse como admisión²⁹⁸. Esto nos lleva a que el precedente administrativo, mejor dicho, la práctica reiterada de la Administración en la interpretación de una norma, no es vinculante para sí y menos para los tribunales. Pero conviene precisar que, si no valor normativo estricto, el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe o de una actitud arbitraria; pero tal disquisición, se desvincula de la temática de la costumbre, encontrando su soporte en el principio de igualdad. Esta brillante explicación propia de García de Enterría²⁹⁹, logra conciliar, sin saberlo, desde el viejo continente, el polémico artículo 5 de nuestro Código Tributario, que establece como fuente la doctrina legal³⁰⁰ emanada de un organismo administrativo como lo es el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, es decir, el precedente administrativo, conformado por tres fallos uniformes y no interrumpidos, en materias idénticas en casos semejantes. Quedando claro que la obligatoriedad de la referida doctrina legal (entiéndase precedente administrativo) quedaría singularmente circunscrita a la propia Administración, y con el fin de salvaguardar la igualdad de los administrados, y no por la costumbre per se.

c) En cuanto a la costumbre praeter legem o a falta de ley o como fuente supletoria de la ley administrativa, hay que distinguir, entre la costumbre engendrada por los particulares, este el caso, de normas de derecho privado, aplicables a relaciones jurídicas-administrativas³⁰¹; y la llamada práctica administrativa, supra aducida.

Se distingue además la costumbre, del uso administrativo³⁰² (término también acuñado por la legislación salvadoreña); ésta se

²⁹⁸ Vid. DÍEZ - PICAZO, L. y GULLÓN, Antonio, op. cit. p. 136.

²⁹⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Curso de...» op. cit. p.72

³⁰⁰ Estamos concientes que es impropio del legislador, confundir las figuras del precedente administrativo con la doctrina legal, institución propia de los tribunales de casación, pero tal debate escapa al objeto de nuestro estudio.

³⁰¹ Vid. ENTRENA CUESTA, R. op. cit. p.135.

manifiesta dentro de la Administración, en su ámbito interno. Son pautas operativas de carácter material impuestas por los administradores; para su validez deben tener la aprobación expresa o tacita de la autoridad jerárquicamente superior³⁰³ y debe quedar claro, que no tienen vinculatoriedad con los derechos de los administrados³⁰⁴

Palpablemente, debido al enfoque formalista³⁰⁵ de tradición dogmática³⁰⁶ cerrada del principio de legalidad, se considera al derecho administrativo, como una rama jurídica integrada por normas escritas³⁰⁷. Por consiguiente, la costumbre sólo será aplicable cuando la norma administrativa la invoque³⁰⁸ expresamente a manera de «costumbre delegada»³⁰⁹, añadiendo nosotros, que opera únicamente para situaciones vinculadas a la esfera jurídica de los particulares y a actividades de la Administración que no impliquen la modificación de sus potestades, ya que éstas pertenecen al monopolio de la ley, sobre todo, en las actuaciones materiales de los organismos administrativos, ponemos por caso, el manejo de los archivos de los expedientes.

Por tanto, la costumbre no es una fuente administrativa directa³¹⁰ y tan sólo tiene un carácter secundario y supletorio³¹¹ y con las matizaciones indicadas.

³⁰² Vid. MERKL, Adolfo, *op. cit.*, p.142. Establece los usos en dos sentidos: 1. sinónimo de costumbre. 2. como un aspecto un tanto disímil que es aquella norma jurídica que se aplica constantemente dentro de un determinado círculo de interesados en virtud del convencimiento de su obligatoriedad jurídica y bajo la previa aprobación, por lo menos tacita del legislador. En consecuencia, para él la diferencia con la costumbre es que el uso tiene autores particulares y concretos.

³⁰³ Vid. FIORINI Bartolomé, *op. cit.* p. 71.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ Vid. GARCÍA TREVIJANO FOS, J., «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974, p. 318.

³⁰⁶ Vid. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Contestaciones del Derecho Administrativo al Programa de Judicatura», 3ª ed., Madrid, Constitución y Leyes, 2001, p.51.

³⁰⁷ Vid. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Manual Básico de Derecho Administrativo», Madrid, Tecnos, 2003, p. 97.

³⁰⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 71 En el mismo sentido Vid. CAZORLA PRIETO, L., «Temas de Derecho Administrativo», 3ª ed., Madrid, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 1983, p. 78.

³⁰⁹ Vid. PÉREZ DE LEÓN, Enrique, *op. cit.*, p. 145.

³¹⁰ Vid. LLUIS Y NAVAS, J., «Elementos de Teoría General del Derecho», Barcelona, Bosch, 1988, p.52.

