



DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO:

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR®

OBRA REGISTRADA:
DEPÓSITO LEGAL: 18-2017
PRIMERA EDICIÓN 2017
IUSPUBLIK S.A. DE C.V.

HENRY SALVADOR ORELLANA SÁNCHEZ

ACERCA DEL AUTOR:

Doctor en Derecho por la Universidad Dr. José Matías Delgado (2017). Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Autónoma de Barcelona (2014). Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN) (2008). Estudios Superiores en Derecho Procesal Civil y Mercantil por la Universidad Centroamérica José Simeón Cañas (UCA) (2010). Profesor del programa de Doctorado en Derecho Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona y de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Abogado y Notario autorizado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
SIN PERMISO DEL AUTOR

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. FRONTERA ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL	12
1. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	12
1.1. El lus puniendi como potestad administrativa: del Estado Policía al Derecho Administrativo Sancionador.....	12
1.2. Origen de la discusión: identidad ontológica entre delitos e infracciones	16
1.2.1. Sobre la teoría cualitativa	18
1.2.2. Sobre la teoría cuantitativa	19
1.2.3. Críticas a las teorías que proponen la distinción ontológica entre delitos e infracciones..	20
1.2.4. Nuestra postura	21
2. LA TEORÍA DE LOS MaticES EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	25
CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL COMO LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	34
3. SOBRE LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	34
3.1. Las materias administrativas como criterio de distinción para el legislador	37
3.2. La gravedad de las conductas y sanciones.....	45
3.3. En específico sobre el principio de proporcionalidad como criterio de distinción entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador	50
4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL FRENTE A LA CAPACIDAD INTEGRADORA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	56
5. PRINCIPIOS PENALES CONSTITUCIONALES	64
CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO	68
6. CONTENIDO	68
7. LA RESERVA DE LEY: NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA	72
8. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: NULLA POENA SINE LEGE CERTA	77

9.	PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA: NULLA POENA SINE LEGE STRICTA.....	86
----	---	----

CAPÍTULO IV. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO..... 90

10.	CONTENIDO	90
11.	LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD <i>IN MALAM PARTEM</i>	93
12.	RETROACTIVIDAD EN <i>BONAM PARTEM</i>	95
13.	LA DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE: PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	98
13.1.	La norma aplicable en el caso de leyes temporales y normas de procedimiento	101
13.2.	La norma aplicable en el caso de infracciones permanentes y continuadas.....	102
13.3.	La norma aplicable en el cómputo de la prescripción	104
13.4.	La norma aplicable en el caso de normas sancionadoras en blanco	105

CAPÍTULO V. PROHIBICIÓN DE DOBLE JUZGAMIENTO O *NON BIS IN ÍDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO..... 107

14.	RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO EN EL ORDENAMIENTO SALVADOREÑO	107
15.	CONTENIDO	108
15.1.	Identidad subjetiva.....	110
15.2.	Identidad objetiva y reincidencia.....	112
15.3.	Identidad de causa y el concurso de normas administrativas sancionadoras.....	117
16.	IDENTIDADES PROCESALES IMPERFECTAS.....	121
17.	EL CARÁCTER PREFERENTE DEL ORDEN PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	122
18.	LA REGLA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL <i>BIS IN ÍDEM</i>	126

CAPÍTULO VI. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO 130

19.	RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.....	130
20.	CONTENIDO	134
20.1.	Subprincipio de Idoneidad	135
20.2.	Subprincipio de Necesidad.....	136
20.3.	Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto.....	137
21.	EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES	139
21.1.	Los criterios de graduación de las sanciones: en especial sobre la intencionalidad y el daño causado	140

21.1.1. Intencionalidad	143
21.1.2. Daño	145
21.2. La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y precedentes administrativos.....	145
21.3. Normas administrativas sancionadoras inherentemente desproporcionadas.....	150

**CAPÍTULO VII. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR SALVADOREÑO 156**

22. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	156
23. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR...	158
24. LA FUNCIÓN DEL DOLO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	160
25. LA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y EL PAPEL DEL DOLO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	162
25.1. El reconocimiento expreso del principio de culpabilidad en la Constitución salvadoreña	163
25.2. El rol del dolo y la culpa en las infracciones administrativas.....	164
25.2.1. El elemento volitivo de la acción como parte de la tipicidad de la infracción administrativa	165
25.2.2. El elemento volitivo de la acción en las infracciones administrativas: Propuesta de solución para el ordenamiento jurídico salvadoreño	166
25.2.3. La cláusula de cobertura que regula los títulos de imputación en el ordenamiento jurídico salvadoreño.....	170
26. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS SANCIONES.....	172
26.1. Concepto y reconocimiento del principio.....	172
26.2. Autoría y responsabilidad	173
26.3. Responsabilidad de las personas jurídicas.....	177
26.3.1. <i>Societas delinquere non potest</i> y el cambio de paradigma.....	177
26.3.2. La configuración del elemento subjetivo en las personas jurídicas: el método de imputación	184
27. EL ERROR.....	187
27.1. Error de tipo	189
27.2. Error de prohibición	190

**CAPÍTULO VIII. PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES Y LA CADUCIDAD DE LOS
PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO**

.....	193
28. CONTENIDO	193
29. EL CASO SALVADOREÑO: REGULACIÓN INCOMPLETA O INEXISTENTE	194
30. PROPUESTA DE SOLUCIÓN	196
30.1. Solución reglamentaria y reserva de ley	197
30.2. Integración normativa vía aplicación supletoria o analógica.....	199
30.2.1. Aplicación supletoria de otras normas administrativas para establecer el plazo de prescripción.....	200
30.2.2. Aplicación analógica del Código Procesal Penal para establecer el plazo de caducidad	201
BIBLIOGRAFÍA	203
ÍNDICE LEGISLATIVO	217
31. TRATADOS INTERNACIONALES	217
32. EL SALVADOR.....	217
33. ESPAÑA.....	221
34. OTROS.....	222
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	223
35. EL SALVADOR.....	223
35.1. Jurisprudencia de salas de la Corte Suprema de Justicia	223
35.1.1. Sala de lo Constitucional.....	223
35.1.2. Sala de lo Contencioso Administrativo	229
35.1.3. Sala de lo Penal	233
35.2. Jurisprudencia Tribunales de Sentencia en materia Penal	233
36. ESPAÑA.....	234
36.1. Tribunal Supremo Español	234
36.2. Tribunal Constitucional	1
37. TRIBUNALES SUPRANACIONALES	2
OTROS DOCUMENTOS.....	1
38. EL SALVADOR.....	1
39. ESPAÑA.....	1
40. OTROS.....	2

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado Español
CASF	Comité de Apelaciones del Sistema Financiero de El Salvador
CC	Código Civil salvadoreño
CE	Constitución española
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPN	Código Penal salvadoreño
CN	Constitución de la República de El Salvador
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
FGE	Fiscalía General del Estado española
IAIP	Instituto de Acceso a la Información Pública
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de El Salvador
LEDIPOL	Ley Disciplinaria Policial
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito española
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LPC	Ley de Protección al Consumidor
LRJPAC	Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española
LPAC	Ley 39/2015, que dicta Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJSP	Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público
Pn.	Código Penal
Pr. Pn.	Código Procesal Penal
RELACAP	Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
RELEDIPOL	Reglamento de la Ley Disciplinaria Policial
SCN	Sala de lo Constitucional de El Salvador
SCA	Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador
SPN	Sala de lo Penal de El Salvador
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
SC	Superintendencia de Competencia
SSF	Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador

TC	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TEG	Tribunal de Ética Gubernamental
TSE	Tribunal Supremo Electoral
TSDC	Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor

INTRODUCCIÓN

i. Planteamiento del problema

La CN confiere a la Administración Pública y a los jueces penales el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Dicha potestad debe necesariamente estar informada por el respeto a los derechos y principios consagrados en la norma fundamental. Aunque muy pocos se atreverían a negar esta afirmación, la práctica cotidiana de la Administración Pública salvadoreña demuestra materialmente una cultura de irrespeto y desconocimiento hacia tales categorías jurídicas. El principio de culpabilidad tal vez sea la categoría jurídica más vulnerada en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y sobre su comprensión recaen la mayor cantidad de desaciertos, llegando al grado de aplicar teorías que no encuentran correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico.

La causa de este problema radica en el poco desarrollo del Derecho Administrativo en El Salvador, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. El estudio de esta disciplina comenzó apenas en 1979 con la creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo dentro de la Corte Suprema de Justicia, que al día de hoy se mantiene como el único tribunal especializado en el país -sin perjuicio del control que la Sala de lo Constitucional ejerce sobre los actos de autoridad y normas de carácter administrativo-.

Esta carencia de desarrollo se refleja en la excesiva dispersión de leyes administrativas y en la ausencia de una ley general de procedimientos administrativos que regule la materia. Si en los ordenamientos jurídicos del resto de países de tradición continental se acusa la falta de desarrollo dogmático en su Derecho Administrativo Sancionador, en El Salvador el problema se agrava debido a la situación descrita.

Esas deficiencias han permitido el ejercicio abusivo de la potestad sancionadora. Por ello consideramos importante emprender este estudio sobre los límites constitucionales que informan el ejercicio del *ius puniendi* de la Administración Pública, en aras de sentar las bases dogmáticas que permitan comprender tanto sus alcances como la importancia que conlleva para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y la democracia.

Los principios y garantías constitucionales constituyen las armas del ciudadano en la lucha contra las inmunidades del poder. Solo a través de aquellos es posible para el hombre controlar al gran Leviatán -como lo llamara Hobbes- que con el ejercicio abusivo de la fuerza amenaza sus derechos fundamentales. Estamos frente a un terreno fértil en el cual es posible un cambio: los ciudadanos están ávidos de justicia y la Administración Pública se encuentra bajo su escrutinio.

ii. Sobre el enfoque de este trabajo y el análisis de derecho comparado

El enfoque de este estudio son las particularidades propias del ordenamiento jurídico salvadoreño. Nos interesa brindar parámetros sobre la forma correcta de aplicar los principios penales constitucionales al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Esto no puede hacerse si no es considerando en primer lugar nuestra Constitución y el ordenamiento jurídico que le desarrolla antes que legislaciones extranjeras.

No obstante, a este momento, el estudio del Derecho Administrativo Sancionador en El Salvador se ha limitado a replicar los ecos jurisprudenciales y doctrinarios españoles antes que nuestra realidad normativa. El legislador, los jueces, los autores y la Administración Pública salvadoreña se han encargado de vaciar el Derecho Administrativo Sancionador español en el ordenamiento salvadoreño, con resultados que a este último no le encajan. Por ello estamos obligados a realizar un replanteamiento de las premisas y conclusiones alcanzadas hasta ahora. Esto no implica desconocer el valor de la doctrina española, sino aprovecharla en su justa medida, sin perder de vista que el ordenamiento jurídico salvadoreño tiene sus propias particularidades.

Por ello, para cumplir con los fines previstos en este trabajo, el estudio de derecho comparado se ha realizado a lo largo de todos los apartados, en lugar de desarrollar un capítulo específico dedicado a ello. Y es que es innegable que el Derecho Administrativo español ha moldeado nuestro Derecho Administrativo todavía incipiente. Por ello, la doctrina y jurisprudencia española han servido como referencia fundamental e ineludible en nuestro análisis. A lo largo de este estudio se abordan las teorías jurisprudenciales y doctrinarias españolas con el objeto de replantear su aplicación, cuando proceda, al ámbito salvadoreño.

En este punto debemos realizar una acotación importantísima: la doctrina española estudiada está basada en la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española. Pero este cuerpo normativo ha sido derogado recientemente por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dicta el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Estos cuerpos legales entraron en vigencia en España a partir del 2 de octubre de 2016.

Aunque se haya realizado esa modificación en el ordenamiento jurídico español, tanto la jurisprudencia de sus tribunales como la doctrina de los expositores del derecho basadas en la legislación saliente, conservan vigencia y utilidad para este trabajo. Ello porque, como hemos adelantado, la jurisprudencia y legislación salvadoreña están influenciadas esencialmente por las construcciones basadas en la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española.

Para el desarrollo de este trabajo se consultaron las que consideramos las obras más relevantes del Derecho Administrativo español por tener mayor influencia en la doctrina jurisprudencial salvadoreña. También fueron utilizados estudios provenientes de otros países como Colombia, Chile, Argentina, México y Costa Rica.

Se consultaron, además, las obras de autores salvadoreños existentes a la fecha, que, aunque escasas, dan un paso al frente en la construcción de una doctrina propia para nuestro Derecho Administrativo. Con todo, debemos mencionar que la escasez de investigaciones nacionales especializadas ha constituido la mayor limitante para el desarrollo de este estudio, por cuanto ha obligado a partir casi de cero en su elaboración.

iii. Contenido de este trabajo

Nuestro primer capítulo estudia la potestad sancionadora de la Administración Pública como parte del *ius puniendi* único del Estado, para luego proceder a referirnos a la discusión sobre la identidad ontológica entre delitos e infracciones administrativas. Esto nos permitirá sentar las bases de nuestra primera gran conclusión: que a una y otra categoría le son aplicables los principios constitucionales del Derecho Penal. Continuaremos este apartado con el abordaje de la teoría de los matices en la aplicación de los principios constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, para demostrar que la misma, entendida como una graduación a la baja de tales principios, carece de asidero válido en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En el capítulo segundo estudiaremos los criterios de distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, abordando las materias administrativas y la gravedad de las conductas y sanciones como criterios de distinción útiles para el legislador. Luego analizaremos el principio de proporcionalidad, como herramienta de control de constitucionalidad de las normas del Derecho Administrativo Sancionador. En este capítulo también abordaremos la patología del ordenamiento salvadoreño por la carencia de una norma general que regule la potestad sancionadora de la Administración Pública y la aplicación supletoria del Derecho Común frente a la capacidad integradora de las normas de Derecho Administrativo.

En el tercer capítulo estudiaremos el principio de legalidad. Analizaremos su contenido e implicaciones: la reserva de ley, la taxatividad y la prohibición de analogía.

El capítulo cuatro abordará el principio de irretroactividad de la ley, su contenido, la prohibición de retroactividad *in malam partem* y la vigencia de la retroactividad *in bonam partem*. También analizaremos propuestas para identificar la ley más favorable cuando existan (i) leyes temporales y normas de procedimiento, (ii) infracciones permanentes y continuadas, (iii) cómputo

de la prescripción, y (iv) normas sancionadoras en blanco. Concluiremos este apartado con el estudio de las normas jurisprudenciales sobre el principio.

En el quinto capítulo desarrollaremos lo concerniente al principio *non bis in ídem*. Abordaremos su regulación constitucional y legislativa, su contenido, la regla del carácter preferente del orden penal y las reglas jurisprudenciales que rigen su aplicación.

El sexto capítulo está dedicado a analizar el principio de proporcionalidad. Estudiaremos su dimensión constitucional, su contenido en relación a los tres sub principios que le conforman (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), el control de judicial de la proporcionalidad de las sanciones que incluye el abordaje de los criterios de graduación de los castigos administrativos, el análisis de la aplicación del principio en la jurisprudencia y el estudio de casos de normas administrativas inherentemente desproporcionadas.

En el capítulo siete estudiaremos el principio de culpabilidad. Iniciaremos exponiendo su contenido a partir de la configuración de dicho principio en el Derecho Administrativo Sancionador. Luego abordaremos la concepción del principio en el ordenamiento jurídico salvadoreño, resaltando sus particularidades en la elaboración legislativa nacional y sus consecuencias. Procederemos con el estudio del papel del dolo y la culpa en las infracciones administrativas, aspecto de capital trascendencia en este trabajo, pues sentaremos las bases para la sistematización de su estudio y aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. El siguiente apartado del capítulo se desarrollará el principio de personalidad de las sanciones como una derivación del principio de culpabilidad. Abordaremos su concepción y el estudio de las figuras de autoría y participación. Dentro de este mismo apartado también analizaremos la responsabilidad de las personas jurídicas, aspecto hasta hoy ignorado en la legislación, jurisprudencia y doctrina salvadoreña. Estudiaremos el cambio de paradigma en la dogmática penal, la configuración del elemento subjetivo y el método de imputación a las personas jurídicas. Concluiremos este capítulo estudiando la figura del error y sus clases, derivándola desde su concepción penalista al Derecho Administrativo Sancionador.

En el octavo capítulo se tratará la prescripción de las sanciones y la caducidad de los procedimientos sancionadores con el objeto de brindar soluciones sobre su aplicación en un contexto normativo de exiguo o nulo desarrollo como el salvadoreño.

Finalizaremos nuestro estudio puntualizando las conclusiones que de él se extraen.

Nuestro sistema de Derecho Administrativo aspira (o debería aspirar) a la especialización en el ejercicio de las potestades de la Administración para la consecución del desarrollo y el bienestar de la sociedad. Tal objetivo no puede ser alcanzado si descuidamos la potestad

sancionadora que en su estadio actual constituye un portillo abierto para la vulneración de los derechos de los ciudadanos.

Por todo ello, este trabajo se desarrolla bajo la íntima convicción de que los hombres somos libres y que el poder corresponde al pueblo y no a los gobernantes o sus delegados. En consecuencia, el poder debe ser controlado.

San Salvador, agosto de 2017.

CAPÍTULO I. FRONTERA ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. La potestad sancionadora de la Administración Pública. 1.1. El *lus puniendi* como potestad administrativa: del Estado Policía al Derecho Administrativo Sancionador. 1.2. Origen de la discusión: identidad ontológica entre delitos e infracciones. 1.2.1. Sobre la teoría cualitativa. 1.2.2. Sobre la teoría cuantitativa. 1.2.3. Críticas a las teorías que proponen la distinción ontológica entre delitos e infracciones. 1.2.4. Nuestra postura. 2. La teoría de los matices en la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador.

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública

1.1. El *lus puniendi* como potestad administrativa: del Estado Policía al Derecho Administrativo Sancionador

La *potestad administrativa*¹ constituye un poder genérico que se concreta hasta su ejercicio efectivo y habilita a su titular para obligar a terceros a realizar una conducta o a abstenerse de ella. La potestad puede ser entendida como una atribución y a la vez como un poder que detenta el ente competente, quien, al ejercerla bajo el marco legal correspondiente, determina situaciones que obligan a los administrados².

¹ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo. El fin, los medios y el control*. Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 171. Para el autor, la potestad constituye un medio jurídico que habilita a su titular para imponerse sobre otros determinando su comportamiento. Por tanto, la titularidad de la potestad constituye un signo de supremacía conferida por el ordenamiento jurídico a ciertas personas o instituciones. Véase BOCA NEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J., “La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad” en *Revista de Administración Pública*, 2007, N° 172, pp. 103-140. Los autores sostienen que los presupuestos mismos que configuran el Estado de Derecho exigen que el poder de la Administración sobre los ciudadanos derive únicamente del ordenamiento jurídico. Y es que la posición constitucional de la Administración le limita para disponer de poderes distintos o más extensos que los que el propio ordenamiento le reconoce. Por ello, la Administración está vinculada positivamente por el principio de legalidad. “*La disponibilidad de posiciones de poder por parte de la Administración al margen del ordenamiento jurídico, únicamente por el solo hecho de su configuración como un poder público, resulta, pues, absolutamente inadmisibles, proscrita como está la presencia de poderes normales de la Administración al margen de la Ley*”. Véase también CASSAGNE, Juan, *Derecho administrativo*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 87. El autor sostiene que la *potestad* consiste en un poder de actuación cuyo ejercicio puede determinar situaciones particulares. Véase COMADIRA, Juan P., “La potestad normativa de los entes reguladores” en AA. VV. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2011, pp. 103-130. Los órganos de la Administración deben estar dotados de las atribuciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos. Esta atribución de potestades se realiza a través del ordenamiento jurídico que delimita el ámbito de competencia de cada órgano cuyo contenido material puede abarcar facultades reglamentarias, sancionadoras, de asesoramiento, control, fiscalización y hasta jurisdiccionales.

² Véase MALJAR, Daniel, *El Derecho Administrativo Sancionador*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 33. La potestad administrativa sancionadora consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre personas físicas o jurídicas. De ello se colige que la potestad no genera una obligación concreta, por cuanto esta derivará de su efectivo ejercicio. En tanto, a los administrados únicamente les corresponde someterse a dicho ejercicio y soportarle en su propia esfera jurídica.

La potestad administrativa como manifestación del poder estatal deviene necesariamente de la ley, la cual otorga a la autoridad administrativa la cobertura para la emisión del correspondiente acto administrativo³. Pero el ejercicio de dicha potestad se encuentra limitado por los fines que la informan, por cuanto su atribución responde a la necesidad de controlar eficazmente cada sector del ordenamiento jurídico en favor del interés público. De igual manera, las potestades son, por regla general, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables⁴.

Bajo este marco conceptual es ejercida la potestad sancionadora o *ius puniendi* del Estado. Este último ha sido definido por la jurisprudencia salvadoreña como la capacidad de ejercer sobre las personas un control coercitivo respecto a conductas consideradas como ilícitas⁵. Será este el objeto de estudio del presente trabajo.

La potestad sancionadora de la Administración Pública encuentra su origen histórico⁶ en el poder de policía, el cual estaba basado en la necesidad de dotar a la Administración de

³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1983, p. 15. Sostiene el autor que todo el poder es de la ley, que toda la autoridad que puede ejercitarse es propia de la ley. Por ello, solo en nombre de la ley se puede exigir obediencia. La ley otorga y a la vez limita la autoridad de la Administración de cuyos personeros son solo servidores de aquella. Véase también HIDALGO CUADRA, R. "La sanción administrativa", publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Público: estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, San José, Editorial ISOLMA, 2011, pp. 639-734. "La ley es la norma que limita y encauza la potestad del Estado para establecer, infringir y aplicar penas a los ciudadanos. La falta de certeza acerca de cómo llevará adelante tal cometido, es un claro síntoma de que se ha perdido la libertad". En el mismo sentido véase también sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-IX-2003 en proceso bajo referencia 54-T-2002. La SCA ha expresado que el acto administrativo requiere una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor. Ese Tribunal también ha indicado que la competencia constituye un elemento esencial de todo acto administrativo y debe ser entendida como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. Como elemento esencial del acto administrativo, la competencia condiciona necesariamente la validez del mismo. En el mismo sentido, véase también sentencias dictadas en los procesos ref. 45-I-2000 de 30-VI-2003 y 8-T-92 de 27-X-1998.

⁴ Véase PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo I, 15ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004. p. 122. Al referirse a la competencia administrativa, el autor señala que esta puede definirse como la medida de la capacidad y también como el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que uno y otros están autorizados y obligados a ejercitar. Véase MALJAR, Daniel, *op. cit.* p. 32. En esta línea, la atribución de potestades o competencias a las distintas entidades estatales no nace del capricho del legislador, sino de la necesidad de tutelar bienes jurídicos que interesan a la sociedad, por tanto, la legitimación democrática del poder exige que su ejercicio esté dirigido a la satisfacción de estos fines superiores y que se sujete a los requisitos que el mismo ordenamiento jurídico prevé.

⁵ Véase sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 5-VII-2005 en proceso bajo referencia 110-P-2001. La potestad sancionadora de la Administración Pública tiene una manifestación externa y otra interna. Se manifiesta externamente cuando la Administración actúa en el ejercicio de la potestad de aplicar un régimen de sanciones a los particulares que infrinjan el ordenamiento jurídico. La manifestación interna de esta potestad se materializa cuando los órganos de la Administración ejercen una potestad disciplinaria sobre aquellos sujetos que se hallan integrados en su organización, en virtud de la cual pueden aplicarles sanciones de diversa índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el cargo les impone, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el regular ejercicio de las funciones públicas.

⁶ Véase FORTÍN MAGAÑA, René, *Constituciones Iberoamericanas. El Salvador*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 24 y ss. La primera Constitución del Estado de El Salvador (1824) contemplaba ya la existencia de un Derecho Administrativo disciplinario en estado

mecanismos de control y vigilancia para el cumplimiento de sus fines como alternativa a la justicia penal⁷. Esta concepción del poder de policía perdió su contenido cuando evolucionó la idea de la Policía como ente especializado encargado de la seguridad pública, convirtiéndose solamente en una de las múltiples funciones atribuidas a la Administración, sin que por ello desapareciera la potestad de castigo atribuida a esta⁸.

embrionario sujeto a ciertas garantías. El Art. 45 de dicho cuerpo legal expresaba que el Jefe Supremo no puede remover Ministros y funcionarios, sin previa formación de causa. También la segunda Constitución de El Salvador (1841) contemplaba facultad de suspender funcionarios (Art. 45). La tercera Constitución (1864) atribuyó a la Corte Suprema la potestad de suspender por causas graves a los abogados y escribanos, por lo que este puede ser considerado el germen del Derecho Administrativo Sancionador propiamente dicho (Art. 40 Ord. 7º). La quinta Constitución (1872) retoma la anterior potestad sancionadora y además otorga al Órgano Judicial la facultad de determinar la responsabilidad de jueces y empleados de dicho Órgano (Art. 104). La novena Constitución (1936) otorga la facultad a la Corte Suprema de Justicia de inhabilitar y suspender a los abogados y notarios con solo robustez moral de prueba. Similares atribuciones pasan a las Constituciones de 1945, 1950, y 1983 vigente. La undécima Constitución (1950) es la primera que explícitamente otorga a la Administración la potestad sancionadora. Su Art. 167 rezaba: “Corresponde únicamente al Poder Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar las controversias a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, y si esta no fuere pagada se permutara con arresto, el cual no excederá de treinta días”. Esta redacción fue retomada por la duodécima Constitución (1962) y finalmente recogida en la actual Constitución de 1983, en su artículo 14.

⁷ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996. p. 21-22. La concepción de la República y su consecuente división de poderes propició el monopolio del *ius puniendi* en favor del Órgano Judicial que era el único que podía asegurar que cualquier intervención o menoscabo en la esfera de derechos del ciudadano se realizaría con observancia de las garantías correspondientes, entendiéndose como imposible que la Administración también pudiese imponer castigos. Pero precisamente, esta separación estricta de funciones entre los distintos órganos dinamitó la discusión sobre las diferencias entre el ilícito penal y el administrativo. Véase Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 11-XI-2003, dictada en proceso bajo ref. Inc. 16-2001. La SCN retoma la historia del Derecho Administrativo Sancionador afirmando que la potestad sancionadora de la Administración es casi tan longeva como ella: “(...) se estima que las sanciones administrativas constituyen un capítulo del Derecho de Policía. De tal manera, se llega ahora sostener que donde hay policía aparecen las sanciones (...)”.

⁸ Véase NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2012, p. 140. Si bien es cierto que tanto la función de policía como la potestad sancionadora de la Administración buscan la protección de intereses públicos y generales, los medios empleados y la forma por medio de la cual se manifiesta la actividad son disímiles. El cuerpo policial busca el mantenimiento de la seguridad pública y del orden social, mientras que las sanciones administrativas se encargan de hechos ya consumados sobre materias distintas integradas a las funciones de la Administración Pública. Véase también PARADA, Ramón, *Derecho...* tomo I, p. 450. El autor señala que el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración Pública no estuvo exenta de señalamientos por considerarse contrario al principio republicano de división de poderes y al consiguiente monopolio represivo de los jueces. El autor expone la situación desfavorable al Administrado bajo los siguientes términos: “*Tan formidable poder, de naturaleza judicial, dado que la Administración no sólo sanciona sino que también ejecuta la sanción impuesta, venía siendo considerado como contrario al principio de división de poderes y al consiguiente monopolio represivo de los jueces. Al tiempo, este poder sancionador resultaba poco exhibible en el comparatismo jurídico porque la cuantía de las multas y la posibilidad de imponerlas sin las garantías sustanciales y procesales propias del sistema penal, incluso de plano, contrastaba con el natural monopolio represivo que otros ordenamiento jurídicos atribuyen a los jueces y Tribunales y con las garantías formales a que se sujeta el poder punitivo de éstos.*”.

Este cambio de paradigma tuvo lugar originalmente en Alemania e Italia y dio paso a la formulación del Derecho Penal Administrativo⁹ como siguiente etapa evolutiva, cuyo aporte principal fue lograr la despenalización del injusto administrativo. De esta forma se dotó a la Administración de una potestad sancionadora propia, como herramienta para garantizar el cumplimiento de sus fines, mediante la imposición coactiva del cumplimiento de las normas¹⁰.

A pesar de la despenalización del injusto administrativo, este se mantuvo cercano a la dogmática penal, de la cual tomaba parámetros casi ineludibles para su ejercicio y sistematización. Esta situación tornó confuso determinar si en relación a injustos administrativos la potestad sancionadora debía corresponder a la jurisdicción penal en razón de su similitud técnica jurídica, o si debía confiarse en definitiva a la Administración Pública¹¹.

Bajo sus características actuales, los logros del Derecho Administrativo Sancionador consisten en explicar la existencia independiente de la potestad sancionadora de la Administración Pública, de aquella atribuida a la jurisdicción penal; y construir paulatinamente sus propios postulados para tutelar las garantías del ciudadano¹². En tal sentido, dicha potestad sancionadora constituye parte de la función administrativa y puede distinguirse de la potestad punitiva de los tribunales penales. A la vez, su ejercicio se atribuye a un órgano administrativo que sanciona conforme a un procedimiento administrativo, en aplicación de normas administrativas, cuyo resultado es controlado por la jurisdicción contenciosa administrativa. El Derecho Administrativo

⁹ Véase PARADA, Ramón, *Derecho... cit*, tomo I, p. 451. El cambio de paradigma surge como respuesta a la crisis del sistema judicial de países como Alemania, Italia y Portugal que llevó a despenalizar algunos tipos de injustos para atribuir la competencia de su castigo a la Administración pero sometido al control del órgano judicial que conoce de la oposición o recursos que impugnan su ejercicio. En el caso español, también coadyuvó a este cambio la aprobación de la CE de 1978.

¹⁰ En El Salvador, esta etapa evolutiva se evidenció en cuerpos normativos como la ya derogada Ley de Policía D.L. S/N. Publicada en D.O. N° 154 de 2-VII-1900, derogada mediante D. L. No. 661 de fecha 31-III-2011, publicado en el Diario Oficial No. 80, Tomo 391 de fecha 30-IV-2011, la cual castigaba administrativamente la vagancia, la prostitución, entre otros.

¹¹ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit* p. 143 Nieto expone que el Derecho Penal Administrativo permitió diferenciar las infracciones administrativas del bloque de funciones de la policía, para acercarlas al ámbito del Derecho Penal aprovechando sus técnicas jurídicas. No obstante, este aspecto positivo también marcó la discusión sobre qué órgano del Estado era el competente para juzgar el ilícito administrativo: la jurisdicción penal o la Administración Pública. Y aun y cuando se intentó atribuir esta potestad al juez penal, su falta de experticia sobre las variopintas especies de funciones administrativas decantó la discusión por la Administración Pública.

¹² Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Lex Nova, 2010, p. 51. Dada su vinculación dogmática, las definiciones usuales utilizadas para conceptualizar a las infracciones administrativas son tomadas de la definición misma del delito penal con algunas adaptaciones, lo cual responde a su vez la identidad ontológica entre una y otra categoría –tema sobre el cual nos ocuparemos a continuación- y su régimen jurídico.

Sancionador, por lo tanto, sigue siendo Derecho Administrativo y la actividad de la Administración, incluyendo su potestad sancionadora, se rige por un Derecho específico que no es el penal¹³.

1.2. Origen de la discusión: identidad ontológica entre delitos e infracciones

La CN instaure el *ius puniendi* penal en su artículo 172 inciso 1¹⁴ que reconoce la potestad exclusiva del Órgano Judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia penal. De igual forma, en su artículo 14¹⁵ la CN confiere la potestad a la Administración Pública para sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos y ordenanzas. Ahora bien, el ejercicio de dicha potestad no está desvinculado del principio de legalidad positiva que instaure el Art. 86 Inc. 3

¹³ Véase REBOLLO PUIG, M., "Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Principios comunes y aspectos diferenciadores", publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Lustel, 2010, pp. 316-334. La traslación de los elementos del delito a la infracción administrativa obedece únicamente a la necesidad de tutelar en ambos campos los derechos subjetivos del ciudadano. Sin embargo, esta necesidad no debe ser excusa para obviar que entre una y otra categoría existen marcadas diferencias de Derecho positivo. En el mismo sentido véase PEREZ NIETO, R. y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial / Fundación Wellington, 2008, p. 11. Sostienen que la potestad sancionadora de la Administración Pública es una actividad cuyo ejercicio está circunscrito a los límites que la Constitución le impone. Para los autores, dichos límites son (i) la legalidad, (ii) la interdicción de las penas privativas de libertad, (iii) el respeto a los derechos fundamentales, y (iv) la subordinación a la autoridad judicial.

¹⁴ Véase Art. 72 Constitución de la República de El Salvador D.L. No. 38 de 15-XII-1983, Publicado en D.O. No. 234, Tomo No. 281, de 16-XII-1983. "La CSJ, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley".

¹⁵ Véase Art. 14 CN.: "Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la Comunidad". Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. El origen más cercano de esta norma se encuentra en el artículo 21 de la Constitución Mexicana de 1917 que establecía: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía; el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días. Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana". Esta disposición de la Constitución mexicana ha sufrido reformas, pero mantiene el sentido del texto original. Así el inciso cuarto del artículo 21 vigente expresa: "Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".

CN¹⁶. Por ello afirmamos que la CN confiere a la Administración Pública la potestad sancionadora bajo un régimen de prerrogativa reglado por el Derecho Administrativo¹⁷.

Sin duda, resulta trascendental para nuestro análisis considerar que la potestad sancionadora de la Administración Pública al igual que la potestad de los tribunales penales para castigar los delitos y faltas, tiene fundamento constitucional¹⁸. Sobre este punto se ha librado una ardua batalla doctrinal acerca de la naturaleza de los ilícitos penales y los ilícitos administrativos, centrándose especialmente en la discusión sobre si existe o no identidad entre ambas instituciones¹⁹. Por un lado, se encuentran los que sostienen que entre dichas categorías existen diferencias esenciales (teoría cualitativa). Por el otro, están aquellos que afirman que entre tales especies solo puede encontrarse una distinción gradual (teoría cuantitativa).

¹⁶ Véase Art. 86 Inc. 3º CN.: “*Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley*”.

¹⁷ Véase GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Sujetos con potestad sancionadora” publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010, pp. 1055-1067. En tanto esta potestad se confiere a la Administración Pública, su régimen se sujeta también al de ésta, previsto para el ejercicio de sus demás competencias: “*La potestad sancionadora es una potestad administrativa, esto es, viene distribuida constitucional y legalmente a la Administración Pública, en un régimen de prerrogativa, regido por el Derecho Administrativo*”

¹⁸ Véase PARADA, Ramón, *Derecho... cit*, tomo I, p. 477. En España, el fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración lo encontramos en el Art. 25 de la CE publicada en BOE Nº 311 de 29 de diciembre de 1978. En el párrafo primero de la disposición se instaura el principio de legalidad en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, incluyendo tanto los delitos como las infracciones administrativas; y en el párrafo tercero se admite la existencia de sanciones administrativas que impliquen la privación de libertad. Véase también DÍAZ FRAILE, F., *Derecho Administrativo Sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 142. Las sentencias del TC generalmente parten del presupuesto que la potestad sancionadora de la Administración Pública tiene carácter excepcional, lo cual justifica la exigencia de una norma de carácter general que la respalde.

¹⁹ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 27. Usualmente, esta discusión ha sido abordada desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de las instituciones para tratar de identificar sus diferencias. Sin embargo, esta polémica no ha sido resuelta y ha generado incluso más confusión. La discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos y faltas tiene su génesis en el advenimiento del Estado Liberal y su estructuración a partir del principio de la división de poderes, cuya concepción básica parte de la premisa que el órgano encargado de legislar no puede administrar ni juzgar; el órgano encargado de administrar, no puede juzgar ni legislar; el órgano encargado de juzgar, no legisla ni administra. No obstante, esta discusión sobre la naturaleza jurídica de los delitos y faltas ya ha sido abandonada por la doctrina. Como muestra véase RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 48. El autor sostiene que ya es de dudosa utilidad práctica entablar discusiones sobre la naturaleza jurídica de los delitos e infracciones administrativas. En el mismo sentido, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 22-23. Sostiene que la dogmática usualmente olvida su carácter de técnica para embarcarse en discusiones peregrinas como la de la naturaleza jurídica.

1.2.1. Sobre la teoría cualitativa

Bajo la tesis de las diferencias cualitativas, se ha sostenido que entre ambas categorías no existen diferencias graduales sino cualidades diferentes²⁰. Tales diferencias se refieren tanto a las infracciones tipificadas para cada tipo de norma como a los bienes jurídicos protegidos²¹. Se ha sostenido también que el ilícito administrativo posee un carácter artificial, debido a que lo injusto de su objeto se agota en la afectación de intereses que incumben únicamente a la Administración²².

A su vez, algunos autores han puesto sobre la mesa la estigmatización social intrínseca a la sanción penal, el reproche ético y moral que acarrea y el valor de intimidación como elementos que no concurren en la sanción administrativa²³. Sin embargo, la premisa de que los bienes jurídicos más importantes son protegidos por normas penales no siempre es correcta. Es fácil contraponer a esos argumentos la idea de que la Administración Pública también ejerce el *ius*

²⁰ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 53. No obstante, el autor critica esta clasificación debido a la confusión que causa la mera enunciación de sus categorías y su poca utilidad práctica. En autor expone los fallos lógicos de estas posturas bajo los siguientes términos: "Se contraponen la cantidad a la cualidad, de forma que, en principio, una distinción cuantitativa presupone una identidad entre los objetos de comparación que son sin embargo cuantificables, susceptibles de graduación, mientras que una distinción cualitativa implica hablar de objetos diferentes. Así, desde el punto de vista cuantitativo, se afirma, por ejemplo, que el ilícito administrativo debe distinguirse del ilícito penal en que el grado de gravedad del mismo es menor, y consiguientemente también de menor gravedad será en la línea de principio la sanción; pero se trata de un mismo objeto, por más que susceptible de medida. Ello presupone la fijación de magnitudes graduables, al margen de la dificultad de baremación de cada una".