³¹¹ Vid. MARTÍNEZ ROLDAN L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ J., *op. cit.*, p.16.

7.3. Los Principios Generales Del Derecho.

Los principios generales del derecho son discernimientos que suelen ser aceptados universalmente³¹², en algunos supuestos positivizados de manera expresa³¹³ o implícita, o bien reconocidos por la jurisprudencia; y que tienden a establecer bases justas y equitativas para las soluciones jurídicas³¹⁴, frente a la insuficiencia³¹⁵ de las normas escritas.

Resulta innegable que los tribunales fundan algunas de sus decisiones en reglas que no derivan directamente de una fuente escrita que calce al caso concreto, tales pautas son los principios generales del derecho, siendo vanguardia en esta técnica, el Consejo de Estado Francés.³¹⁶ Así sucedió en el caso resuelto por el prestigioso Consejo, (el 5 de mayo de 1944, *Veuve Trompier-Gravier, S.*, 1945.3.14, GA, núm. 66) que se trataba de un recurso por exceso de poder entablado por una persona, a la cual se le había concedido la autorización de explotar un quiosco de periódicos, contra la decisión que le había retirado esta autorización. Entre otras razones, el recurso estaba fundado en el hecho de que el interesado no había tenido la oportunidad de defenderse contra los motivos de queja alegados por la Administración. Aunque ningún texto exigiese que la señora Trompier-Gravier, tuviese la posibilidad de conocer las acusaciones presentadas contra ella y de responder a ellas, sin embargo, el Consejo de Estado estimó que «un principio general del Derecho» prohibía pronunciar contra una persona una medida que tuviera

³¹² Vid. PÉREZ DE LEÓN, Enrique, *op. cit.*, p. 146.

³¹³ Ponemos como ejemplo de positivización de principios el Art. 3 del Código Tributario que establece como principios generales aplicables a las actuaciones de la Administración Tributaria: Justicia, Igualdad, Legalidad, Celeridad, Proporcionalidad, Economía, Eficacia y Verdad Material. Otro ejemplo los identificados como objetivos en el Art. 2 de la Ley General de Electricidad. Asimismo el Art. 97 de la Ley de Protección al Consumidor en su parte final preceptúa: Las actuaciones se sujetarán a los principios de la legalidad, debido proceso, igualdad de las partes, economía, gratuidad, celeridad, eficacia y oficiosidad, entre otros.

³¹⁴ La doctrina suele ofrecer una lista no taxativa: la igualdad ante la ley, el enriquecimiento sin causa, el ser oído antes de ser sancionado, el de cosa juzgada, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, el de buena fe, el de legalidad, etc. Vid. ALTAMIRA GIGENA, J., «Los Principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo», Buenos Aires, Astrea de Rodolfo Depalma, 1972, p. 75 y 76.

³¹⁵ Vid. SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. 156.

³¹⁶ Vid. VEDEL, Georges, «Derecho Administrativo», trad. por RINCÓN JURADO, J., 6ª ed., España, Aguilar, 1980, p. 229.

carácter de sanción sin que los «derechos de defensa» fuesen asegurados, y anuló tal medida.

En el mundo anglosajón, el profesor Ronald Dworkin³¹⁷, sostiene en su teoría que, en ocasiones se presentan a los tribunales casos complejos en los que no existe una norma preexistente que los resuelva, que regule la disputa planteada, éstos a los que el jurista aludido identifica como «casos difíciles» llevan a los jueces hacia diferentes direcciones.

Para resolver estos escenarios espinosos a través de los principios, Dworkin, cita el caso *Riggs v. Palmer*:³¹⁸ en el que un nieto que era el beneficiario del testamento de su abuelo, lo mata para aceptar herencia. El testamento era válido conforme a la ley, y no existía en el ordenamiento civil ninguna causal de indignidad para que el nieto heredare al difunto. Pero el tribunal decreto que, en virtud del principio que dice que nadie puede beneficiarse de su propia culpa o aprovecharse del mal por él cometido, el nieto quedó desprovisto de la herencia. Estableciéndose una indignidad para suceder a través de un principio, y sin necesidad de texto expreso.

Cita además el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc*³¹⁹, acontecido en 1960, y ventilado en un tribunal de Nueva Jersey, donde se discutía si un fabricante de vehículos automotores podía limitar su responsabilidad en el caso de que un automóvil tuviese un defecto de fábrica., puesto que existía una cláusula contractual que restringía la responsabilidad del fabricante sólo a reparar las partes defectuosas del vehículo. No obstante, la parte actora, pretendía extender la responsabilidad a los gastos médicos, y de otro orden de las personas heridas en un accidente, ocasionado como consecuencia de un defecto en el automóvil. Sin embargo, no existía ninguna norma jurídica que impidiera al fabricante ampararse en el texto literal del contrato. Al final, el

³¹⁷ Para un resumen de las ideas del principalismo no positivista de Dworkin y sus obras *Taking Rights Seriously* (traducción española: *Los derechos en serio*, Ariel, 1997) y *Law's Empire* (traducción española: *El imperio de la Justicia*, Gedisa, 1988) véase RIDDALL, J.G. «Teoría del Derecho», Barcelona, Gedisa, 1999, p.p. 137. y ss.

³¹⁸ 115 NY 506, 22 NE (1889) «El caso Elmer». Vid. DWORKIN, Ronald, «Los Derechos en Serio», Barcelona, Ariel, 1997, p. 73.

³¹⁹ *Íbidem*.

tribunal resolvió favorable a la pretensión de la parte actora, aplicando una serie de principios tales como: i) «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne»; ii) «En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados; y iii) Los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un «pacto» en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra».

Por consiguiente, el derecho no sólo se estructura sobre normas positivas preestablecidas, sino conjuntamente en principios jurídicos. Los cuales, a diferencia de las normas, no funcionan a la manera «de todo o nada», sino que se mueven, si son relevantes, para llegar a una conclusión, como líneas directrices que los operadores del derecho han de tener en cuenta³²⁰.

Sobre las características de los principios agrega Dworkin³²¹: i) Tienen una dimensión de peso o importancia, o sea que el juez, en caso de conflicto entre dos principios, puede valorar cual es el de mayor trascendencia, ii) El origen de los principios no se encuentra en un código legislado o en una sentencia, sino en el sentido de adecuación desarrollado en la profesión y en los ciudadanos a lo largo del tiempo. De ahí, que no podemos crear una fórmula que nos indique como generar un principio jurídico y todavía menos como medir su trascendencia o peso en una escala de magnitudes³²². Tampoco podemos encerrarlos a todos los principios en una única norma por compleja que sea³²³.

³²⁰ Vid. RIDDALL, J.G. op. cit. p. 139.

³²¹ Ídem, pp. 140 y 141.

³²² Vid. RIDDALL, J.G. op. cit. p. 141.

³²³ Ibidem.

En este orden, compartimos que el origen de los principios es muy variado, indicándose varios gérmenes: el derecho romano, el derecho natural, el derecho de común, la moral y el ordenamiento jurídico mismo;³²⁴ en todo caso, a nuestro parecer, no puede negárseles el valor jurídico, con otras palabras, son verdaderas normas o fuente de derecho.

Alguien se preguntara ¿Existe una disposición genérica en El Salvador, que de pie a la utilización de los principios? A nuestro modesto entender la respuesta la encontramos en el Art. 421 Pr.c. in fine que indica que a falta de ley vigente y doctrina, las sentencias serán fundadas en consideraciones de buen sentido y razón natural. Primero, los principios suelen ser recogidos por los expositores del derecho, que sería una fórmula indirecta para llegar a ellos, en una eventual fundamentación, y segundo, creemos que las herramientas a que hace alusión la disposición citada no son metajurídicas: el buen sentido del jurista es la lógica jurídica y la razones naturales del juez, no pueden ser otras que los principios generales del derecho y la jurisprudencia.

Incluso en nuestra materia existen leyes administrativas que los recogen de forma expresa como fuente, así sucede con: LOAC- Art. 5 «principios del derecho común- , Ley General Marítima Portuaria, Ley General de Electricidad -Art. 2 «objetivos»- Ley de Protección al Consumidor - artículos 97 y 167-

Creemos que los principios generales del derecho tienen una doble función en el ordenamiento, uno teórico: alimentando y orientando en abstracto al legislador y/o al juzgador³²⁵; y otro pragmático: que busca el suplir los vacíos normativos escritos conforme a las pautas de equidad de los mismos.

En cuanto a la procedencia de los principios generales como fuente del derecho administrativo, podemos sintetizar cuatro posturas: 1- Los

³²⁴ Vid. MARIENHOFF, Miguel, op. cit. p.294.

³²⁵ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia dictada a las quince horas del día 17 de octubre de 2003, ref. 243- A-2002.

autores que excluyen de sus escritos los principios en su catálogo de las fuentes³²⁶.

2- Los que consideran que no son fuente del derecho administrativo, dado que un ligamen de este tipo bloquearía, permisivamente, la discrecionalidad con que el legislador dota en algunas ocasiones a la Administración³²⁷. También niegan su existencia como fuente, los que estiman a los principios como un simple fundamento jurídico de normas que realmente lo son.³²⁸ Esta tesis ha sido objeto de la crítica que, conforme al principio de legalidad al que está sometida la Administración Pública, el ejercicio de potestades discrecionales no pueden violar los principios generales del derecho³²⁹, los cuales en muchos casos como lo hemos dicho están positivizados.