²¹ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo. Los sujetos, la actividad y los principios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 619. El autor no comparte esta clasificación debido a que no existen diferencias cualitativas entre delitos e infracciones, pues no siempre los bienes jurídicos más relevantes son protegidos por normas penales, por lo que la decisión final –asegura– es una cuestión de derecho positivo que carece de relevancia dogmática.

²² Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, *cit.* p. 27. Por su parte, el delito penal es considerado como hecho intrínsecamente injusto por la sociedad en razón de los valores esenciales que afecta y su trasgresión al orden jurídico. Es evidente que estas consideraciones evocan a un sentimiento colectivo sobre el desvalor asignado a determinadas conductas. Pero como cualquier otra idea o concepción sustentada en esta premisa de democracia implícita, está sujeta a cambios radicales. Véase también sentencia de Inconstitucionalidad de 20-I-2009, dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia Inc. 84-2006. La SCN entiende que una diferencia entre delitos e infracciones es su finalidad: "las primeras (infracciones administrativas) buscan el cumplimiento coactivo de la regulación policíaca y de control social a cargo de la administración, mientras que las segundas (delitos penales) están orientadas hacia la reeducación y inserción social del infractor, así como a la prevención de delitos.

²³ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *El procedimiento administrativo sancionador*, volumen I, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 45. Pero a pesar de ello, los autores no advierten un contraste ontológico entre dichas categorías, por lo que sostienen que la frontera única que les separa es de carácter formal, concretamente, en relación a la autoridad pública que la decreta, su ejecutabilidad y otros aspectos.

puniendi orientada por finalidades similares. La sanción tributaria, por ejemplo, acarrea un valor de intimidación y a la vez de prevención²⁴.

1.2.2. Sobre la teoría cuantitativa

Desde un punto de vista cuantitativo, se ha sostenido que el ilícito administrativo se distingue del penal en razón de su menor gravedad y su menor sanción²⁵. Para distinguirlos se intenta construir una escala de intensidad de los ilícitos que va desde aquellos considerados más dañinos hasta los considerados menos perniciosos, pero cuyo componente de antijuricidad – aunque atenuado- nunca llega a desaparecer.

Esta afirmación se basa en la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena y la sanción administrativa, de conformidad con el cual, si la finalidad perseguida por la norma se cumple con la sanción administrativa, deberá preferirse esta frente a la primera²⁶.

Pero este criterio de graduación tampoco permite distinguir de forma clara entre delito e infracción, pues el ordenamiento jurídico está repleto de casos en los cuales el castigo previsto para las sanciones administrativas es más intenso que algunas penas. No obstante, es innegable que, en el imaginario colectivo, -e incluso de aquellos que juegan el papel de legislador-, existe la

²⁴ Véase BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial*, 5ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 81. También se atribuye al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración el reproche ético frente al ilícito. Sin embargo, como explicaremos en párrafos posteriores, esta finalidad no es propia del ejercicio de dicha potestad. No obstante, en tanto derecho punitivo y por el peligro que supone al equilibrio en su relación con los administrados, en suma, por la necesidad de controlar el ejercicio del poder, desde la misma Constitución se imponen mecanismos de control –principios y garantías- para su ejercicio.

²⁵ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo...* tomo II. *cit.* p. 620. El autor también niega la existencia de diferencias cuantitativas entre delitos e infracciones: “(...) *no se puede decir que las sanciones administrativas son siempre menos aflictivas que las penales; por ejemplo el importe económico de una multa administrativa puede ser superior al de la sanción penal.*”

²⁶ Véase CERESO MIR, J., “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, publicado en AA.VV. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, tomo 28, Nº 2, mayo-agosto 1975, pp. 159-175. Al igual que se recurrió al argumento del reproche ético y social para sostener las diferencias cualitativas entre delitos e infracción, se ha utilizado este razonamiento para explicar las diferencias cuantitativas. Se llegó a afirmar que tanto los delitos como las faltas y las infracciones administrativas tienen siempre relevancia ético-social o cultural pues pueden existir normas administrativas que tutelan el interés general a la vez que pueden existir regulaciones penales caprichosas o arbitrarias creadas por la mera voluntad del legislador. En fin, se sostiene que no existen tampoco fines diferentes entre los pretendidos con las normas punitivas penales frente a aquellos que informan los ilícitos administrativos. El autor lo expresa de la siguiente forma: “*Si el interés de la Administración es a veces solo ratio legis, también lo es la protección de los bienes jurídicos en los delitos de peligro abstracto del Derecho penal criminal. Si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo. El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica. La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal.*”

idea que los hechos considerados más gravosos a los bienes jurídicos de la sociedad deben ser ajusticiados de forma más intensa por el Estado, es decir, mediante castigos penales más severos²⁷.

Efectivamente, es un denominador común en todos los ordenamientos jurídicos tutelar los ataques contra la vida, la libertad, la integridad física, y otros bienes jurídicos de similar trascendencia, con castigos de índole penal y no administrativa. Es por ello que el criterio de la gravedad de las sanciones y las penas puede ser utilizado como una guía para distinguir, no entre delitos e infracciones, sino entre el contenido que corresponde al Derecho Penal y el que corresponde al Derecho Administrativo Sancionador, punto sobre el cual discurriremos en párrafos posteriores.

1.2.3. Críticas a las teorías que proponen la distinción ontológica entre delitos e infracciones

Los intentos de categorización entre el ilícito administrativo y el ilícito penal no han sido útiles para establecer una línea divisoria clara entre ellos. Por el contrario, existe confusión sobre qué puede ser considerado cualitativo o cuantitativo, razón por la cual dicha clasificación ha sido superada²⁸. Y es que, los esfuerzos por establecer diferencias entre ilícitos penales y administrativos bajo una base ontológica –es decir, a partir del estudio del ser y sus partes trascendentales- han resultado infructuosos para construir un verdadero lindero que los separe²⁹.

²⁷ Para el caso salvadoreño conviene citar el delito de Secuestro, tipificado en el Art. 149 del Código Penal salvadoreño. D.L. No. 1030 del 26 de abril de 1997. D.O. No. 105, T. No. 335 del 10 de junio de 1997, y reformado mediante D.L. No. 280, D.O. No.32, Tomo No. 350, del 13 de febrero de 2001, y luego también por el D.L. No. 486, D.O. No.144, Tomo No. 352, del 31 de julio de 2001. Las reformas aludidas ocurrieron en un contexto histórico en el cual esa modalidad delictiva había cobrado auge, razón por la cual la opinión popular reclamaba que se incrementase la pena prevista, a tal grado que con el texto actual del artículo referido la pena oscila entre 30 y 45 años. Lo paradójico del caso es que el Homicidio, tipificado en el Art. 128 del mismo cuerpo legislativo, se castiga con pena de 10 a 20 años, aun y cuando históricamente se ha considerado la vida como el bien jurídico superior.

²⁸ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 54. El autor afirma que la doctrina no suele ser coherente al identificar parámetros cualitativos y cuantitativos, llegando la discusión sobre la clasificación, a la forma de dicha clasificación. Es que los cambios en la cualidad también importan a la cantidad y viceversa, razón por la cual, no existe oposición entre unos y otros. Es decir, no existe un verdadero criterio de distinción. Por ello el autor sostiene: “*La conclusión principal de estas reflexiones es que la determinación de si algo está cualitativa o sólo cuantitativamente diferenciado no constituye a mi juicio más que un entretenimiento especulativo sin nada que aportar a la solución del problema de las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo, y más bien mucho que perturbar*”.

²⁹ Véase Sentencia de Inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 23-III-2001, en proceso bajo referencia 8-97c. No obstante, la SCN sostiene como criterio de distinción entre penas y sanciones la finalidad a la cual cada una de ellas atiende. Así, nos expone “*Queda, entonces, como último criterio el que afirma que las penas judiciales están orientadas hacia la reeducación y reinserción social del infractor, buscando asimismo la prevención de delitos, mientras que las sanciones administrativas buscan una finalidad*”.

Estos esfuerzos han servido para constatar la identidad ontológica compartida entre ambas categorías³⁰. Todos los criterios intentados para diferenciar las infracciones administrativas de los ilícitos penales convergen, en mayor o menor medida, en la teoría general del delito³¹. Esto implica que a ambas posturas se les ha reconocido una raíz común.

Por ello se concluye que los principios penales constitucionalizados, tanto materiales como procesales, son aplicables a la potestad sancionadora de la Administración Pública³².

1.2.4. Nuestra postura

De esta identidad ontológica entre delitos e infracciones, y entre penas y sanciones, se deriva a su vez que los principios constitucionales que rigen el Derecho Penal son aplicables al

represiva más pragmática, el cumplimiento coactivo de la regulación policíaca y de control social a cargo de la Administración; este criterio es más coherente con lo prescrito en los arts. 27 Inc. 3° y 14 CN”.

³⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, 2014, N° 195, pp. 135-167. El fracaso de las teorías que intentan encontrar diferencias ontológicas entre delitos e infracciones también ha servido para reafirmar postulados que brindan claridad a la forma en que operan las garantías constitucionales en el Derecho Administrativo Sancionador. Sobre el particular, la autora concluye: “(...) no hay duda de los delitos y las infracciones administrativo son por igual ilícitos, con la misma estructura y la misma naturaleza. Lo único que cambiaría es su gravedad, que, por cierto, puede no resultar poca cosa. Y también está claro que las penas y las sanciones administrativas son por igual castigos, su sustancia es la misma. Lo diferente es su intensidad, que puede llegar a ser muy distinta. Las antiguas teorías que defendían la existencia de diferencias ontológicas entre el injusto penal y el administrativo están hoy completamente superadas”.

³¹ Véase Sentencia de Amparo dictada por la SCN de la CSJ de 28-V-1999, en proceso bajo referencia 422-97. Así lo ha reconocido la SCN quien no tiene empacho en reconocer la aplicación de garantías constitucionales comunes a delitos e infracciones. A estas categorías las identifica como “manifestaciones” de un mismo fenómeno jurídico que no es otro que el *ius puniendi* del Estado. La SCN sostiene: “(...) generalmente, las teorías y principios sobre la pena han sido enfocadas hacia el derecho penal, pero hay que advertir que tales teorías y principios son aplicables también a las sanciones administrativas, ya que éstas no son más que otra manifestación de la función punitiva del Estado”.

³² Véase CID MOLINÉ, J. “Garantías y Sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas” publicado en *Revista de Administración Pública*, 1996, No. 140, pp. 131-172. El autor formula una fuerte crítica a esta conclusión desde su planteamiento. Sostiene que si lo que justifica la aplicación de similares garantías es que existe identidad ontológica entre delitos e infracciones, y penas y sanciones, entonces se están admitiendo al menos dos ideas inherentes a tal formulación. La primera de ellas es que la severidad de las sanciones punitivas justifica la identidad de garantías. La segunda es que la identidad de garantías se justifica porque toda sanción supone una amenaza a los derechos del individuo. La primera idea es criticada desde la trinchera de la severidad de las penas frente a las sanciones administrativas, lo cual aún no supera el filtro comparativo entre sanciones administrativas extremadamente invasivas en la esfera de derechos del individuo. La segunda idea es criticada bajo el argumento que no corresponde valerse de las mismas garantías para afrontar castigos de distinta gravedad, y sostiene su hipótesis en la aceptada matización de los principios penales en su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, esta solución tampoco logra desvirtuar la postura sobre la identidad de garantías por cuanto únicamente hace alusión a una diferencia de grado en su aplicación y no a una dogmática propia del Derecho Administrativo Sancionador que creemos, sería la única salida válida al problema. Debemos apuntar que el análisis del autor continúa precisamente con una propuesta de sistematización, pero en cuanto no contemos en el ordenamiento jurídico con una propuesta concreta, deberemos estar a la identidad de garantías por ser esta la alternativa más congruente con los principios del Estado de Derecho.

ámbito del Derecho Administrativo Sancionador³³. Sobre este punto la jurisprudencia y la doctrina afirman que la aplicación debe realizarse *con matices*, es decir, teniendo en cuenta la naturaleza de la función administrativa. No obstante, son muy pocos los que se han atrevido a señalar cuáles son esos “matices”, y aún menos los que han brindado ideas claras para comprender tal enunciado³⁴. A este punto nos referiremos en el siguiente apartado.

La potestad sancionadora constituye *per se* una manifestación específica del genérico *ius puniendi* del Estado. Por ello, debe acomodarse a los principios clásicos del ordenamiento penal constitucionalizados, como manifestación típica e históricamente consolidada del referido *ius puniendi* en el marco de un Estado de Derecho³⁵.

Al igual que ocurre en el Derecho Penal, la Administración Pública tiene a su cargo el deber de tutelar los bienes jurídicos considerados valiosos por la sociedad, ya sea normando o regulando dichos bienes, o sancionando la infracción al ordenamiento jurídico administrativo³⁶.

³³ Véase BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. 2º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 53. La corriente moderna entre los penalistas acepta está vinculación entre las ramas jurídicas bajo estudio, de manera que consideran al Derecho Penal como parte del *ius puniendi* del Estado y no como un sinónimo de aquél. En sentido contrario a esta posición véase, entre otros, JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Principios del Derecho Penal, la ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 21; ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 1º edición, Madrid. Editorial Civitas, 1997. p. 2.

³⁴ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo... cit.* p. 622. El autor sostiene que el acercamiento y la aproximación cualitativa y cuantitativa de las sanciones y penas tiene como consecuencia la asimilación parcial de los principios jurídicos informadores del segundo régimen al primero. Sostiene además que dichos principios no son idénticos y en su traslado deben experimentar algunas matizaciones o modulaciones. Sin embargo, el autor acota que ni siquiera el Tribunal Constitucional español ha sabido concretar en qué consisten esos matices, qué alcances tienen esas modulaciones, o dónde terminan las diferencias.

³⁵ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 47. En este punto resulta importante considerar que la infracción administrativa consiste en la acción contraria a lo previsto en una norma jurídica y que tiene como consecuencia un castigo. Por ello, debido a la imposibilidad de encontrar un punto de diferenciación con los delitos y faltas penales, le corresponde el mismo régimen de garantías. En el mismo sentido GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 3º edición, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 16. Véase también GÓMEZ TOMILLO, M., “Límites entre el Derecho Sancionador y Derecho Privado”, publicado en AA. VV. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial de infracciones administrativas*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 28. A las razones iusfilosóficas le subyacen razones históricas: el poder de castigar ha sido utilizado de forma arbitraria con demasiada frecuencia y ello obliga a controlarlo. Este control no se realiza mediante el traslape intempestivo de reglas o disposiciones, sino a través de la aplicación de principios constitucionales que tutelen los derechos de los ciudadanos. Sobre este punto, el autor sostiene: “(...) en cuanto a los principios (...) que orientan el sistema, debe existir una coincidencia que, cuando menos tendencialmente, debería ser plena. Ello sería especialmente visible en principios materiales centrales del sistema, como son el de legalidad, el de culpabilidad y el de proporcionalidad, con todos sus corolarios”.

³⁶ Véase PÉREZ NIETO, R., y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op. cit.* p. 16. Tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador tienen como fin la consecución del interés general. Por ello se afirma que (i) solo el fundamento democrático que brinda la sujeción a la ley justifica la afluencia del castigo administrativo; (ii) no hay alternativa de seguridad jurídica a la aportada por la garantía de tipicidad; (iii) el castigo del no culpable es injustificable e inútil. En consecuencia, no existe razón suficiente que justifique el desarrollo desvinculado de una y otra rama del Ordenamiento Jurídico.

Esta tarea, debido a su alto grado de especialización, no puede ser encomendada a tribunales ordinarios de justicia³⁷.

Reiteramos que tanto las sanciones administrativas como las penas son manifestaciones del mismo *ius puniendi* del Estado y, por lo tanto, ontológicamente idénticas³⁸. En sintonía con lo anterior, en nuestro ordenamiento ambas encuentran asidero en la Constitución (Art. 14 y 172 CN), y esto justifica la aplicación de principios comunes³⁹.

Con todo, también debemos exponer que, sobre la identidad ontológica entre delitos e infracciones, algunos autores han considerado innecesario realizar esta valoración por

³⁷ Véase ROMÁN CORDERO, C., "El Castigo en el Derecho Administrativo", publicado en *Revista Derecho y Humanidades*, 2010, No. 16, pp. 155-171. El autor discierne sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública chilena. Sostiene su constitucionalidad en la existencia de riesgos derivados de las actuaciones de particulares no tipificadas como delitos y de la evolución social y tecnológica. No obstante, resulta también notable la teoría formulada por el autor en cuanto propugna un nuevo grado de evolución del *ius puniendi* y su atribución a los particulares. Considera que la misma evolución social ha creado zonas inaccesibles al poder público, en donde sólo los individuos tienen acceso, razón por la cual cree que los particulares también deben someterse a lo que él da en llamar "derecho de la sociedad". Por otra parte, también existen autores que niegan este criterio de separación de competencias en razón de la especialización de los bienes jurídicos tutelados, y anteponen a esta idea los ideales del Estado de Derecho en cuanto a la separación de poderes y su aspiración porque la imposición de castigos idealmente este confiada a un juez y un proceso judicial dotado de las garantías constitucionales. A dicha postura nos referiremos en párrafos posteriores. Véase REBOLLO PUIG, M., "Derecho Penal y..." *cit.* p. 330.

³⁸ Véase PÉREZ NIETO, R., Y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op. cit.* p. 15. La conexión entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal deviene de su fundamento constitucional y su pertenencia al *ius puniendi* único del Estado. Por ello, la decisión de categorizar un hecho ilícito como infracción administrativa o como delito depende de la coyuntura en la cual se tome la decisión legislativa, tal y como procederemos a analizar. Lo cierto es que el componente afflictivo de algunas sanciones administrativas es equiparable a las penas y en algunos casos, superior.

³⁹ GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 3ª edición, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 16. El autor sostiene que entre penas y sanciones administrativas no existen diferencias ontológicas y, por tanto, ambas categorías quedan sujetas a las mismas garantías constitucionales. Véase sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 junio 1976, Caso Engel y otros contra Holanda. Al referirse a los delitos penales y las infracciones administrativas, el Tribunal declaró: "ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuricidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción". En sentido opuesto, véase SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid, p. 151. Se sostiene que es inviable pretender aplicar las mismas garantías a todo el sistema jurídico y se cuestiona concretamente la aseveración de que a todo el derecho punitivo deban aplicarse las mismas garantías: "(...) ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho Sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías (...)". Véase también LOZANO CUTANDA, B., "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho Administrativo Sancionador con especial referencia al principio de legalidad" publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, No. 11, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 64 y ss. Se propone la aplicación de las garantías penales moduladas. Esta postura, consideramos, confía mucho en el ejercicio juicioso de la potestad de castigo por aquél a quien le es atribuida. Sin embargo, la evidencia empírica ha demostrado los abusos de tal ejercicio. En todo caso, si damos por bueno el argumento de que la Administración desempeña su labor de forma correcta, entonces no solo son innecesarios los principios constitucionales del derecho penal, sino también se vuelve innecesario establecer un sistema de control judicial mediante la jurisdicción contenciosa administrativa.

considerarle un fenómeno estrictamente normativo⁴⁰. En consecuencia, estiman que su régimen jurídico depende única y exclusivamente de la voluntad del legislador, quien podrá regular y calificar ilícitos y determinar su ponderación⁴¹.

Si bien es cierto que existe un trasfondo político-jurídico en esta discusión, se debe mencionar que la postura antes descrita -sin dejar de ser cierta- tampoco resuelve todas nuestras interrogantes. Un sector de la doctrina también sostiene que las diferencias entre pena y sanción no son de carácter ontológico, sino formal, en razón de la autoridad pública que las decreta⁴². Con todo, es muy poco lo que se ha dicho hasta el momento sobre qué criterios debe utilizar el legislador para determinar si un hecho ilícito debe ser delito o infracción administrativa, lo cual puede volver demagógicas sus decisiones.

En tal sentido, la importancia de la discusión sobre la identidad ontológica entre delitos e infracciones no se agota con concluir que a unas y otras les informan iguales principios, o alegar simplemente que les corresponde el régimen jurídico que el legislador disponga. Lo verdaderamente importante es establecer el marco constitucional que el legislador debe seguir para establecer esta política - jurídica, teniendo en mente que, en todo caso, conforme a la

⁴⁰ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 128. El autor considera que la identidad ontológica entre ambas categorías se agota en el “ser” o su naturaleza intrínseca, pero que no afecta al tratamiento normativo que se les confiere. En tal sentido, pone sobre la mesa la posibilidad de que a dos fenómenos distintos el legislador decida otorgarles un mismo régimen jurídico, o viceversa. En el mismo sentido, véase DE PALMA DEL TESO, Á., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, *cit.*, p. 31. La autora sostiene que la doctrina ha abordado el problema desde una perspectiva metajurídica, sin tomar en cuenta la norma que construye el ilícito, por lo que afirma que el problema debe abordarse teniendo presente que el concepto de ilícito es puramente normativo. Por nuestra parte, comulgamos parcialmente con lo expuesto por los profesores Nieto y De Palma del Teso por ser el colofón lógico de la discusión que ellos rechazan. Pero tómese en cuenta que solo después de estudiar una y otra categoría podemos concluir su identidad ontológica, y que, por tanto, resulta claro que debemos avanzar en nuestro camino y darlo por sentado como el paradigma a partir del cual podemos establecer las bases de nuestro análisis, con lo cual se demuestra que la discusión sí era necesaria.

⁴¹ Véase Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo...* tomo II. *cit.* p. 620. Debemos tomar en cuenta que, a pesar su identidad ontológica, en el derecho positivo podemos encontrar parámetros objetivos para diferenciar ambas categorías, sobre todo atendiendo a criterios de forma y competencia. El primero se refiere al criterio que atiende a la norma que tipifica infracciones y delitos; y el segundo alude a la competencia del poder público que tiene atribuida la función de imponer cada tipo de sanción.

⁴² Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 46. En este sentido, los autores, sin compartir este criterio, aluden además como diferencias formales la ejecutividad inmediata de la sanción administrativa y la generación de antecedentes penales. Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 6° edición, Civitas, p. 159. Los autores sostienen que la característica que diferencia a ambas clases de sanciones es de naturaleza formal en razón de la autoridad que las impone y la exclusión de las penas privativas de libertad del ámbito de las sanciones administrativas. En el mismo sentido, véase GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *op. cit.* p. 3.

Constitución salvadoreña y la SCN⁴³, se ha optado por tratar a ambas categorías bajo el mismo régimen de principios.

2. La teoría de los matices en la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador

Se ha sostenido reiteradamente que existe una identidad ontológica entre delitos e infracciones y penas y sanciones, en cuanto tales categorías constituyen manifestaciones del *ius puniendi* único del Estado⁴⁴. Dicha identidad ontológica se basa principalmente en que estamos frente a castigos que el Estado puede imponer al ciudadano por la realización de conductas ilícitas. Esa identidad también nos ha llevado a concluir la aplicabilidad de las mismas garantías penales constitucionales a ambos sistemas punitivos. De igual manera, se infiere la anulación de los límites materiales entre ambas categorías, excepto la reserva de las penas privativas de libertad para el Órgano Judicial⁴⁵.

Pero este reconocimiento constitucional no sólo conlleva la aplicación de la legalidad penal administrativa –“*mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso*”–, sino la aplicación de al menos el bloque de principios contenidos en la norma fundamental⁴⁶.

⁴³ Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo ref. 471-2005 de 22-I-2010. La SCN ha expuesto “*Entre las múltiples funciones del Estado se encuentra la denominada función punitiva, cuyo ejercicio posibilita el castigo de todas las conductas que atentan contra los valores sociales; las teorías y principios sobre la pena han sido enfocados hacia el derecho penal, pero hay que advertir que tales teorías y principios son aplicables a las sanciones administrativas, pues éstas también son manifestación de la función punitiva del Estado*”

⁴⁴ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, op. cit. p. 38. Debido al reconocimiento constitucional que reciben ambas categorías, se afirma que tanto la potestad penal de los jueces como la potestad sancionadora de la Administración Pública forman parte de un genérico *ius puniendi* único del Estado. En el caso salvadoreño, tanto la potestad sancionadora del Órgano Judicial como la de la Administración Pública, se encuentran contenidas en el Art. 14 CN., ya citado en esta obra. De igual manera, la jurisprudencia constitucional se ha plegado a esta teoría. En su Inc. 8-97Ac de 23-III-2001 la SCN ha manifestado: “*En la actualidad, se acepta la existencia de dicha potestad (refiriéndose a la potestad sancionadora de la Administración) dentro de un ámbito más genérico, y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste*”.

⁴⁵ Véase HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 30. Si la identidad ontológica deriva en que tanto penas como sanciones son castigos al fin, la imposición de unas u otras debe estar informada por los mismos principios penales que la CN prevé. Precisamente, es la misma CN la que establece la reserva del castigo de privación de libertad como competencia exclusiva del Órgano Judicial. Para el autor, dos son las consecuencias que se derivan de esta identidad ontológica: la primera de ellas es la aplicación de un mismo régimen jurídico, o al menos, el mínimo de garantías constitucionales. La segunda, la eliminación de los límites materiales salvo la reserva de penas privativas de libertad asignada al Órgano Judicial. Es decir que los límites o diferencias entre tales categorías son aquellos que la norma constitucional establece expresamente.

⁴⁶ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...* op. cit. p. 49. En España, los caracteres actuales del Derecho Administrativo Sancionador han sido construidos en buena medida a través de la

La conclusión anterior es fruto del proceso de integración entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador que ha permitido dotar –en alguna medida - de sustantividad propia a este último⁴⁷. Este proceso ha sido construido por la doctrina y la jurisprudencia española en la cual se evidencian al menos tres etapas:

- (a) En un primer momento, ante la ausencia absoluta de un régimen administrativo sancionador, se optó por extrapolar el Derecho Penal de forma supletoria, con lo cual se pretendía, como es lógico, controlar la arbitrariedad en su aplicación⁴⁸;
- (b) Luego se adoptó la postura según la cual el Derecho Penal no solo detentaba carácter supletorio frente al Derecho Administrativo Sancionador, sino que el mismo podía ser aplicado también de forma directa⁴⁹; y

jurisprudencia. La STC 18/1981 de TC, Sala 1ª, 8 de junio de 1981 estableció “(...) *los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución.*” En tal sentido, el TC considera que la razón de aplicar dichos principios al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador va más allá de la Constitución, pues radica también en la naturaleza intrínsecamente punitiva de la potestad que se ejerce. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 27. Desde el Art. 25 CE se sostiene que los principios del derecho penal aplicables a la potestad sancionadora de la Administración española, incluyen, además, los enunciados en el Art. 24.2 CE. Esta conclusión ha sido ratificada implícitamente por la emisión de los distintos cuerpos normativos que han regulado el tema. Primero la Ley 30/1992 y ahora la Ley 40/2015 recogen la vigencia y efectividad de principios como el de reserva de ley, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, y otras garantías procedimentales, todas de naturaleza constitucional. Por tanto, la cuestión del reconocimiento legislativo de estas categorías jurídicas no obedece a una desconstitucionalización del asunto, pues el legislador no es libre de decidir si las recoge o no. Por el contrario, los cuerpos normativos secundarios que regulan la potestad sancionadora de la Administración Pública están obligados a reconocer estas garantías en razón de su rango constitucional, pues solo a través de su respeto, la Administración podrá ejercer de forma válida tal potestad.

⁴⁷ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. 4º edición, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 669-670. La equiparación del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal no debe llevarnos a concluir la asimilación absoluta del primero por el segundo, pues en tal caso, la potestad sancionadora de la Administración perdería toda razón de ser, que no es otra que “*sancionar todos aquellos ilícitos o infracciones del orden jurídico público que los Tribunales penales no podrían perseguir con eficacia*”. Para ello, el Derecho Administrativo Sancionador todavía tiene pendiente la formulación de una dogmática propia que unifique la todavía atomizada legislación y la multiplicidad de criterios interpretativos de aquellos órganos encargados de aplicarla. Véase también PARADA, Ramón, *Derecho...*, tomo I, *cit.*, p. 478. Por su parte, el autor niega que la potestad sancionadora pueda justificarse en la mayor eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado, si la misma se obtiene en detrimento de las garantías que conlleva la actividad del juez. Es decir, que la existencia de la potestad sancionadora no se basa en la necesidad de ejercer el *ius puniendi* prescindiendo del respeto a las garantías constitucionales de los ciudadanos.

⁴⁸ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 131. A partir de la jurisprudencia del TC correspondiente al período comprendido entre 1978-1981, STS 30 de enero de 1978; 29 de septiembre de 1980; y STS 13 de enero de 1981, se sostiene que la aplicación el Derecho Penal en el ámbito administrativo sancionador permite controlar la intervención autoritaria de la Administración Pública. Al Derecho Penal se le reconoció entonces una función integradora sobre el Derecho Administrativo Sancionador.

⁴⁹ Véase sentencia de 29-VIII-97, dictada por la SCA de la CSJ en proceso 39-D-96. Un resabio de esta etapa la encontramos en la sentencia citada quien define la potestad sancionadora como “(...) *aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios al*

(c) Finalmente se dio paso a la constitucionalización del proceso de integración, es decir, se entiende ahora que la aplicación de estos principios obedece a su positivización en la norma fundamental y al respeto al Estado de Derecho⁵⁰. De esta forma, lo que es aplicable al Derecho Administrativo Sancionador son los principios penales contenidos en la Constitución y no las normas propias del Derecho Penal⁵¹.

En el ámbito salvadoreño, esta aseveración pierde fuerza cuando constatamos los problemas causados por la carencia de una ley general de procedimientos administrativos: resulta más cómodo negar la aplicación de normas penales cuando se cuenta con una norma que indica a la Administración Pública cómo proceder para imponer a una sanción. Pero nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con semejante atributo. Por ello no es apropiado negar de tajo la función integradora del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño. Nos ocuparemos de este tema en el apartado siguiente.

ordenamiento jurídico, siendo extensibles al Derecho sancionador administrativo, en principio las técnicas del Derecho penal”.

⁵⁰ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, pp. 145-146. El Derecho Administrativo Sancionador tiene una historia más añeja que el constitucionalismo moderno, y su origen lo encontramos en el ejercicio del poder de policía bajo la concepción de que quien recibe derechos de soberanía debe también poseer la facultad de administrar justicia en ese ámbito, lo cual reñía con el principio de exclusividad de conformidad con el cual corresponde a los jueces la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En el caso español, no fue sino hasta la Constitución de 1978 en la cual se hace un reconocimiento expreso de tal poder logrando con ello controlarlo mediante la imposición de garantías para el ciudadano que se viese sometido a su ejercicio. En palabras del autor: “Se trataba simplemente de corregir cuanto antes los excesos punitivos del poder ejecutivo, para lo que se intentó equiparar todo lo posible el Derecho Administrativo Sancionador al derecho penal”.

⁵¹ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 43. Con todo, se ha dicho que el principialismo se ha convertido a su vez en la técnica normativa de recepción de las garantías penales en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, con lo cual se proclama en leyes sectoriales su necesaria observancia, sin que dicha proclamación vaya acompañada de una regulación posterior que clarifique su contenido o alcance. Ejemplo palpable de ello lo encontramos en los Art. 155 y 153 d) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D. L. No. 868 del 5 de abril de 2000, D. O. No. 88, Tomo No. 347 de 15 de mayo de 2000. Véase también el Art. 40 Ley de Protección al Consumidor, ya citada. Pero si aceptamos que lo aplicable en cada caso son los principios y no las normas, todavía queda pendiente de resolver la cuestión que plantea la no regulación de instituciones dentro de las leyes sectoriales, pero que pueden ser comprendidas dentro de este marco de principios aplicables. Por todos, basta traer a cuenta la institución de la “prescripción” y “caducidad” como manifestaciones de la seguridad jurídica, las cuales muy rara vez son abordadas por los distintos cuerpos normativos. Véase también REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 50. El autor sostiene que “Más allá de lo que explícita o implícitamente refleja la Constitución, hay una comunicación entre los principios que presiden la represión pena y administrativa. No se trata realmente de trasladar principios y reglas del Derecho Penal (o del Derecho Procesal Penal) al Derecho Administrativo Sancionador, sino de encontrar principios y reglas comunes por inducción de ambos sectores del ordenamiento”. Así lo ha expuesto también en el TC español en su STC 89/1995: “Se trata, en suma, de la aplicación de los principios constitucionales inspiradores de las leyes procesales penales, pero no de las normas de éstas. No poseen la misma estructura, ni se halla configurado del mismo modo, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Los principios del primero han de proyectarse de manera adecuada sobre el segundo”.

Por otra parte, se ha sostenido que la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador no debe realizarse de forma irreflexiva o simplista⁵². Son múltiples los pronunciamientos del TC español en este sentido. Valga traer a cuenta la ya citada STC 18/1981 de 8 de julio, y la STC 76/1990 de 26 de abril, por medio de la cual el TC llama a la prudencia a la hora de trasladar los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Y es que es innegable que las estructuras de ambas disciplinas distan mucho de ser similares⁵³.

Sin embargo, si retornamos al punto de partida de nuestro análisis y damos por sentado la identidad ontológica entre delitos e infracciones, resulta cuestionable sostener la matización en la aplicación de los principios que informan su ejercicio sin reparar sobre el significado real de esta frase⁵⁴. Recordemos que la construcción de la corriente dominante sobre dicha matización tiene origen pretoriano, pues salvo el tipo de castigo y la autoridad que los impone no existe en nuestra CN una norma que señale tal diferenciación. Más bien, encontramos en el Art. 2 CN la formulación general y expresa sobre los derechos individuales *-vida, integridad física y moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión-* y la promesa del Estado de proteger en la conservación y defensa de los mismos.

Con esta afirmación no se desconoce la diferencia entre lo judicial y lo administrativo. Más bien pretendemos traer a la discusión la exigencia constitucional por el respeto de los derechos

⁵² Véase SUAY RINCÓN, J., "La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar" publicado en *Documentación Administrativa*, 2008, No. 280-281: *La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, pp. 43-64. A pesar de la demostrada identidad ontológica entre delitos e infracciones, se critica la recepción indiscriminada de los principios penales en el Derecho Administrativo Sancionador. Empero, se reconoce que esta situación también es el resultado de regulaciones deficientes y la necesidad de tutelar los derechos del administrado.

⁵³ Véase MALJAR, DANIEL, *op. cit.* p. 74. En razón de sus distintas estructuras, lo que es aplicable al Derecho Administrativo Sancionador son los principios y no las normas del Derecho Penal. Recordemos que lo ontológicamente idéntico es la calidad de castigo que reviste a las penas y sanciones, mas no el mecanismo utilizado para su imposición. No se trata entonces de aplicar directamente el CPN o CPRPN al Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño. Aunque no contemos con una Ley de Procedimientos Administrativos, la regla general es que las leyes sectoriales que crean infracciones y sanciones regulen en alguna medida el procedimiento. No obstante, esta regulación nunca es exhaustiva y el aplicador de la norma encontrará aspectos no regulados pero esenciales para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora. En tal caso, el siguiente paso de la discusión es determinar el derecho común y el derecho supletorio a aplicar. Esto abre un nuevo debate que será abordado en el siguiente capítulo de este trabajo.

⁵⁴ Véase HIDALGO CUADRA, R. *op. cit.* pp. 639-734. No debemos perder de vista que el procedimiento administrativo sancionador constituye la herramienta por medio de la cual el Estado ejerce una de las vertientes de su poder de castigo y, por ende, la observancia de las garantías constitucionales en su tramitación no puede ser considerado un tema "*menos*" importante que en el Derecho Penal. Y es que los ajustes necesarios para adaptar las garantías penales al procedimiento administrativo sancionador, no pueden llevarnos a la falsa idea de la aplicación de "*garantías menores*". Como expone el autor: "*Las penalidades administrativas obedecen a un juicio de reproche menor, pero poseen identidad ontológica con lo penal*".

individuales, sin anteponer matices o modulaciones, sobre todo si esto último significa la modulación a la baja de tales garantías constitucionales⁵⁵.

La CN salvadoreña no plantea que el Estado debe proteger los derechos individuales del ciudadano en unas ocasiones con mayor intensidad (frente al castigo penal), que en otras (frente a castigos administrativos), pues este siempre se verá amenazado por la imposición de una carga que recaerá sobre una de sus esferas jurídicas constitucionales (libertad, patrimonio o ambas). Esto debido a que los castigos previstos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador pueden llegar a ser igual o más aflictivos que los regulados en el Derecho Penal -como se ha demostrado en párrafos anteriores-.

Además, se debe traer a colación que a pesar de la jurisprudencia expuesta por el TC español sobre la aplicación modulada de los principios del Derecho Penal al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y recogidos por las SCN⁵⁶ y las SCA⁵⁷ salvadoreñas, la teoría de la

⁵⁵ Véase Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 11-XI-2003, dictada en proceso bajo ref. Inc. 16-2001. Lo anterior también ha sido recogido por la SCN al manifestar: "(...) el ejercicio del *ius puniendi* estatal en manos de los entes administrativos, no puede quedar a su libre albedrío, sino que se encuentra limitado por la propia Constitución. En ese sentido, toda sanción administrativa para que sea constitucional y legalmente válida debe respetar los principios que la misma Constitución establece". De nuevo se retoma la necesidad de controlar el poder como justificación axiológica para la aplicación de los principios constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Al final del día, este ejercicio también permite legitimar el ejercicio de la potestad de castigo del Estado, quien, previo a reprender a los ciudadanos, debe verificar que ha respetado las garantías que el constituyente estableció. Solo así el castigo puede entenderse válido. Véase también, NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 43. El profesor Nieto entiende el problema así: "(...) el Tribunal Constitucional ha encontrado la ingeniosa fórmula de las <matizaciones>: con ellas quedan salvadas las garantías formales, pero se deja abierta la puerta a una aplicación flexible. Pero en el fondo es la negación de los principios y la devolución al juez de la última potestad de resolver los conflictos concretos. La ley y la doctrina son una oferta que se hace al juez para que éste la use a su arbitrio de acuerdo con las peculiaridades del caso concreto puesto que es el único que las conoce. Hemos vuelto, pues, al punto de partida aunque ciertamente con una ventaja añadida, y no pequeña. Porque la flexibilización de los principios no llega a su eliminación. El juez puede moldearlos, mas no desconocerlos por completo. Los principios operan en último extremo como un límite; a partir de él todo lo demás queda en manos de la prudencia del juez".