3- Para García-Trevijano Fos, constituyen fuente directa y no subsidiaria del derecho, inclusive con un valor superior a la ley³³⁰, consecuentemente al existir conflicto con ésta, prevalecen los principios generales del derecho.

4- La postura dominante³³¹ que considera a los principios generales del derecho como una fuente subsidiaria del derecho administrativo ante la carencia de una disposición expresa que solviente el cuestionamiento jurídico.

De forma que, dicha fuente subsidiaria tendrá dos objetivos identificables para el derecho administrativo: Como una cobertura de los vacíos de las normas administrativas³³²; y como una técnica de control³³³

³²⁶ Vid. ZANOBINI, Guido, «Curso de Derecho Administrativo», traducido por PICONE, Francisco Humberto, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1954, pp. 69 y ss.; MERKL, Adolfo, op. cit., pp. 132 y ss.; BIELSA, Rafael, op. cit., pp. 48 y ss.

³²⁷ Vid. ALTAMIRA GIGENA, J., op. cit. p. 56. Dicho autor comenta las ideas de Fritz Fleiner, quien sostiene que los principios generales no son fuente del derecho administrativo.

³²⁸ Vid. SILVA CIMMA, E., «Derecho Administrativo Chileno y Comparado», 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 294

³²⁹ Vid. DIEZ, Manuel María, op. cit., p. 527.

³³⁰ Vid. GARCÍA TREVIJANO FOS, J., Tratado de..., op. cit. p. 231.

³³¹ Vid. GARRIDO FALLA, F., op. cit., p. 303; SAYAGUÉS LASO, E., op. cit., p. 156; éste autor propugna por su aplicación frente a las insuficiencias del derecho positivo, pudiendo invocarse los principios para fundar una solución justa; ENTRENA CUESTA, R., op. cit., pp. 133 y 136; MARIENHOFF, Miguel, op. cit., p. 214; ALTAMIRA GIGENA, J., op. cit., p. 1; DIEZ, Manuel María, op. cit., p. 107.

³³² Ídem, p. 76.

³³³ Ídem, p. 64.

de los actos discrecionales de la administración pública. Teniendo por su amplio espectro aplicativo un carácter no taxativo; y su dimensión y concreción dependerá del lugar y tiempo.

7.4. La Doctrina de los Expositores Del Derecho

Por doctrina se entiende la opinión de los estudiosos de una rama del derecho y las soluciones que proponen al respecto. – En este caso del derecho administrativo- La doctrina estudia la legislación y también la jurisprudencia y hace las observaciones que estima pertinente. Ese conjunto de opiniones constituye lo que se llama también el derecho de los jurisconsultos o el derecho científico.³³⁴

Siendo el derecho administrativo una rama relativamente nueva, en vía de consolidación, la doctrina que de los expositores del derecho que estudian sus problemas, sistematizan sus principios y formulan sus teorías tienen un gran interés y utilidad³³⁵. Ella proporciona los pedestales teóricos necesarios para la apropiada interpretación de las normas jurídico administrativas, estableciendo además, los componentes necesarios para el progreso y renovación de esas normas.³³⁶

Nuestra ley de la jurisdicción contencioso administrativa -Art. 53-, se remite, en lo no regulado, al Pr.C., cuyo Art. 421, positiviza el uso de la doctrina al establecer que las sentencias serán fundadas en leyes vigentes, pero en su defecto en la doctrina de los expositores del derecho.

Esta potenciación legislativa de la doctrina ha sido en muchas ocasiones la herramienta ineludible de múltiples sentencias en materia contencioso administrativa, ante la precaria legislación administrativa salvadoreña, teniendo una enorme influencia en las citas jurisprudenciales autores como: Miguel S. Marienhoff, Roberto Dromi, Alejandro Nieto y

³³⁴ Vid. DIEZ, Manuel María, op. cit., p. 117.

³³⁵ Vid. AYLWIN Patricio, op. cit. p. 81

³³⁶ Ibidem.

sobre todo el archifamoso Eduardo García de Enterría de influencia trascendental a nivel nacional y universal ³³⁷.

Sin embargo, creemos que en cierto modo han existido casos de abusos en el uso de la misma, a través de citas extensas y abstractas, más propias de una cátedra académica, que de una sentencia que pretende dirimir un conflicto. Tal técnica, desvía inoficiosamente la actividad jurisdiccional, en una distorsión del artículo 421 Pr.C., que habilita la utilización de la doctrina exclusivamente en defecto de una ley positiva, y no para fines decorativos o de demostraciones de erudición innecesarias.