⁵⁶ Véase sentencias dictadas por la SCN de la CSJ de 13-VII-2011 y de 15-XII-2014; Amparos 16-2009 y 358-2012, respectivamente. La SCN ha expresado: "Si la denominada potestad sancionadora de la administración constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, resulta imperioso que los principios constitutivos del derecho penal también sean aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, con los matices que exige la materia, de tal forma que vinculen, por un lado, al legislador al crear normas relativas a las conductas constitutivas de infracciones y sus consecuentes sanciones y, por otro lado, a las autoridades administrativas competentes al momento de aplicarlas". La SCN agrega que "Los <<matices que exige la materia>> resultan de ponderar el fundamento de cada principio penal con los fines de la actividad administrativa inclinados a exceptuarlos". En el mismo sentido, Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.*, p. 132. El autor sostiene que frente al principio de legalidad penal y administrativo sancionador debe mantenerse una postura similar, admitiéndose únicamente algunos matices. No obstante, sustancialmente deben mantenerse iguales posiciones en relación con uno y otro ámbito por tres razones principales: (i) teóricamente, la identidad material de ambas ramas sostiene igual tratamiento; (ii) desde un punto de vista práctico, porque los castigos administrativos pueden alcanzar igual nivel de aflicción que los penales, por lo que las garantías no deben ser menores; y (iii) porque ni la Constitución ni la Ley establecen diferencias en cuanto a cuál deba ser el tratamiento en uno y otro caso.

aplicación matizada de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador no ha sido acompañada de un criterio claro que enuncie la clave que ha de emplearse en cada caso⁵⁸.

La situación anterior nos atrapa en un carrusel sin fin: ante la ausencia de una dogmática propia en el Derecho Administrativo Sancionador nos vemos obligados a aplicar *con matices* los principios del Derecho Penal, ya que no contamos con una guía que nos permita dilucidar tales matices⁵⁹. Por ello deberemos seguir recurriendo a los principios del Derecho Penal para solucionar problemas tales como el dolo y la culpa, las causas de exención, los componentes del debido proceso, entre otros.

Esta labor se realizaría mejor si entendemos que ni siquiera en el Derecho Penal existe una fórmula exacta de aplicación de los principios que lo informan⁶⁰. Y es que aún y cuando en el Código Penal se enuncien y formulen principios como el de legalidad (Art. 1 Pn), responsabilidad (Art. 4 Pn) necesidad (Art. 5 Pn), entre otros, el juez penal siempre recurrirá a métodos de interpretación que le permitan aplicar cada uno de estos principios al caso concreto. También debemos señalar que la SCN se ocupa del contenido de estos principios cuando aborda

⁵⁷ Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 8-IV-2003, dictada en proceso bajo referencia 113-P-2001: “*Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.*” En el mismo sentido véase sentencia de la SCA de 29-IX-2014, proceso 57-2010.

⁵⁸ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 41. El autor sostiene que no existe un parámetro para identificar el contenido de las matizaciones ni la razón que las justifica. Lo anterior trae como resultado que tanto el legislador como el aplicador de la norma puedan rebajar de forma casi arbitraria las garantías penales en la aplicación de sanciones administrativas.

⁵⁹ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 130. El autor señala que la metodología tradicional de extrapolación de principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador ha fracasado debido a su carencia de precisión desde el momento en que dicha matización no puede ser automática y que las matizaciones son “*tan difíciles e inseguras*”. Por ello propone la construcción de un nuevo Derecho Administrativo Sancionador que parta de la esencia misma del Derecho Administrativo y desde la matriz del Derecho Público estatal. Esta postura resulta interesante en tanto comprende que es insostenible establecer matizaciones abstractas al mismo tiempo que reconoce la necesidad de crear una dogmática propia para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública que no necesariamente debe implicar dotarle de menos garantías, sino de adecuarle a sus propias cualidades.

⁶⁰ Véase PÉREZ-PIAYA MORENO, C., *El procedimiento sancionador Tributario. Especial referencia a su tramitación separada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 39. Esta aplicación de principios debe realizarse de manera funcional, sin afectar el contenido sustancia de los mismos. Esta aplicación matizada debe tomar en cuenta las diferencias formales entre las instituciones penales y administrativas, la naturaleza de los órganos y los procedimientos, y, sobre todo, en las particularidades de las sanciones administrativas. Por ello, sostenemos que la aplicación matizada no equivale a una aplicación graduada a la baja de los principios del Derecho Penal.

situaciones concretas de su jurisdicción, y tal labor la ejecuta interpretando el contenido de cada norma⁶¹.

Entonces, lo que ocurre tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, es que el aplicador de la disposición llena de contenido la misma para extraer de ella las máximas de razón que le permiten juzgar el caso concreto. Es decir, que la pretendida y malograda matización en la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador no es más que el ejercicio inherente de aplicación de la norma jurídica al caso concreto, el cual inevitablemente debe tomar en cuenta las circunstancias particulares del caso del que se trate, las cuales incluyen el bien jurídico protegido y el tipo de ilícito que se juzga⁶².

Por ello, rechazamos que la enunciada “matización” en la aplicación de principios constitucionales del Derecho Penal sea entendida como una graduación a la baja de los mismos en el Derecho Administrativo Sancionador⁶³. Es decir, que la matización aludida no debe

⁶¹ Véase sentencia dictada por la SCN de la CSJ de 6-VI-2008 en proceso bajo referencia 31-2004AC. Superado el paradigma de la revolución francesa sobre el papel del juez frente a la ley, debemos aceptar que la labor primordial que este realiza pasa por la interpretación de la norma jurídica. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el aplicador de la norma se encuentra frente a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Este ejercicio debe realizarse teniendo en cuenta (i) el principio de unidad del ordenamiento que exige que la interpretación debe estar orientada a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico, y (ii) el principio de concordancia práctica que trata de disipar la tensión que pueda existir entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores o bienes constitucionales protegidos. Desde la Constitución es exigible una interpretación extensiva de las leyes que amplíen el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales, coadyuvando a la consecución de su pleno goce por todas las personas; y una interpretación restrictiva de aquellas que impliquen una limitación o restricción del ejercicio de los mismos.

⁶² Véase Sentencia de Inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 23-III-2001, en proceso bajo referencia 8-97c. La Sala ha brindado parámetros de interpretación general, entre otros ejemplos, al sostener que las normas que limiten derechos deben ser interpretadas de forma restrictiva: “*En consecuencia, y según se ha afirmado líneas arriba, desde la Constitución es exigible una interpretación extensiva de las leyes que amplíen el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales, coadyuvando a la consecución de su pleno goce por todas las personas; y una interpretación restrictiva de aquellas que impliquen una limitación o restricción del ejercicio de los mismos*”. Véase sentencia de la Sala de lo Constitucional de 24-X-2014, proceso bajo referencia 33-2012. En su jurisprudencia más reciente, la SCN ha adoptado como principios de interpretación constitucional los siguientes: “*Entre los principios específicos de interpretación constitucional se encuentran: (a) el de unidad del ordenamiento, que busca preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; (b) el de concordancia práctica, que persigue disipar la tensión que pueda existir entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores o bienes constitucionales protegidos; (c) el de corrección funcional, que implica no contradecir la distribución constitucional de funciones, atribuciones y competencias entre los órganos del Estado; (d) el de fuerza normativa, que busca no restarle nunca fuerza normativa a la Constitución; (e) el pro libertate, que dicta que en caso de dudas aplicativas o interpretativas, la opción a escoger debe ser la más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales; y, (f) el de interpretación no-programática, por el cual la interpretación siempre debe conceder aplicabilidad directa a las disposiciones constitucionales, a menos que se trate de un mandato al legislador.*”

⁶³ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho... cit.*, p. 180. Al referirse a la aplicación matizada de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, los autores la

entenderse como una exigencia menor de las garantías del Derecho Penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. La matización no es más que la interpretación misma del alcance y contenido del principio objeto de aplicación, ejercicio que ocurre también cotidianamente en el seno del Derecho Penal⁶⁴.

Lo anterior se extrae de la lectura de las diferentes disposiciones constitucionales que recogen las garantías aplicables al *ius puniendi* único del Estado⁶⁵. Si a un ciudadano bajo similares circunstancias se le juzga de forma distinta que a otro, se le estará violando el principio de igualdad (Art. 3 CN.). Si este mismo ciudadano es castigado bajo la aplicación de una norma que no existía al momento en que ocurrieron los hechos, se le habrá vulnerado el principio de legalidad (Art. 15 CN.) e irretroactividad de la ley penal *in malam partem*. De igual forma, si a este ciudadano se le priva del derecho a la libertad, al patrimonio o cualquier otro derecho, sin ser oído y vencido en juicio, o si lo que le afecta es que se le ha juzgado dos veces por la misma causa, se le habrá violentado el derecho de defensa, audiencia y debido proceso, además de la garantía de la prohibición de *non bis in ídem* (Art. 11 CN.).

Nótese que en ninguna de las situaciones hipotéticas antes planteadas ha sido necesario referirnos a la jurisdicción específica, basta con entender que estamos frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁶⁶ para advertir que le son aplicables todo el bloque de garantías

estiman “dificilmente justificable”. Ello porque “(...) ha de recordarse que el propio artículo 25 formula por sí mismo una equiparación de los dos ámbitos represivos en cuanto a legalidad, tipicidad e irretroactividad (...)”

⁶⁴ Véase NIETO, Alejandro., *op. cit.*, p. 138. En sentido contrario a esta exposición, Alejandro Nieto, quizá la voz más autorizada en la materia, afirma: “(...) lo que está fuera de duda es que los principios del Derecho Penal, aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo de forma mecánica, sino <<con matices>> debidamente adaptados al campo que los importa. (...) ni la legalidad, no la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el non bis in ídem, ni la prescripción tienen el mismo alcance en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo Sancionador. Lo difícil, con todo, es graduar con precisión la diferencia de intensidad de tales matices, para lo que no parece existir un criterio general”. Como ya lo hemos advertido en otros pasajes, debemos cuidarnos de extrapolar este tipo de conclusiones al ordenamiento jurídico salvadoreño de forma irreflexiva. Lo que asevera el autor tenía en su momento como contexto normativo la Ley 30/1992 y ahora las nuevas leyes 39/2015 y 40/2015. Pero en El Salvador no contamos con normas jurídicas similares. Con lo que sí contamos es con la regulación expresa de principios punitivos en normas de rango constitucional y por ende, predicables de todo el ordenamiento jurídico administrativo y su aplicación. Como lo señala NIETO, resulta una labor inacabada definir tales límites en el contexto normativo español, por ende, cabe cuestionar la aplicación de esas conclusiones (que aún no concluyen) a nuestro ordenamiento jurídico que detenta características propias.

⁶⁵ Véase WASHINGTON ÁVALOS, R., *Derecho Procesal Penal, Cuestiones Fundamentales*, Tomo I, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 43. El autor concluye la similitud material entre una y otra rama a partir de la consideración de la función material que conlleva la decisión de castigo y los procedimientos que le preceden. En el mismo sentido véase GÓMEZ TOMILLO, M. y otros, “Límites entre el Derecho Sancionador... *cit.* pp. 15-19.

⁶⁶ Véase SERRA ROJAS, A., *Derecho Administrativo II*, 22ª edición, México, Porrúa, 2003, p. 164. La sanción constituye la consecuencia jurídica que se atribuye a un supuesto de hecho. Por ello, la sanción constituye el elemento coercitivo de la norma de conducta que le estatuye como una regla de derecho. Este elemento coercitivo es la característica que le diferencia de las reglas morales. La sanción posibilita la exigencia de las

constitucionales, sin matices ni modulaciones que obedezcan a la materia de que se trate. Estos matices solo pueden existir en cada caso concreto y en aplicación del principio de proporcionalidad, independientemente de si nos encontramos en el ámbito del Derecho Penal o del Administrativo sancionador⁶⁷. Por ello, no pueden establecerse a raja tabla para una y otra rama jurídica.

reglas de derecho. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho... cit.* Tomo II, pp. 169-170. La sanción administrativa constituye el mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de su conducta ilícita. Ese mal infligido puede recaer sobre su patrimonio, su libertad, o el ejercicio de cualquier otro derecho. Véase también DROMI, Roberto, *El Acto Administrativo*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1997, p. 192. El autor define la sanción administrativa como la consecuencia dañosa que impone la Administración Pública a los infractores del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido véase sentencia dictada por la SCA de 23-V-2005 en proceso bajo referencia 130-P-2002. La SCA conceptualiza la sanción administrativa como un acto de gravamen en tanto afecta negativamente la esfera jurídica del destinatario mediante la privación de un derecho, actividad o mediante la imposición de un deber antes inexistente. Se advierte entonces que la imposición de una sanción administrativa, al igual que una pena, conlleva para el administrado pasar de una situación a otra que le es menos favorable. Es decir, coloca al ciudadano en una posición jurídica menor en cuanto el disfrute de sus categorías jurídicas. Esta similitud de efectos nocivos es la que determina que en uno y otro caso se observen indefectiblemente las garantías que el texto constitucional señala para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

⁶⁷ Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de 12-II-2002 en proceso bajo referencia 183-2000. La SCN también entiende la sanción administrativa como un acto de gravamen en tanto debilita o disminuye la esfera jurídica del ciudadano. En tal sentido, la sanción administrativa es cualquier perjuicio impuesto por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita. Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de 20-II-2009 en proceso bajo referencia Inc. 84-2006. La SCN ha "actualizado" el concepto de sanción administrativa, entendiendo por tal "*un castigo impuesto por la Administración Pública*". Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de 15-III-2002 en proceso bajo referencia 30-96/10-97/10-99/29-2001. Al igual que en el caso del Derecho Penal, dada su naturaleza de acto de gravamen, la SCN expone la obligada existencia de un procedimiento constitucionalmente configurado que preceda la imposición de la sanción.

CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL COMO LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 3. Sobre los criterios de distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. 3.1. Las materias administrativas como criterio de distinción para el legislador. 3.2. La gravedad de las conductas y sanciones. 3.3. En específico sobre el principio de proporcionalidad como criterio de distinción entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. 4. Aplicación supletoria de las normas del Derecho Civil y Procesal Civil frente a la capacidad integradora del Derecho Administrativo. 5. Principios penales constitucionales.

3. Sobre los criterios de distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador

Partiendo de los artículos 14 y 172 CN se ha sostenido en este trabajo que existe una identidad ontológica entre delitos e infracciones y que a la Administración se le ha conferido parte del *ius puniendi* del Estado bajo un régimen de Derecho Administrativo. Por tanto, se infiere que su ejercicio puede ser revisado en sede judicial sin que dicho control conlleve un menoscabo a la potestad de la Administración.

Lo que no se ha afirmado es que delitos e infracciones, o si se quiere, penas y sanciones, sean sinónimos de un mismo fenómeno jurídico⁶⁸. Unas y otras obedecen a manifestaciones concretas del *ius puniendi* estatal y como tales están sometidas a iguales principios. No obstante, constituyen categorías independientes con características propias.

Y es que, si la infracción administrativa fuese a la vez un delito penal, la Administración Pública no podría sancionarlo aun y cuando cumplierse con todas las garantías constitucionales

⁶⁸ Véase Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 11-XI-2003, dictada en proceso bajo ref. Inc. 16-2001. La Sala ha expuesto: “La potestad sancionadora de la Administración es un poder jurídico en virtud del cual la Administración impone correcciones a los ciudadanos o administrados por conductas contrarias al orden jurídico. Es, pues, el poder sancionador de la Administración un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que del ordenamiento jurídico se produzca. A partir de lo anterior, fácilmente puede intuirse que su finalidad última es garantizar el mantenimiento del orden general –bien el de la sociedad en su conjunto, bien el del interior de la Administración– mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Las justificaciones del desarrollo de la potestad sancionadora en manos de los entes administrativos obedece a razones pragmáticas evidentes, dado que sin ella, se dificultaría el cumplimiento de su compleja labor. Es por ello que se señala que el poder punitivo corresponde a la Administración no como un privilegio sino como un instrumento para el cumplimiento de sus fines –inmediato y eficaz– en orden a la satisfacción de los intereses generales.”

para tales efectos⁶⁹. No se afirma, entonces, que delitos e infracciones, y penas y sanciones sean figuras idénticas. Simplemente se reconoce el género común de ambas categorías.

Se trata, más bien, de comprender que a la Administración Pública se le ha conferido la potestad de sancionar determinados ilícitos distintos a los delitos. Por tanto, la existencia de esta potestad se justifica constitucionalmente si los supuestos de hecho a sancionar en sede administrativa son distintos a aquellos contemplados en los tipos penales reservados exclusivamente a la jurisdicción del juez penal⁷⁰. Por ello, las sanciones penales son – en contraposición a las administrativas – aquellas que debido a sus características están rodeadas de garantías irrenunciables e inaccesibles para la Administración⁷¹, por ejemplo, que su imposición esté confiada única y exclusivamente a un juez⁷².

Con lo expuesto en los anteriores párrafos no se pretende reiniciar una discusión bizantina en la búsqueda de diferencias esenciales u ontológicas entre tales categorías, debate que, como se ha afirmado, ya ha sido superado. Lo que se busca es distinguir en algún grado entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador, a efectos de construir una articulación racional entre

⁶⁹ Véase REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal y...” *cit.* p. 324. El autor afirma que en uno y otro caso estamos frente a castigos impuestos por el Estado y que, por tanto, frente a su ejercicio el ciudadano puede hacer valer los derechos públicos subjetivos, especialmente aquellos de raigambre constitucional propios de la concepción misma del Estado de Derecho, pero entendiendo a la vez que entre unos y otros existen diferencias. En el mismo sentido véase QUINTERO OLIVARES, G., “La tutela, los límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios inspiradores del Derecho Penal” publicado en *Revista de Administración Pública*, 1991, N° 126, pp. 253-293. Sostiene el autor que “no puede nunca ser «lo mismo» el derecho penal que el derecho sancionador, y que la extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del total sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo”

⁷⁰ Véase PARADA VÁZQUEZ, J., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal” publicado en *Revista de Administración Pública*, 1972, N° 67, pp. 41-94. Se ha sostenido también que la potestad de castigo de la Administración no debería ir más allá de la disciplinaria frente a sus empleados y de la sancionadora en materia de contratos administrativo.

⁷¹ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 135. No se trata de que las sanciones administrativas son como las penales y que la Administración pueda imponerlas si cumple con las mismas garantías que rigen la actividad judicial. Se trata, más bien, de que la Administración está constitucionalmente vetada para imponer penas y que el ejercicio de su potestad sancionadora se justifica en la medida en recaiga sobre supuestos sustancialmente distintos al Derecho Penal.

⁷² Véase MALJAR, Daniel, *op. cit.* p. 83. El autor sostiene que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador existen diferencias materiales (la imposibilidad de que la Administración imponga penas privativas de libertad) y formales (de procedimiento y competencia. Así, podemos identificar junto al autor las siguientes diferencias: a) existencia de dos clases de normas –penales y administrativas-; b) la autoridad que impone el castigo; c) procedimientos distintos; d) el monopolio de los jueces para la imposición de las sanciones privativas de libertad; e) Atomicidad de las normas administrativas frente a la condensación de las normas penales en un Código Penal –sin perjuicio de la existencia de leyes especiales; f) la potestad sancionadora de la Administración continúa bajo el régimen del Derecho Administrativo. Véase también SILVA SÁNCHEZ, J., *op. cit.* p. 135. En un primer momento se construyó una diferenciación basada en la aptitud de la conducta ilícita en cuanto lesionase o no un bien jurídico. En el primer caso estaríamos frente a una conducta penalmente relevante y en el segundo, ante una conducta propia del Derecho Administrativo Sancionador en la medida que implicase un “acto de desobediencia ético-valorativamente neutro”.

ambas ramas que delimite qué corresponde a cada una a partir de parámetros constitucionales⁷³. Aun y cuando deba reconocerse que este esfuerzo solo puede tener un alcance limitado y que el legislador seguirá contando con un margen amplio de apreciación⁷⁴. No obstante, esto tampoco implica que la delimitación apuntada no exista⁷⁵.

En definitiva, frente a dos ramas del derecho que se encargan de la potestad de castigar del Estado, es natural intuir que existan diferencias entre ellas.

La primera que salta al ruedo es -al menos en apariencia- la intensidad del castigo penal frente al castigo impuesto por la Administración. De igual manera, resalta la multiplicidad de herramientas con que cuenta un Juez para ejercer su función frente al más endeble abanico de

⁷³ Véase CORDERO QUINZACARA, E., "El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal" publicado en *Revista de Derecho Valdivia*, 2012, N° 2, pp. 131-157. No obstante, admitir la existencia de dos disciplinas jurídicas distintas no resuelve un aspecto que es fundamental: "reconociendo que existe un Derecho penal y un Derecho Administrativo Sancionador, ambos de proyección del Derecho público del Estado, no aparece resuelto el problema respecto de los límites a que debe someterse el legislador en su configuración, más aún si se reconoce que en el ámbito de la Administración las garantías se hacen más flexibles o tenues. Además, siendo ambos instrumentos que están en poder del legislador, no resulta fácil comprender a ambos poderes punitivos como estancos separados, sin un lazo o vínculo alguno".

⁷⁴ Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 40-2006/45-2006/60-2006 de 4-IV-2008. La SCN ha manifestado "(...) corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración del ordenamiento jurídico, llevar a un nivel normativo aquellas circunstancias de la realidad que, bajo parámetros objetivos, merezcan una consecuencia jurídica diferenciada". En el mismo sentido véase Inc. 105-2007/113-2007 de 16-IV-2008. Véase GARCÍA AMADO, J., "Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites" publicado en AA. VV. *Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 11-42. El autor reconoce que existe la necesidad de encontrar una diferencia sustantiva a la que califica como "inencontrable": "(...) parece que no nos resta más salida que la de un resignado formalismo: el derecho penal castigará los comportamientos que el legislador decida que se castiguen con penas y el Derecho Administrativo sancionará aquellos que el legislador decida que se repriman con sanciones administrativas. Pero con un matiz fundamental: será tanto más legítimos esos castigos cuanto más puro resulte el proceso democrático como base de la producción de las leyes".

⁷⁵ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 135. El autor sostiene que "se trata en definitiva, de manejar de manera racional la pluralidad de mecanismos punitivos de que dispone un Estado moderno, de modo que, en primer lugar, se pueda hablar de una auténtica articulación de los mismos, de una coherencia entre el mayor nivel de garantía del Derecho Penal y las infracciones castigadas con él, y se respeten los principios constitucionales básicos como la reserva de jurisdicción". Los límites materiales entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal son aceptados por distintos ordenamientos jurídicos como el francés (art. 66 de la Constitución francesa de 1958) y el español (Art. 25.3 CE), e inclusive el salvadoreño (Art. 14 CN). Lo cierto es que buena parte de la política-jurídica viene informada por la sociología y el estado evolutivo de la sociedad de que se trate. Históricamente, se han tipificado como delitos aquellos hechos que en un momento y ámbito social determinado se han considerado más dañinos. En El Salvador, prueba de ello es el Art. 18 de la "Ley Antimaras" a la cual ya hemos hecho alusión. Dicha norma consideraba como ilícito penal el portar un tatuaje que identificara al individuo como perteneciente a una pandilla. De igual manera, pero en sentido inverso, encontramos la descriminalización del Monopolio y otras figuras contrarias a la libre competencia, originalmente contenidas en los Art. 232 y siguientes del Código Penal salvadoreño y que posteriormente fueron recogidos por la Ley de Competencia como infracciones administrativas en sus Capítulo II, artículos 26-29. D. L. No. 528, del 26 de noviembre de 2004, D. O. No. 240, Tomo No. 365, del 23 de diciembre de 2004.

potestades con que cuenta la Administración para cumplir el mismo fin⁷⁶. En sintonía con lo anterior, cabe preguntarnos qué ilícitos serán coronados como delitos y cuáles como infracciones⁷⁷.

Para abordar esta disyuntiva, iniciaremos estudiando los criterios utilizados por el legislador para decidir los ilícitos que deben ser tipificados como infracciones o como delitos, en relación a la competencia funcional del órgano al que se le atribuye y la gravedad del castigo a imponer. Posteriormente, se analizará el criterio de gravedad de las conductas y las sanciones utilizadas para reprimirlas. Luego, se abordará el principio de proporcionalidad como herramienta útil para determinar qué ilícitos son merecedores de penas o sanciones administrativas.

3.1. Las materias administrativas como criterio de distinción para el legislador

Determinar qué ilícitos son sometidos al régimen del Derecho Penal y qué otros al del Derecho Administrativo Sancionador es una distinción que aún no encuentra una respuesta inequívoca en la jurisprudencia. En el caso salvadoreño, la cuestión aludida ha sido abordada por la SCN únicamente desde la perspectiva del principio de legalidad de la pena⁷⁸. El análisis de la jurisprudencia constitucional se ha limitado a extrapolar la Reserva de Ley penal al ámbito de las sanciones administrativas. Así, la jurisprudencia salvadoreña ha entendido que las infracciones y sanciones administrativas, debido a su carácter punitivo, son una materia reservada a la ley⁷⁹. Por

⁷⁶ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, pp. 38-39. El autor expone que no existe un criterio que sea identificable a cabalidad que nos ayude a distinguir entre las dos ramas, “*porque la coincidencia entre contenidos de tutela y consecuencias jurídicas ha llegado en esta materia a tales extremos que ni siquiera la acreditada habilidad de la dogmática para realzar maniobras argumentativas (...) a conceptos y sistemas dogmáticos trabajosamente contruidos puede en esta materia dar resultados fructíferos. Con otras palabras, la falta de racionalidad legislativa se ha intentado paliar en vano con una dogmática que debería arreglar los desperfectos producidos por el legislador*”.

⁷⁷ Véase CASARES MARCOS, A., *Principio de legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionador*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, 2010, pp. 39-40. El reconocimiento de caracteres comunes entre delitos e infracciones y la necesidad de controlar el ejercicio de la potestad punitiva desde los principios constitucionales también sirve para plantear el problema sobre qué ilícitos deben ser considerados como de una u otra materia. Ambos fenómenos han evolucionado hasta alcanzarse, ya sea por el creciente intervencionismo de la Administración Pública en ámbitos inéditos o por la corriente de despenalización del injusto. Para el autor, se ha superado la etapa parasitaria del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal para dar paso a una sustantivación propia del primero que está marcada por mutaciones importantes en la concepción de los postulados propios del *ius puniendi*.

⁷⁸ Véase sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ en el proceso bajo referencia 143-98 de 30-VI-1999. Para llenar de contenido este principio, la SCN ha manifestado que “*La doctrina y la jurisprudencia penal o sancionatoria exige que todo sistema disciplinario debe fijar con claridad de un modo específico, que no deje lugar a interpretaciones equívocas, el tipo de conducta a sancionar y la sanción específica que le corresponde*.”

⁷⁹ Véase sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ en el proceso bajo referencia 117-2003 de 15-VI-2004. “*El Derecho Administrativo Sancionador es una materia reservada a la ley, debido a la*

ello, tanto los elementos descriptivos del tipo considerado ilícito como la sanción a imponer, deben estar contenidos en una norma, aun y cuando se admita que la delimitación de algunos de sus elementos esté contenida en reglamentos de ejecución⁸⁰.

La jurisprudencia constitucional salvadoreña asume que la determinación de las conductas ilícitas es facultad exclusiva del legislador⁸¹. Esto sin llegar a enjuiciar hasta hoy si el contenido objetivo de tales decisiones ha sido acorde a parámetros constitucionales⁸². Sin embargo, tampoco debe entenderse que esta facultad puede ser ejercida sin límites por el legislador, pues corresponde a la SCN ejercer el control de constitucionalidad de las normas sancionadoras conforme a los parámetros contenidos en la norma fundamental, aspecto al que nos referiremos en breve⁸³.

semejanza que guarda con el derecho penal, al ser también una manifestación de la potestad punitiva del Estado”.

⁸⁰ Véase sentencia pronunciada por la SCA de la CSJ en el proceso bajo referencia 142-M-98 de 29-XI-1999. *“El establecimiento de las conductas constitutivas de infracción y las correlativas sanciones, conforme el principio de legalidad y a lo relacionada reserva de ley, no puede fundamentarse meramente en una norma de carácter reglamentario sin la cobertura de una ley formal.”*

⁸¹ Véase sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ en el proceso bajo referencia 143-98 de 30-VI-1999. La SCN se ha pronunciado claramente sobre la libertad de configuración penal del legislador, idea que puede ser extrapolada plenamente al ámbito de las infracciones administrativas, materia sobre la cual no se manifestó. Véase también sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ de 24-V-2002, ref. 699-2000. No obstante, la SCN sí se ha pronunciado en relación a este principio y su aplicabilidad a normas que crean tributos. Empero, sin llegar a confundir los principios tributarios constitucionales con los penales constitucionales, consideramos que este mismo razonamiento puede servir para evaluar también el contenido de normas penales tal y como más adelante estudiaremos. En la sentencia aquí citada, el actor impugnó el Decreto Número 22 dictado por el Concejo Municipal de San Salvador, de 12-IX-2000, publicado en el D.O N° 194, tomo 349, de 17-X-2000, mediante el cual se reformó la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de San Salvador, específicamente las secciones contempladas en el art. 7, números 12.5.1.1 y 12.5.1.2 que establecían tasa por permiso de instalación de cabinas telefónicas. Al resolver sobre el planteamiento de la demanda, la SCN expuso sobre el principio de proporcionalidad que *“en las intervenciones del Estado en la esfera privada, defendida por los derechos fundamentales, los medios soberanos utilizados se mantengan en proporción adecuada a los fines perseguidos. La proporcionalidad de una regulación o acto ha de establecerse, pues, con referencia al objeto de protección y ordenación intentado en cada supuesto, con referencia al derecho fundamental que resulte o pudiere resultar lesionado. (...)”*

⁸² Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 1-IV-2004, en proceso bajo referencia 52-2003/56-2003/57-2003. Pero la SCN sí se ha pronunciado sobre la configuración de tipos penales que no guardan relación con la tutela de bienes jurídicos, y, por el contrario, proscriben situaciones que carecen de lesividad; y, además, porque *“El ius puniendi no puede ejercerse mediante extralimitación, alteración o restricción contraria al contenido esencial de los derechos”*.

⁸³ En la citada sentencia de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003, la SCN da por sentado que la determinación de los delitos y penas es cuestión de política criminal: *“El control social de la política criminal se ejerce mediante la consideración normativa de las conductas punibles, de manera que al acaecer en la realidad sean merecedoras de una pena; en ese sentido, el Derecho Penal no sólo constituye un conjunto de normas dirigidas a los jueces, ordenándoles imponer penas, sino también -y antes de ello- un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíbe, bajo la amenaza de una pena -prevención especial-, la comisión de delitos”*.

En España, el TC ya se ha referido al tema en su STC 116/1999, de 17 de junio, en la cual los recurrentes reprochaban la inconstitucionalidad, entre otros, del Art. 20 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida⁸⁴.

Esta ley tipificaba como infracciones administrativas determinadas conductas que los recurrentes consideraron que atentaban en contra del bien jurídico vida humana, y que, por lo tanto, deberían ser catalogados como delitos. Adujeron que *“el art. 20 de la Ley es inconstitucional por tipificar como infracciones meramente administrativas «conductas que por atender al bien jurídico vida humana protegido por el art. 15 de la Constitución, y a la dignidad del ser humano deben ser (...) delitos, es decir, infracciones catalogadas en el Código Penal con la máxima categoría del Derecho sancionador»”*.

Al resolver el planteamiento de los demandantes, el TC expuso que la tutela de los derechos fundamentales no necesariamente debe estar contenida en normas penales, aunque la no protección o ausencia de norma que tutele los mismos sí puede ser objeto de enjuiciamiento constitucional –inconstitucionalidad por omisión-.

No obstante, el TC también sostuvo que corresponde al legislador determinar el contenido del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, teniendo siempre en cuenta el principio de mínima intervención⁸⁵. En el mismo sentido se ha pronunciado en su STC 160/1987 de 27 de octubre⁸⁶, en la cual, invocando el principio de proporcionalidad, se impugnaron normas penales contenidas en el Art. 2 de la L.O. 8/1984, posteriormente derogadas por otra Ley sobrevenida al recurso, la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley 8/1984. Al referirse específicamente al argumento de la violación al principio de

⁸⁴ Véase Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

⁸⁵ Véase STC 116/1999, de 17 de junio: *“la protección penal de los derechos fundamentales, o de determinados bienes constitucionales, no puede aspirar a revestir un carácter absoluto, aunque, en ciertos casos, la plena ausencia de esa garantía pueda ser un elemento suficiente para justificar el examen de la constitucionalidad de una ley a partir de un contraste entre la eficacia de la protección de un derecho fundamental ordenada por la Constitución y la finalmente dispensada por el legislador. Ahora bien, fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos.”* En el mismo sentido véase SSTC 53/1985, de 11 de abril y 212/1996, de 19 de diciembre. Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, “Los confines...” cit. p. 149. El estatus de derecho fundamental obliga al legislador a establecer garantías superiores de tutela para determinados bienes jurídicos.

⁸⁶ Véase STC 160/1987 de 27 de octubre: *“el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana, tal como se dijo en el fundamento jurídico 2º de la STC 65/1986, de 22 de mayo (...)”*

proporcionalidad, el TC sostuvo que el legislador sigue contando con libertad para configurar el contenido de las normas penales y administrativas sancionadoras, ejercicio que no está exento del control constitucional.

No obstante, la jurisprudencia citada se limita a reconocer la existencia en el ordenamiento jurídico español de un núcleo de bienes jurídicos –que como supuestos extremos– deben ser tutelados desde la trinchera del Derecho Penal, pero no concretizó cuáles son los *supuestos extremos* a los que alude. Por el contrario, reconoce ampliamente la libertad con la que cuenta el legislador para decidir qué mecanismos de tutela destinará para proteger los derechos de los ciudadanos⁸⁷. Por tal razón, actualmente es el legislador español quien decide qué conductas serán castigadas y si el castigo correspondiente será una pena impuesta por el juez o por la Administración⁸⁸.

Tal y como lo sostiene el TC, el principio de intervención mínima del Derecho Penal debe servir de guía para identificar qué tipo de ilícito debe ser considerado delito o infracción. De lo anterior se desprende que el legislador deberá orientarse primordialmente a la construcción de infracciones administrativas, y, por excepción, optar por el Derecho Penal como vía de protección de los bienes jurídicos, en cuyo caso, deberá justificar su intervención en cuanto resulte más

⁸⁷ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, cit. p. 53-54. En este punto del análisis no debe perderse de vista el ámbito práctico, en el cual, es sin duda alguna el legislador quien finalmente decide qué conductas son punibles y qué tipo de castigo les corresponde. Véase RAMÓN FERNÁNDEZ, T. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” publicado en *Revista de Administración Pública*, 2012, No. 187, pp. 141-170. El autor critica duramente esta postura jurisprudencial: “*La inercia de la historia es tan grande, sin embargo, que todavía hoy, cuando ha quedado claro ya que el legislador es un poder constituido y, como tal, obligado a respetar la voluntad del poder constituyente que la Constitución expresa, se sigue afirmando que el legislador es sustancialmente libre, que su relación con la Constitución es muy distinta de la que el Gobierno y la Administración tienen con la ley y que, por lo tanto, no pueden aplicarse a sus productos los mismos esquemas conceptuales que se emplean para controlar al poder discrecional del que gozan las autoridades administrativas, porque la libertad de la que el legislador disfruta es no solo mayor, sino de otra calidad distinta y superior a la mera discrecionalidad administrativa (...). Estas afirmaciones son solamente verdades a medias y, como tales, profundamente equívocas. Se utilizan habitualmente como parapeto, como freno, como excusa para evitar el compromiso que supone confrontar la ley con la Constitución, a sabiendas de que son fruto de una generalización inadmisibles, porque en todo texto constitucional hay una gran variedad de normas, de estructura y densidad de regulación muy diferentes. Hay reglas, de acción y de fin; hay principios y hay directrices (...). Es, pues, forzoso distinguir si se quiere progresar en esta dirección, si se quiere realmente buscar respuestas razonables a esas preguntas. Es imprescindible hacerlo, en mi opinión, aunque solo sea para aliviar la excesiva presión que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa se ven obligados a soportar al recaer exclusivamente sobre ellos la carga de controlar todo el poder discrecional, un poder que en muchos casos no tenía por qué haber sido concedido por el legislador, o debería haberlo sido en menor medida y sujeto a criterios capaces de pautar adecuadamente su ejercicio*”

⁸⁸ Véase SSTC 63/2004, de 24 de febrero, 60/2010, de 7 octubre y 160/2012, de 20 de septiembre. El TC sostiene: “*Hemos de reiterar que constituye potestad exclusiva del legislador la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que pretende conseguirlo. En el ejercicio de su competencia el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...)*”.

gravosa para el administrado⁸⁹. Lo anterior también se sostiene a partir del principio *pro libertatis*, en tanto que la libertad debe ser considerada como el estadio natural del hombre, por lo que toda privación debe interpretarse restrictivamente⁹⁰.