7.5. La Jurisprudencia como fuente del derecho Administrativo

Es innegable que en lo administrativo la jurisprudencia tiene aún mayor valor y más amplio campo de desarrollo que en el derecho civil, por ejemplo.

En efecto, los tribunales de lo contencioso administrativo – sobre todo los que pueden juzgar el fondo o el mérito del acto, no sólo la de legitimidad-, realizan una función pretoriana, de verdadera creación del derecho administrativo, como lo ha hecho el Consejo de Estado Francés con la teoría del recurso de exceso de poder, y de desviación de poder, con la teoría de la imprevisión, con la responsabilidad del Estado, fundándola en la separación de la falta personal y la falta del servicio público, etc. Y aún en nuestra propia organización jurisdiccional, donde la competencia en lo contencioso administrativo se ha atribuido – aunque en la forma limitada a lo contencioso de plena jurisdicción – a tribunales judiciales, la jurisprudencia sobre esta materia es fuente importante de derecho ³³⁸.

³³⁷ Un catalogo extenso de doctrinarios clásicos es ofrecido por BIELSA, Rafael q. cit. p.p. 111 ss. Además, véase una selección de obras generales de derecho administrativo, posteriores a 1950 en SAYAGUÉS LASO, E., q. cit., p. 685 a 689.

³³⁸ Ídem, p.103.

Si abrogáramos el C.C., desaparecería como consecuencia el derecho civil, las decisiones jurisprudenciales perderían sus fundamentos; empero, por el contrario, si derogáramos todas las leyes administrativas dispersas, lo esencial del derecho administrativo subsistiría, ya que, el origen de éste derecho es de creación jurisprudencial y puede lograr sobrevivir sin un código formal³³⁹.

En esta línea, en El Salvador, después de los acuerdo de paz, en 1992, se ha verificado un auge en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, aparte de los aspectos sociológicos de este fenómeno, existen tres situaciones concretas que han empujado a la jurisprudencia administrativa a tomar una función materialmente legislativa fundamental en el derecho administrativo:

1º La carencia de una ley general de procedimientos administrativos;

2º La dispersión extrema de las leyes administrativas; y

3º La existencia de leyes administrativas, en el campo de los servicios públicos, demasiado genéricas que no especifican con claridad y especificidad las facultades regulatorias y de supervisión de los entes regulatorios.

Ante estas deficiencias legislativas, los entes administrativos se muestran anuentes a seguir los parámetros de comportamiento, que los tribunales de amparo y contencioso administrativo establecen en sus fallos, por el temor a ser demandados ante los mismos; ello en virtud que, en los ámbitos de constitucionalidad y legalidad respectivamente, son la máxima y última autoridad. De igual forma los litigantes, en materia de derecho administrativo, están mostrando un creciente interés por los precedentes en las acciones que promueven.

Por tanto, el valor y la importancia de la jurisprudencia en sentido genérico en los ordenamientos jurídicos romano - germánicos, en los que

³³⁹ Vid. VEDEL, Georges, op. cit., p. 47.

se le considera una fuente de segundo orden, tiene probablemente una excepción en el derecho administrativo³⁴⁰, en donde su tratamiento, valor y eficacia tienen matices sui generis que en la práctica han demostrado tener un verdadero poder normativo. En Costa Rica, por ejemplo, únicamente en el caso del derecho administrativo, el ordenamiento de forma expresa ha indicado que es fuente formal de ésta rama del derecho.³⁴¹

En El Salvador, no existe una disposición genérica, que reconozca tal situación, pero la ley administrativa del Código Tributario en su Art. 5, incluye la doctrina legal del Sala de lo Contencioso Administrativo, como fuente del derecho. Lo cual ha sido admitido por parte de la Administración Pública en un reciente acto administrativo³⁴², en el que se reconoce como doctrina legal emanada por la Sala aludida, tres sentencias de manera uniforme y no interrumpida en lo que respecta a considerar a la prestación de servicios de telefonía de terminación local de llamadas generadas en el exterior, como equivalente a exportación de servicios. Y en palabras de la Administración «se ha sentado jurisprudencia...lo cual es vinculante, con carácter obligatorio y de manera absoluta, generándose de manera automática irreversible la adhesión y adopción del criterio emanado de la Sala...» en la actuación de la Administración para otros casos subsiguientes.

Asimismo, podemos sostener que, dada la inmadurez del derecho administrativo salvadoreño, en nuestro país, solo es posible articular las reglas comunes y los principios de un procedimiento administrativo general, a través del estudio y recopilación de las sentencias emblemáticas de lo contencioso administrativo y amparo, de las respectivas Salas de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴⁰ Vid. JARA CRISTI, M., «Manual de Derecho Administrativo», Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1948, p. 45. El valor de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo es mayor que en Derecho Civil, precisamente por las condiciones en que aquél se desenvuelve, mucho más imperfectas como sistematización jurídica.