Por otra parte, algunos autores han intentado delimitar el Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo Sancionador, atribuyéndole al primero el castigo de las infracciones que afectan aquellos bienes jurídicos considerados más importantes, y relegando al segundo el castigo de las infracciones a normas propias del ámbito administrativo⁹¹. Se relaciona de esta manera la potestad sancionadora con la autotutela administrativa⁹². Sin embargo, esta distinción pierde fuerza cuando encontramos tipos penales que garantizan el cumplimiento de disposiciones propias

⁸⁹ Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” publicado en *Revista de Administración Pública*, 2005, N° 126, pp. 133-187. La autora sostiene que el legislador tiende cada vez más a descriminalizar conductas para trasladarlas al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, lo cual también implica que “*el legislador protagonice el aparatoso proceso de salpicar el ordenamiento jurídico todo de sanciones administrativas*”.

⁹⁰ Véase KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición., traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 423. Con base en la concepción de libertad de Kant, el autor expone que la justicia social, los derechos humanos, la dignidad humana, la responsabilidad y culpabilidad tienen origen en la libertad del hombre. Véase sentencia de habeas corpus dictada por la SCN de la CSJ de 16-XI-2005 en proceso ref. 110-2005. La SCN ha reiterado en su jurisprudencia que la libertad personal no es un derecho absoluto y por tanto puede ser restringido, siempre y cuando concurren razones que atiendan a los derechos de terceros o bienes colectivos. Lo anterior también conlleva que no pueda restringirse por motivos fútiles, ya que constitucionalmente se exige que toda restricción de la libertad, evidencie una razón suficiente o justificada. En el mismo sentido, sentencia de habeas corpus de 5-XII-2002, ref. 12-2002. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho... cit.*, p. 184. Al referirse al principio de legalidad penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, los autores señalan que la exigencia de especificar la conducta a sancionar deviene de la exigencia del principio general de libertad como piedra angular del Estado de Derecho. Conforme a este principio, las conductas sancionables deben ser la excepción a esa libertad y por ende deben estar exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación.

⁹¹ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 42. Para sostener esta postura se ha utilizado el principio político criminal de la intervención mínima del Derecho Penal, pero sin ofrecer un desarrollo suficiente que guíe para conseguir tal objetivo. De igual manera se ha sostenido que el Derecho Penal como manifestación más grave del *ius puniendi* estatal, no debe descender a la protección de los meros intereses administrativos.

⁹² Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 139. Se ha dicho que la sanción administrativa es un medio de autotutela indirecta, en cuanto que con su ejercicio la Administración no busca la satisfacción de una pretensión propia, sino la tutela del interés general en un intento por moldear el comportamiento de los individuos conforme las reglas del ordenamiento jurídico que le corresponde tutelar. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho cit.*, Tomo 1, pp. 526 y ss.

del Derecho Administrativo⁹³, y a la vez, infracciones administrativas que tutelan intereses generales que van más allá de los intereses propios de la Administración⁹⁴.

Pero lo cierto es que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca generalmente en el desarrollo de sus funciones principales. Es decir, la existencia de la Administración Pública no se justifica en la necesidad de crear un nuevo ente distinto al Órgano Judicial facultado para castigar, sino que dicha potestad se le confiere de forma auxiliar para el desarrollo de sus potestades primarias⁹⁵.

La Administración es competente para sancionar en aquellas materias en las cuales ya cuenta con otras competencias de gestión⁹⁶. La Administración no existe para castigar, pero sin duda esta es una de sus facultades. Aunado a lo anterior, se debe resaltar que la potestad sancionadora se circunscribe a materias propias del Derecho Administrativo y no del Derecho Privado⁹⁷.

⁹³ Véase el Libro II, Título XVI, Capítulos I, II y III, y en especial el Art. 322, del Código Penal salvadoreño: *“Desobediencia. Art. 322 inc. 1º. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencia, decisiones u órdenes de un superior, dictadas dentro del ámbito de su competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o cargo por igual tiempo.”*

⁹⁴ Véase el Art. 85 de la Ley de Medio Ambiente salvadoreña, D. L. No. 233 del 2 de marzo de 1998, D. O. No. 79, T. 339, del 4 de mayo de 1998. *Artículo 85.- Responsabilidad por contaminación y daños al ambiente.*

⁹⁵ Véase CANOSA, ARMANDO N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 6. El autor sostiene que la actividad característica de la Administración es administrar, y por ello debemos entender *“decidir y llevar a cabo la correcta disposición de los medios convenientes y necesarios para alcanzar el resultado esperado y que se concreta a partir de cada toma de decisión, gran parte de ellas generadoras, modificadoras o finalizadoras de relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados”*. En síntesis, *“La función administrativa es actividad desplegada, destinada a satisfacer el bien común o interés público”*. En el mismo sentido, véase MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 66. Para Marienhoff la función administrativa o “administración” puede definirse como *“(…) la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”*.

⁹⁶ Véase GARRIDO FALLA, F., *Tratado de derecho administrativo. V. II. Parte General: Conclusión*, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, p. 187. Cuando el legislador confiere a la Administración la potestad de sancionar determinada conducta, se evidencia de inmediato un nexo común que une este elemento con la función principal en relación de los fines que la informan y los bienes jurídicos que ya tutela. En el mismo sentido véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.* pp. 133-187. También véase HIDALGO CUADRA, R. *op. cit.* pp. 639-734.

⁹⁷ Véase Ley de Usura D.L. 221 de 23 de enero de 2013, D. O. N° 16 Tomo N° 398 de 24 de enero de 2013; Ley de Regulación del Sistema de Tarjetas de Crédito D.L. 181 de 21-XII-2009 publicado D.O. N° 241 Tomo N° 385, de 23-XII-2009; y Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas D.L. 695 de 29-IV-2011, D.O. N° 141, Tomo N° 392 de 27-VII-2011. En todos estos cuerpos normativos, la competencia para sancionar se atribuye a un mismo ente de la Administración: el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, que a la vez ya es competente para sancionar las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor D. L. No. 776, del 18 de agosto de 2005, D. O. No. 166, T. No. 368, del 8 de septiembre de 2005. Lo mismo podemos decir de otros entes como el Consejo Superior de Salud Pública, Superintendencia del Sistema Financiero, y todos los demás entes administrativos con potestad sancionadora específica.

Estos postulados también pueden ser cuestionados. Principalmente, porque la CN salvadoreña no prohíbe al legislador configurar infracciones administrativas en materias que no están sometidas a intervención administrativa⁹⁸. Como se ha sostenido, el legislador cuenta con libertad para configurar qué supuestos de hecho serán considerados como ilícitos y cuál será el mecanismo de represión a emplear.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos diversos ejemplos en los cuales, atendiendo diversos criterios, se ha optado por tipificar como infracción y a la vez como delitos, supuestos de hechos similares que afectan un mismo bien jurídico. Un caso paradigmático es el castigo a las personas que conducen bajo los efectos del alcohol.

Por una parte, el legislador ha decidido tipificarlo como delito bajo la figura de “Conducción peligrosa de vehículos de motores” en el Art. 147-E del Código Penal⁹⁹, confiriéndole una pena en su modalidad simple de uno a tres años y la inhabilitación al derecho de conducir vehículos por similar cantidad de tiempo. Por su parte, el Art. 117 N° 100 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial¹⁰⁰ sanciona administrativamente el mismo supuesto con multa de \$57.14.

También encontramos casos en los cuales el legislador pretende tutelar un mismo bien jurídico, pero atribuye la potestad de imponer el castigo más grave a la Administración Pública en lugar del juez penal. Nos referimos específicamente al artículo 30, relacionado con los artículos 28

⁹⁸ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 140. La corriente despenalizadora de los hechos considerados como injustos permite que materias ajenas al Derecho Administrativo contengan el componente sancionador encomendado a la Administración. En El Salvador, prueba de ello es la existencia de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles quien tiene competencia para sancionar “*infracciones cometidas por los comerciantes individuales o sociales o sus administradores, el incumplimiento a las obligaciones mercantiles establecidas en el Código de Comercio y leyes mercantiles*”. Véase Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles. D. L. no. 825 del 26 de enero del año 2000. D.O. no. 40, tomo 346, del 25 de febrero del año 2000.

⁹⁹ El Art. 147-E ha sido incorporado al Código Penal mediante D.L. No. 371, del 9 de mayo de 2013, D.O. No. 102, Tomo No. 399, del 5 de junio de 2013. Artículo 147-E.- Conducción peligrosa de vehículos automotores: *El que mediante conducción peligrosa de vehículo de motor transgrediere las normas de seguridad vial, poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas, será sancionado con pena de prisión de uno a tres años.*

Para los efectos del inciso anterior, constituye conducción peligrosa, el disputar la vía entre vehículos o realizar competencias de velocidad en la vía pública, sin previo permiso de la autoridad competente. También constituye conducción peligrosa, el manejar vehículo de motor en estado de ebriedad según el límite fijado reglamentariamente o bajo los efectos de las drogas.

Cuando a consecuencia de la conducción peligrosa de vehículo de motor, se causare homicidio culposo o lesiones culposas, la pena de tales delitos se incrementará hasta en una tercera parte del máximo señalado (...).

¹⁰⁰ Véase Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. D. L. No. 477 del 19 de octubre de 1995, D. O. No. 212, T. No. 329 del 16 de noviembre de 1995. Art. 117, N° 100. *Conducir el vehículo bajo los efectos de bebidas embriagantes, estupefacientes o enervantes... ₡500.00 ò \$57.14*

y 29 todos de la Ley de Regulación de los Servicios de Información Sobre Historial de Crédito de las Personas, cuya finalidad es tutelar los bienes jurídicos honor e intimidad, para lo cual establece multas mínimas de 100 salarios mínimos en adelante. Por su parte los Art. 177, 178 y 179 del Código Penal que tipifican los delitos de Calumnia, Difamación e Injuria, que tutelan también los bienes jurídicos del honor e intimidad de las personas, establecen multas máximas de apenas 6.7 salarios mínimos¹⁰¹.

A los criterios apuntados *supra* también se les puede contraponer el hecho que el legislador cuenta con otros medios distintos a la potestad sancionadora para tutelar los derechos de los ciudadanos que convergen en un mismo acto administrativo. Un ejemplo ilustrativo de este supuesto lo encontramos en la Ley de Protección al Consumidor, la cual en su Art. 17¹⁰² confiere a la Defensoría del Consumidor la potestad de declarar cuáles cláusulas contractuales son consideradas abusivas, y posteriormente en su Art. 44 letra e)¹⁰³ establece como una infracción muy grave la introducción de ese tipo de cláusulas. En tales casos, el TSDC evaluará la cláusula en cuestión y de encontrar que la misma es abusiva, impondrá la sanción correspondiente.

La eventual declaratoria vendrá entonces a completar un elemento del tipo de la infracción que se pretende castigar. Será el TSDC quien, posteriormente al cometimiento del hecho, determinará los parámetros bajo los cuales el contrato en cuestión puede ser considerado ilícito. Bajo la situación planteada, el administrado está expuesto a ser sancionado por utilizar un contrato respecto del cual no tendrá certeza absoluta de su conformidad a la LPC, sino hasta que sea

¹⁰¹ Véase BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 734. El autor sostiene que a partir del principio de proporcionalidad y su subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En el caso de la Ley de Regulación de los Servicios de Información Sobre Historial de Crédito de las Personas el legislador ha eliminado la posibilidad de castigar con una sanción administrativa menor a los 100 salarios mínimos, lo cual impide al aplicador de la norma encontrar la graduación de la sanción que sea efectiva pero menos restrictiva del derecho de propiedad y que se adecúe a la antijuricidad intrínseca del hecho que se pretende sancionar, a diferencia de los delitos tipificados en el Código Penal. La SCN ya ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma mediante su sentencia de inconstitucionalidad de 14-I-2016, bajo referencia 109-2013, la cual será objeto de comentario en este trabajo en párrafos posteriores.

¹⁰² Véase Art. 17 Ley de Protección al Consumidor reformada mediante D.L No. 286, del 31 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial N° 34, Tomo N°. 398, del 19 de febrero de 2013. Artículo 17.- Cláusulas Abusivas. “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tales como: (...) El carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que éste dependa. Se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo”

¹⁰³ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 44.- Infracciones muy Graves. Son infracciones muy Graves, las acciones u omisiones siguientes:(...) e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores; (...)

sancionado o absuelto por el TSDC. Esta circunstancia lo coloca en evidente inseguridad jurídica¹⁰⁴.

Parece que situaciones como las descritas no pueden presentarse en el ámbito del Derecho Penal, pues riñen con una multiplicidad de principios y garantías, entre los que sobresale el principio de legalidad en su manifestación de ley previa y el principio de culpabilidad¹⁰⁵.

Por lo anterior, resulta temerario aseverar que las mismas garantías, pero matizadas, rigen a delitos e infracciones sin dilucidar cuáles son tales matices. A la vez, resulta aventurado sostener que la potestad sancionadora de la Administración deviene de la autotutela, cuando su andamiaje ha sido construido tomando en cuenta la defensa de los derechos del ciudadano.

3.2. La gravedad de las conductas y sanciones

Tal y como sostuvimos al abordar la identidad ontológica entre delitos e infracciones, el criterio de la gravedad de las conductas puede servir de guía para distinguir –si bien no se ha afirmado que de forma tajante- entre el contenido que corresponde al Derecho Penal y al Derecho Administrativo Sancionador¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 142. El autor analiza esta misma situación en el ordenamiento jurídico español y sobre el particular nos expone: “La situación de inseguridad así generada, que sólo parcialmente puede resolverse con la ayuda de pretensiones declarativas, lleva a algunos autores a postular el uso, en lo posible, de un régimen en el cual la aplicación de la normativa se lleve a cabo a través de actos administrativos de tipo autorizatorio o prohibitivo y de su ejecución forzosa, más que de la puesta en marcha, de forma directa, de sanciones administrativas (y mucho menos penales)”. Pero al contrastar esta idea con supuestos concretos del ordenamiento jurídico salvadoreño, y específicamente con los contratos de adhesión utilizados por los prestadores de servicios financieros -v.g. bancos-, nos damos cuenta que tales contratos son objeto de una autorización administrativa previa por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero (Art. 22 LPC). En tal sentido, ante la declaratoria de “abusiva” de una cláusula contenida en un contrato de adhesión previamente autorizado por el ente regulador, y su correspondiente sanción, nos encontraríamos frente a un error de prohibición que excluye el dolo y la culpa en el actuar del administrado sancionado.

¹⁰⁵ Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 1-IV-2004, en proceso bajo referencia 52-2003/56-2003/57-2003. Sobre la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la formulación de infracciones, la SCN ha expuesto que son incompatibles con la exigencia de *lex certa* aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad, dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles; en cualquier caso, son contrarios al art. 15 CN, los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces. Véase también STC 34/1996, de 11 de marzo. La misma línea sigue la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional español en el sentido que esta garantía conlleva la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete o juzgador.

¹⁰⁶ Véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, volumen 1, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, p. 56. El autor manifiesta que entre los hechos considerados ilícitos penales y aquellos considerados como ilícitos administrativos, así como el castigo que a cada uno corresponde, únicamente pueden trazarse diferencias cuantitativas –en relación a la gravedad- y corresponde al legislador fijar los límites. Sostiene además que “En la redistribución de la materia ha de tener en cuenta de un modo primordial la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y, sólo en

Lo anterior se desprende de la lectura detenida del Art. 14 CN, el cual inicia aseverando que la potestad de imponer penas corresponde “únicamente” al Órgano Judicial, y luego de manera residual confiere a la Administración la potestad de sancionar con arresto o multa. Si bien es cierto que dicho catálogo de sanciones administrativas es sólo ejemplificativo¹⁰⁷, no podemos dejar de lado la semántica secundaria con la que está redacta la disposición citada, la cual parece cuidar celosamente la competencia exclusiva del Órgano Judicial para castigar los ilícitos de mayor trascendencia.

Respalda lo anterior la lectura conexas de los artículos 14 y 27¹⁰⁸ CN. Nótese que el constituyente entiende perfectamente la distinción entre delitos e infracciones, lo cual queda

segundo término consideraciones de política criminal”. (p. 60). Pero en este punto debemos disentir con el profesor CEREZO MIR por cuanto nos parece que es un enfoque demasiado normativista. Efectivamente, de alguna manera el legislador pretende mediante la emisión de normas regular el comportamiento social, pero al hacerlo no debe perder de vista “el ser”, es decir, las condiciones que la realidad le presenta. En tal sentido, la delimitación de los delitos e infracciones debe tener en cuenta primordialmente un enfoque de política criminal basado en criterios de eficiencia y eficacia. Es decir, que el legislador deberá considerar dentro del abanico de posibilidades cuál es la opción que mejor se ajusta al supuesto de hecho que se pretende regular y que será más eficiente y eficaz para tutelar el bien jurídico de que se trate, sin descuidar el respeto a las garantías constitucionales.

¹⁰⁷ Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 42-2000 de 14-10-2003. “Las sanciones mencionadas en el artículo catorce de la Constitución de la República no son taxativas ya que, con base en una interpretación sistemática de la Constitución, existe otro tipo de sanciones que le están permitidas a la Administración.” En el mismo sentido, véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 14-1999Ac de 03-XII-2002. En el mismo sentido se ha manifestado la SCA de la CSJ en sentencia bajo referencia 149-M-99 de 19-XII-2000. Véase OLIVA DE LA COTERA, R., *Potestades sancionatorias del Estado Salvadoreño y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal*, San Salvador, 2008. p. 18. En la academia salvadoreña también convive una postura que sostiene que el Art. 14 CN enlista taxativamente el catálogo de sanciones administrativas. Dicha posición se basa en la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ que así lo sostuvo, de 17-XII-1992. Ref. 2/3-1992. Para sostener su tesis, el autor expone (i) que la sentencia aludida tiene efectos de cosa juzgada material y es de obligatorio cumplimiento para todos en razón de su “carácter absoluto” y, por tanto, invariable; (ii) que no existe modificación en la realidad social que justifique el cambio de criterio; (iii) que la literalidad del Art. 14 CN denota un lenguaje imperativo y no ejemplificativo; y (iv) que la potestad sancionadora de la Administración es excepcional, y, por tanto, su ejercicio se encuentra sujeto al Principio de Legalidad positivo. Por nuestra parte, disentimos de la postura citada porque (i) nos resulta difícil sostener que los precedentes o sentencias de cualquier Tribunal puedan entenderse como normas pétreas, lo cual ha sido expuesto inclusive por la SCN reiteradamente en su jurisprudencia (sentencia de habeas corpus de 23-X-2002, Ref. 14-2002; resoluciones de Improcedencia de 23-VII-2004 y de 7-VII-2005, pronunciadas respectivamente en los procesos de Inc. 20-2004 y 31-2005–; y más recientemente en Inc. 1-2010/27-2010/28-2010 de 25-VIII-2010) (ii), porque equivale a desconocer la multiplicidad de objetos de la función administrativa y la necesidad de adecuar los castigos –bajo la aplicación del principio de proporcionalidad– a cada una de sus facetas; y (iii) porque niega la potestad de la SCN de interpretar la disposición constitucional para dotarla de contenido, conforme la atribución que el Art. 174 CN le confiere. Y es que como dicha Sala ha expuesto, “El texto de la Constitución es el punto de partida para la búsqueda del sentido de sus disposiciones; sin embargo, la interpretación constitucional no puede quedar limitada por el solo texto, es imposible encontrar su sentido con sólo el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, o cualesquiera diccionarios jurídicos” Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 26-III-1999, Ref. ref. 4-98.