³⁴¹ Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «La Jurisprudencia Como Fuente de Derecho», San José, Costa Rica, Juricentro, 1982, pp.156 y 192.

³⁴² Vid. Resolución emitida por la Dirección General de Impuestos Internos; División Jurídica, Departamento de Tasaciones, a las nueve horas quince minutos del día doce de junio de dos mil seis, Ref. 12302-RVI-106H-2006.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

A

ACOSTA ROMERO, Miguel, «Compendio de Derecho Administrativo», 4ª ed., México, Porrúa, 2003.

AFTALIÓN, Enrique, «Introducción al Derecho», en AA.W., 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

ALESSI, Renato, «Instituciones de Derecho Administrativo», t.I, trad. por Pellisé Prats, Buenaventura, Barcelona, Bosch, 1970, p. 26.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, «Los Principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo», Buenos Aires, Astrea, 1972.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «Curso de Derecho Administrativo», v. I, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente y Duarte Martínez, Rafael, «Administración Pública y Electricidad», Madrid, Civitas, 1997.

ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, «Tratado General de Derecho Administrativo», t. I, Barcelona, Bosch, 1973.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, «Introducción al Derecho», México, McGraw Hill, 1995.

AYLWIN, PATRICIO, «Derecho Administrativo», t. I, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1959.

AYALA, José María y otros, en AA.VV. «Manual de Justicia Administrativa»,

B

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Fuentes del Derecho», Madrid, Tecnos, 1991.

BARRIERE AYALA, José Roberto, «Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento. Comentados», 2ª ed., San Salvador, El Salvador, FESPAD, 2007.

BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, «Manual de Derecho Constitucional», t. I, San Salvador, El Salvador, Centro de Investigación y Capacitación Judicial, Proyecto de Reforma Judicial, 1992.

BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y otros, en AA.VV. «Lecciones de Teoría del Derecho», Madrid, McGraw-Hill, 1997.

BIELSA, RAFAEL, «Derecho Administrativo», t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955.

BLASCO DÍAZ, José Luis, «Ordenanza Municipal y Ley», Madrid, Marcial Pons, 2001.

BODENHEIMER, Edgar, «Teoría del Derecho», trad. por Herrero, Vicente, México, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, 1986.

BODENHEIMER, Edgar y otros, «LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo», v. IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

BREWER CARÍAS, Allan Randolph, «Derecho Administrativo», t I, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2005.

BREWER CARÍAS, Allan Randolph, «Derecho Administrativo», t II, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2005.

BUERGENITHAL, Thomas y otros, en AA.VV., «Manual de Derecho Internacional Público», México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

C

CASSAGNE, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

CAZORLA PRIETO, Luis María, «Temas de Derecho Administrativo», 3ª ed., Madrid, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 1983.

COMADIRA, Julio Rodolfo, «Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios», 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Manual de Derecho Administrativo», t.I, 10ª ed., Madrid, Civitas, 1999.

CUETO RÚA, Julio Cesar, «Fuentes del Derecho», Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1960.

D

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Una teoría del Derecho (Introducción al Estudio del Derecho)», 6ª ed., Madrid, Civitas, 1995.

DE CARRERA SERRA, Francesc, «Lecturas de Derecho Constitucional», Separata de Master en Derecho, Asignatura de Derecho Constitucional, Doctorado Conjunto en Ciencias Jurídicas UAB-UJMD-UES, septiembre 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio, «Filosofía del Derecho», Barcelona, Bosch, 1997.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, «Elementos de Derecho Administrativo I», 2ª ed., México, Limusa, 2000.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel, «Compendio de Derecho Administrativo», 6ª ed., México Porrúa, 2003.

DÍAZ ROCA, Rafael, «Teoría General del Derecho», Madrid, Tecnos, 1997.

DIEZ, Horacio Pedro, «Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo», Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

DIEZ, Manuel María, «Derecho Administrativo», t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980.

DÍEZ - PICAZO, L. y GULLÓN, Antonio, «Sistema de Derecho Civil» v. I, Madrid, ed. 11ª, Tecnos, 2004.

DROMI, Roberto, «Derecho Administrativo», 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

DWORKIN, Ronald, «Los Derechos en Serio», Barcelona, Ariel, 1997

E

ENTRENA CUESTA, Rafael, «Curso de Derecho Administrativo», v.I/1, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

F

FARRANDO, Ismael y otros en AA.VV. «Manual de Derecho Administrativo»; Buenos Aires, Depalma, 2000.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, «Diccionario de Derecho Administrativo», México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FIORINI, Bartolomé, «Derecho Administrativo», t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

FLORES VALERIANO, E. «Derecho Administrativo», Universidad Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 1980.

FRAGA, Gabino, «Derecho Administrativo», 38ª ed., México, Porrúa, 1998.

G

GALINDO CAMACHO, Miguel, «Derecho Administrativo», t. I, México, Porrúa, 1995.

GAMERO CASADO, Eduardo, «Derecho Administrativo. Monografías», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001.

GAMERO CASADO, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano, «Manual Básico de Derecho Administrativo», Madrid, Tecnos, 2003.

GANGAS PEIRÓ, «El Sistema político de Francia», en Alcántara Saez, Manuel, «Sistemas políticos de la Unión Europea», Tirant Lo Blanch, Valencia,

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional», Madrid, Civitas, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La Lucha Contra las Inmunidades del Poder», 3ª ed., Madrid, Civitas, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, «Introducción al Estudio del Derecho», 44ª Edición, México, Porrúa, 1992.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, «Derecho Administrativo», t. I, 7ª ed., Madrid, Imprenta Provincial Murcia, 1959.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, «Los Actos Administrativos», 2ª ed., Madrid, Civitas, 1986.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974.

GARRIDO FALLA, Fernando, «Tratado de Derecho Administrativo», 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Interpretación y Argumentación Jurídica», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

GIULIANO, Diego A., «Derecho Municipal: Autonomía y Regionalización Asociativa», Buenos Aires, Ediar, 2005.

GÓMEZ ARIAS, Jorge Alberto, «Los Tratados», publicado en AA.VV Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Salvadoreño, Revista de Derecho, 1997

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas», Doxa Núm. 14, 1993,

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano», Bogotá, Temis, 1985

GORDILLO, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», t.I, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GORDILLO, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», t.II, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GUASTINI, Riccardo, «Concepciones de las Fuentes del Derecho», *Isonomía* (Publicaciones periódicas: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho) Nº 11, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Marcos de Jesús, «La Jurisprudencia Como Fuente de Derecho», San José, Costa Rica, Juricentro, 1982.

GUTIÉRREZ SIRVENT, Consuelo, y VILLANUEVA COLÍN, Margarita, «Sistema Jurídicos Contemporáneos», México, Oxford University Press Harla, 1998.

H

HAYEK, Friederich August, «Democracia, Justicia y Socialismo», Madrid, Unión Editorial, 1977.

HAYEK, Friederich August, «Derecho, Legislación y Libertad», Madrid, Unión Editorial, 1978.

HAYEK, Friederich August, «Los Fundamentos de la Libertad», Guatemala, Editorial Universitaria Francisco Marroquín, 1975.

HARRIS, D.J., «Cases and Materials on Internacional Law», 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

HOYOS, Arturo, «El debido proceso», Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1998.

I

IGLESIAS, Juan, «Las Fuentes del Derecho Romano», Madrid, Civitas, 1989.

J

JARA CRISTI, Manuel, «Manual de Derecho Administrativo», Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1948.

K

KELSEN, Hans, «La Teoría Pura del Derecho», San Salvador, El Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2004.

L

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «La Potestad Legislativa de las Comunidades Autónomas», Oñate, España, IVAP, 1982.

LASO, Sayagués, Enrique, «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002

LASTRA LASTRA, José Manuel, «Fundamentos de Derecho», 2ª ed., México, McGraw-Hill, 1997

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, «Filosofía del Derecho», 5ª ed., Barcelona, 1979.

LLUIS Y NAVAS, Jaime, «Elementos de Teoría General del Derecho», Barcelona, Bosch, 1988.

LOSA, Néstor Osvaldo, «Derecho Municipal, Público Provincial y Contravencional», Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.

M

MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

MARTÍN MATEO, Ramón, «Manual de Derecho Administrativo», 25ª ed., Navarra, España, Aranzadi, 2006.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael, «Derecho Administrativo», 3ª ed., México, Oxford University Press Harla, 2000.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, «Curso de Teoría del Derecho», Barcelona, Ariel, 1997.

MARTINS, Daniel Hugo, «Los Tratados Internacionales como Fuente del Derecho Administrativo», en AA.VV., Derecho Administrativo, en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

MELÉNDEZ, Florentín, «La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», San Salvador, El Salvador, 1999.

MERKL, Adolfo, «Teoría General del Derecho Administrativo», v. XI, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

MORALES AGUILAR DE FERNÁNDEZ, María Regina, «Fuentes del Derecho Administrativo», dirigido por Manuel Ballbé y Marta Franch, en AA.W., Manual de Derecho Administrativo. Una perspectiva desde los Ordenamientos Jurídicos de Guatemala y España, Catalunya, Universidad Rafael Landívar y otros, 2002.

MONTESQUIEU, «El Espíritu de las Leyes», v. 5, México, Oxford University Press, México, 1999.

O

O'CALLAGHAN, Xavier, «Compendio de Derecho Civil», t. I, 5ª ed., Madrid, Editorial del Derecho Reunidas, 2004.

ORTIZ, Eduardo, «La Potestad Reglamentaria en Costa Rica. Régimen Actual y Perspectivas», San José, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 16, 1970.

ORTIZ AHLF, Loretta, «Derecho Internacional Público», 2ª ed., México, Harla, 1993.

P

PARADA, Ramón, «Derecho Administrativo», t. I, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.

PÉREZ DE LEÓN, Enrique, «Notas de Derecho Constitucional y Administrativo», 6ª ed., México, Porrúa, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Teoría del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica», 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.

PÉREZ ROYO, Javier, «Curso de Derecho Constitucional», 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

R

RACIONERO CARMONA, Francisco, «Temas de Derecho Administrativo», t. I, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis, «Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho», 3ª ed., México, Porrúa, 1980.

RIDALL, J. G., «Teoría del Derecho», Barcelona, Gedisa, 1999.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, «Derecho Administrativo General», San José, Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 1999.

S

SAGÜÉS, Néstor Pedro, «Elementos de Derecho Constitucional», t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Derecho Administrativo», Parte General, Madrid, Tecnos, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Principios de Derecho Administrativo», v. I, 4ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, «Tratado de Derecho Administrativo», t. II, 4ª ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, «Tratado de Derecho Administrativo», t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur, «El Arte de Tener Razón», trad. por Garzón, Dionisio, Madrid, Edad, 2005

SERRA ROJAS, Andrés, «Derecho Administrativo», México, Porrúa, 1959.

SILVA CIMMA, Enrique, «Derecho Administrativo Chileno y Comparado», 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

SODERO, Eduardo, «Sobre el Cambio de los Precedentes», Isonomía, Núm. 21, octubre 2004.

T

TEROL GÓMEZ, Ramón, «El Control Público de las Telecomunicaciones» Autoridades Reguladoras», Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

TINNETI, José Albino y otros en AA.VV «Igualdad Jurídica», San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

TORRÉ, Abelardo, «Introducción al Derecho», 7ª ed., Buenos Aires, Perrot.

V

VIRALLY, Michel, «El Devenir del Derecho Internacional», México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

VEDEL, Georges, «Derecho Administrativo», trad. por Rincón Jurado, Juan, 6ª ed., España, Aguilar, 1980.

Z

ZANOBONI, Guido, «Curso de Derecho Administrativo», trad. por Picone, Francisco Humberto, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1954.

DICCIONARIOS

BURGOA, Ignacio, «Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo», 6ª ed., México, Porrúa, 2000.

CABANELLAS, Guillermo, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual», 28ª ed., Argentina, Heliasta, 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros, «Enciclopedia Jurídica Básica», Madrid, v. I, Civitas, 1995.

OSSORIO, Manuel, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», Argentina, Claridad, 1984.

OSSORIO, Manuel, y otros, «Enciclopedia Jurídica OMEBA», t.I, Buenos Aires, Driskill, 1986.

OTROS DOCUMENTOS

CEJ, «Gobernar mediante reglamentos», en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005.

CEJ, Gobernar mediante instructivos, en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005

CEJ, «Pequeños Errores para la Historia», La Prensa Gráfica, 6 de febrero de 2006.

CEJ, «Las Ordenanzas Municipales no son Leyes», en «Actualidad Jurídica Salvadoreña N° 1», San Salvador, El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, 2005.

FUSADES, «La potestad Reglamentaria en el Derecho Salvadoreño», Boletín de Estudios Legales, No 17, mayo 2002.

FUSADES, «Los Entes Reguladores en la Legislación Salvadoreña», Boletín de Estudios Legales, Números 52 y 53, abril-mayo, 2005.

MAYORA ALVARADO, Eduardo, «La Desnaturalización Histórica de la Ley» (Charla Magistral), en Comisión Legal de FUSADES, San Salvador, 24 de junio de 2000.

REVELO VAQUERO, Rodolfo, «Aspectos de la Jurisprudencia y Doctrina Legal en El Salvador», San Salvador, 1977. (Tesis Doctoral no publicada).

SECCIÓN DE TRATADOS DE LA OFICINA DE ASUNTOS JURÍDICOS DE LAS NACIONES UNIDAS, «Manual de Tratados». Disponible en la dirección: <http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbookSpan.pdf>