¹⁰⁸ Véase Art. 27 CN. “Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional. Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. El Estado organizará los centros penitenciarios con

plasmado en disposiciones como el citado Art. 27, en el cual hace referencia a la “pena de muerte” y prohíbe aquellas penas que considera demasiado intensas y que afectan la dignidad de la persona, así como también destina centros penitenciarios con el fin de rehabilitar a los delincuentes y prevenir los delitos. Por tanto, cuando en el Art. 14 CN el constituyente alude al término “penas”, indefectiblemente se debe entender que se refiere al castigo más intenso que el Estado puede proferir a los ciudadanos en el ejercicio del *ius puniendi*, por consiguiente, a la Administración le corresponderá únicamente la imposición de aquellos castigos menos graves¹⁰⁹.

Asimismo, se ha sostenido que existen ciertos bienes jurídicos que sólo pueden ser tutelados mediante castigos penales y nunca a través de sanciones administrativas, refiriéndose concretamente a la vida, integridad física, la libertad, integridad moral, la intimidad, el honor, las relaciones familiares e indemnidad sexual¹¹⁰. Se puede presumir que son estos los *supuestos extremos* a los cuales hizo alusión el TC español en su STC 116/1999, de 17 de junio citada *supra*. Lo cierto es que este catálogo no encuentra un asidero expreso en la Constitución salvadoreña ni en la jurisprudencia que la desarrolla.

La gravedad de las conductas sancionadas como criterio de diferenciación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador se basa primordialmente en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, el de necesidad de las penas y el de proporcionalidad¹¹¹. Sin embargo, este planteamiento ha sido refutado por un sector de la doctrina que contrapone el

objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.”

¹⁰⁹ HIDALGO CUADRA, R. *op. cit.* pp. 639-734. Sostiene el autor que la separación entre los hechos ilícitos penalmente relevantes y los administrativos es de grado y no de esencia. Pero el legislador secundario no cuenta con el mecanismo constitucional para coordinar o distribuir ambos instrumentos punitivos. El único aspecto divisor entre ambas categorías obedece al sujeto sobre quien recae la potestad de imponer el castigo y sus mecanismos de control jurisdiccional.

¹¹⁰ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 144. Dentro de la línea de continuidad entre la infracción administrativa y el delito penal también encontramos supuestos en los cuales entran en juego criterios de valoración informados por los fines de la administración y la gravedad del hecho que vulnera otros bienes jurídicos que justifican al Derecho Penal como la única respuesta.

¹¹¹ Véase PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, publicado en *Jueces para la democracia*, 1998, Nº 28, p. 70. El principio de proporcionalidad en sentido amplio se compone de 3 subprincipios, a saber: a) el de la utilidad de la adecuación; b) el de necesidad o indispensabilidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres elementos deben ser a su vez apreciados desde el caso concreto al cual se apliquen, intentando resolver las siguientes interrogantes respectivamente: a) ¿La medida enjuiciada es idónea para la consecución del fin que pretende?; b) ¿La medida enjuiciada es necesaria, o la más moderada frente a los restantes medios útiles que podrían utilizarse?; y c) ¿La medida enjuiciada es equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto?. Porfundizaremos más sobre el contenido de este principio en un apartado específico de este trabajo.

hecho que no siempre el Derecho Penal prevé castigos de gran severidad, por lo tanto, tampoco debe de ocuparse en exclusividad de hechos especialmente graves¹¹².

Asimismo, se ha sostenido que el principio de necesidad de las penas no debe esgrimirse únicamente frente al castigo impuesto por el juez, sino también frente a aquél impuesto por la Administración en cuanto uno y otro son, valga la redundancia, castigos y manifestaciones del *ius puniendi* estatal. Por ello, dicho postulado no podría conducirnos a la reducción del ámbito del Derecho Penal como tal, sino a la reducción del ámbito del *ius puniendi* en su conjunto, es decir, incluyendo el Derecho Administrativo Sancionador¹¹³. Finalmente, también se sostiene que si lo que se pretende es sustraer del ámbito judicial las infracciones administrativas, la utilización de los principios antes mencionados es insuficiente, ya que finalmente, los actos administrativos que imponen sanciones son controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Los argumentos expuestos no alcanzan para desahuciar la gravedad del hecho como criterio de distinción entre las materias que nos ocupan. Principalmente, porque dicho criterio no niega que dentro del Derecho Penal existan diversas modulaciones en cuanto a las penas y los hechos que castiga, pues no todos los delitos son castigados con la misma pena. Precisamente, el que existan castigos de diversa intensidad comprueba la utilidad práctica de este criterio¹¹⁴.

¹¹² Véase, por todos, REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal y...” *cit.* pp. 328 y ss. a cuyas ideas nos referiremos a continuación.

¹¹³ Véase ZULGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 17-18. Al referirse a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, el autor resalta la tendencia a castigar a estas por la vía del Derecho Administrativo Sancionador amparados en el principio *societas delinquere non potest* lo cual ha dado lugar a que esta rama del Derecho haya invadido “zonas propias del Derecho Penal”, permitiendo que la Administración intervenga de forma desproporcionada en la protección de intereses generales. No compartimos la idea de que las personas jurídicas no puedan ser penalmente responsables (como en un capítulo posterior expondremos), pero tampoco compartimos la idea del autor en cuanto deja en el limbo la determinación de las “zonas propias del Derecho Penal” e ignora en su postulado que la Administración también está legitimada para intervenir en defensa de intereses generales al igual que la jurisdicción penal puede intervenir en defensa de los intereses de la Administración, como procedemos a explicar.

¹¹⁴ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, 2014, N° 195, pp. 135-167. La tendencia en el Derecho Penal (apoyada por muchos doctrinarios administrativistas) es limitar los alcances del Derecho Penal en favor del Derecho Administrativo Sancionador. En tal sentido, se propone la utilización del primero como *ultima ratio* en la proscripción de las conductas a las que se les atribuye un desvalor normativo. Por ello, se sostiene que el Derecho Penal solo debe utilizarse para proteger los bienes jurídicos más valiosos. Esta concepción del Derecho Penal pasa por la aplicación del principio de intervención penal mínima. Sin embargo, este principio no solo debe aplicarse al Derecho Penal, sino también al Derecho Administrativo Sancionador.

El “Robo”¹¹⁵, por ejemplo, se castiga con más severidad que el “Hurto”¹¹⁶. Esto es así porque el primero incorpora elementos del injusto (*violencia*) cualitativamente distintos a los del segundo, lo cual lleva al legislador a entender que merece un castigo más grave. De igual manera, resulta bastante alejado de la realidad aseverar que la persecución penal y sus posibles consecuencias no generen una expectativa de daño superior que la persecución por ilícitos administrativos.

En relación al principio de necesidad de las penas -cuya formulación inicial la encontramos en el Art. 8 Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789¹¹⁷- debe decirse que este rige tanto en el ámbito penal como en el del Derecho Administrativo Sancionador, dado que el legislador deberá abstenerse de tipificar hechos que no causen un menoscabo en bienes jurídicos tutelados. No obstante, esta misma razón sirve para sostener que el legislador, al tipificar delitos e infracciones debe valorar al mismo tiempo la intensidad del castigo a imponer y el órgano competente para sancionar. Es decir, si se tiene en cuenta este principio para reputar la antijuricidad de ciertas conductas, también debe considerarse para establecer su consecuencia jurídica¹¹⁸.

Finalmente, sobre la intervención de la jurisdicción contenciosa administrativa para controlar el ejercicio del *ius puniendi* de la Administración Pública, no se debe perder de vista que dicha revisión se limita a constatar el apego a la legalidad del acto administrativo objeto de control, pero que no constituye una subrogación de la jurisdicción contenciosa administrativa en el ejercicio de dicho *ius puniendi*. Ningún tipo de potestad administrativa se desnaturaliza por su posterior control judicial.

¹¹⁵ Véase Art. 212 Pn. “El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere, mediante violencia en la persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”.

¹¹⁶ Véase Art. 207 Pn. “El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere en su poder, será sancionado con prisión de dos a cinco años, si el valor de la cosa hurtada fuere mayor de doscientos colones”.

¹¹⁷ Véase Art. 8 Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789. “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”

¹¹⁸ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid, editorial IUSTEL, 2008, p. 218. El autor afirma que la proporcionalidad no constituye únicamente un mecanismo de control de la actividad administrativa y judicial, sino *unidad de medida de constitucionalidad de las normas*.

3.3. En específico sobre el principio de proporcionalidad como criterio de distinción entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador

Se ha sostenido que *“la proporcionalidad tampoco aporta ningún argumento concluyente: la proporcionalidad dará, en su caso, el contenido y extensión del castigo, pero no la competencia judicial o administrativa”*¹¹⁹. En efecto, la proporcionalidad no determina la competencia, pero sí sirve como guía para que el legislador decida a qué órgano atribuirle¹²⁰.

La formulación inicial de la proporcionalidad la encontramos en el Derecho Penal, donde adquirió relevancia en relación a la determinación de la pena¹²¹. La evolución en su concepción ha ampliado también sus ámbitos de aplicación, inclusive por el TC español. Así, se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el principio de igualdad¹²² para evaluar si las decisiones legislativas que establecen desigualdades cumplen o no con el requisito de contar con una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad de la medida considerada¹²³. De igual

¹¹⁹ Véase REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal y...” *cit.* p. 328. El autor sostiene que la decisión sobre qué debe ser considerado ilícito y qué infracción administrativa, pasa por la libertad del legislador. En tal sentido, siendo la aspiración ideal del Estado de Derecho la división de poderes, a lo que debe buscar ponerse un límite es a la libertad del legislador para establecer infracciones administrativas y no delitos, por cuanto a los segundos se les hace acompañar de una serie de garantías materiales y formales que a los primeros no.

¹²⁰ Véase GUÉREZ TRICARICO, P., “Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” publicado en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2004, N° 10, pp. 53-107. El autor acude al principio de proporcionalidad para juzgar el contenido de las normas penales a partir de la constatación de los tres subprincipios que informan a aquel. Así, exige la racionalidad del legislador entiendo por tal *“la coherencia en las soluciones adoptadas en un conjunto armónico de medidas legislativas equivalentes, de manera que el legislador reaccione de manera análoga ante supuestos similares. En cuanto al ámbito de la exigencia de racionalidad del legislador en su actuación, entiendo que ésta debe exigírsele, al menos, con respecto a las medidas equivalentes que adopte en un determinado momento histórico, especialmente a las que se contienen en el mismo cuerpo legislativo, como el Código Penal y -aunque esta consideración es ciertamente más discutible-, en menor medida, también le es exigible una actuación racional en el momento del cambio de la regulación existente, en el sentido que debe justificar el cambio de criterio, de manera análoga a lo que debe exigirse a nivel judicial mutatis mutandis en el overruling para la justificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional, cuando se apartan del precedente.”*

¹²¹ Véase PERELLO DOMENECH, I., *op. cit.* pp. 69 y ss. La concepción del principio partía de la exigencia de una adecuada correspondencia entre el hecho antijurídico y el castigo que se le atribuye a su autor. La evolución del Estado de Derecho de corte liberal y su puja por la protección reforzada de las libertades civiles, permiten que este principio evolucione como herramienta para limitar el ejercicio del poder de policía, entendiéndose que este es lícito en la medida en que es imprescindible y adecuado para el fin que persigue.

¹²² Véase CASSAGNE, Juan, *Los grandes principios del Derecho Público*, Madrid, Editorial Reus, 2016, p. 179. El autor expone que, al ser considerados principios y garantías, no siempre ha existido claridad para distinguir la igualdad de la razonabilidad. Esta discusión nos trae al concepto de la razonabilidad ponderativa que exige que toda norma o acto jurídico debe guardar la adecuada proporción entre antecedente y consecuente. Por ello, se exige una razonabilidad que resulta en el equilibrio o balance de conveniencia. Luego, la razonabilidad de la igualdad se proyecta sobre la ponderación de antecedentes iguales y la exigencia de consecuencias iguales, sin excepciones arbitrarias.

¹²³ Véase STC 22/1981, 34/1981, 6/1991, 158/1993. En la primera de las sentencias, el Tribunal Constitucional establece que *“aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al*

manera, se ha relacionado la proporcionalidad con la tutela judicial efectiva y los límites que el legislador puede establecer a la misma¹²⁴ así como la interpretación que de ellos hace el aplicador de la norma¹²⁵.

El principio de proporcionalidad también ha sido utilizado por el TC como técnica de control de constitucionalidad de las medidas impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales empleadas por los poderes públicos. En su STC 66/1995, el TC controló la constitucionalidad de la medida adoptada por la Delegación del Gobierno de Madrid de prohibir una manifestación pública convocada por un sindicato, alegando un grave trastorno en el tráfico de la ciudad. El TC sometió la medida al análisis sobre a) la utilidad de la adecuación; b) la necesidad o indispensabilidad; y c) la proporcionalidad en sentido estricto. Luego de su valoración, el TC concluyó que la medida adoptada era legítima.

Sobre la utilización del principio de proporcionalidad, el TC español también le ha empleado como un principio interpretativo, negándole como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador¹²⁶. En su STC 55/1996, el TC se pronunció sobre el principio de proporcionalidad frente al legislador al evaluar la constitucionalidad del Art. 23 de la Ley Orgánica 8/1994 de 26 de diciembre¹²⁷, el cual establecía la pena para aquellos que, manifestando su objeción de conciencia al servicio militar, se rehusasen a cumplir la prestación social sustitutoria,

Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". Véase también STC 76/1990, de 26 de abril.

¹²⁴ Véase STC 3/1983, 99/1985, 60/1991, 48/1995, 76/1996. Expone el TC que: "(...) la doctrina constitucional ha destacado reiteradamente que aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 C.E.) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos al enjuiciamiento del fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen".

¹²⁵ Véase STC 36/1986: "Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental".

¹²⁶ Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por SCN de la CSJ de 1-IV-2004, en proceso bajo referencia 52-2003/56-2003/57-2003. En este mismo sentido se ha pronunciado la SCN salvadoreña, quien ha manifestado que el principio de proporcionalidad no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley, lo cual corresponde al Órgano Judicial, sino que parte desde la formulación de la norma, función que, en virtud del principio de legalidad, le corresponde al Órgano Legislativo o a cualquier ente con competencia normativa.

¹²⁷ Véase Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura. BOE núm. 72 de 25 de marzo de 1994.

por su posible contradicción al principio de proporcionalidad derivado de los Art. 1.1, 9.3 y 10.1 CE. En su resolución¹²⁸, el TC negó el carácter autónomo del principio de proporcionalidad respecto de otros principios constitucionales, y le confirió la calidad de principio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales.

Tal apreciación valida el postulado sostenido en párrafos anteriores, en el cual propugnamos por el principio de proporcionalidad como mecanismo de control de la norma que tipifica delitos e infracciones. Por ello, si no es posible establecer de forma anticipada qué bienes jurídicos deben ser tutelados mediante el Derecho Penal y cuáles a través del Derecho Administrativo Sancionador, sí es posible ejercer un control *a posteriori* de las decisiones legislativas¹²⁹.

No dudamos que resulta difícil concretar los parámetros sobre los cuales recae la gravedad del hecho a sancionar como criterio de distinción entre el Derecho Administrativo

¹²⁸ En el mismo sentido véase STS de 26 de marzo de 2001. En esta sentencia, el TC recoge la STC 55/1996 en donde se estableció que “*el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. (...) El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable (...) es el de los derechos fundamentales*”. Véase además PÉREZ NIETO, R. y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op. cit.* p. 141. El legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalizados, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Véase también GARCÍA YZAGUIRRE, J., *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Arequipa, Editorial ADRUS, 2012, pp. 283 y s.s. La razonabilidad se convierte en la justificación de toda acción humana. Por ende, solo puede evaluarse en función de otro factor. En este orden, la proporcionalidad en sí misma considerada constituye la herramienta con la cual evaluar la acción en razón de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A este se le conoce como test de proporcionalidad y nos referiremos a él en breve.

¹²⁹ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.* p. 682. El principio de proporcionalidad debe ser observado por el legislador tanto para determinar la gravedad del hecho que se instaura como ilícito, así como para determinar su castigo. Su manifestación más obvia recae sobre la reserva de las penas privativas de libertad para aquellos hechos considerados más gravosos y, por tanto, delitos penales. La Ley 30/1992 española recoge este principio en su Art. 131 como un canon de valoración para la tipificación de infracciones y sanciones. La norma citada dispone: “*1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.*”

Sancionador y que el legislador seguirá contando con libertad para decidir qué hechos tipificará como delitos y cuáles como penas¹³⁰.

Pero lo cierto es que el juez constitucional (la SCN, en el caso salvadoreño) también contará con margen para ejercer el control de dichas normas, tomando como parámetros estos principios, sobre todo, el de proporcionalidad¹³¹ respecto al cual ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones como límite para la actividad legislativa¹³².

Debemos resaltar, sobre todas, la sentencia de inconstitucionalidad de 16-XII-2012 dictada por la SCN en proceso bajo referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007.

¹³⁰ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 149. El autor sostiene: “La idea de que el legislador está obligado a proteger determinados bienes jurídicos precisamente mediante normas penales, no bastando las normas sancionadoras administrativas, entronca dogmáticamente con la institución de los *schutzpflichten* (literalmente obligaciones de protección) y el principio del *Untermaßverbot* (prohibición del defecto). Ante ciertos bienes jurídicos que constituyen derechos fundamentales, como por ejemplo la vida o la integridad física, el Estado no puede contentarse con no lesionarlos, sino que está obligado a protegerlos activamente, lo que incluye la aprobación de normas penales que tipifiquen las conductas que los lesiones, al menos las más relevantes. Como tales normas ya existen en los Ordenamientos modernos, esas obligaciones adquieren relevancia jurídica, normalmente, cuando se enjuician normas legales que despenalizan algunas conductas”

¹³¹ Véase sentencia pronunciada por la SCA de la CSJ en proceso bajo referencia 458-2013, de 31-VIII-2015. Desde los postulados pronunciados por la SCN en sentencia de inconstitucionalidad 17-2006 de 13-X-2010, la SCA válida el control judicial de las normas desde el principio de proporcionalidad. Para la SCA “(...) el legislador debe considerar a los derechos fundamentales conforme a su determinación o indeterminación constitucional, como límite de su actuación (vinculación negativa) o como promoción de los mismos (vinculación positiva). (...) el legislador debería de regular ostensiblemente la promoción de los derechos fundamentales pero también, por medio de ley formal, se ve obligado a establecer la restricción proporcional de los mismos”. Por su parte, la SCN en su sentencia citada, estima que “La atribución del carácter de intervención es un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto de control constitucional es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerado como una limitación a ese derecho”.

¹³² Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-04-2006. El principio de proporcionalidad se trata de una herramienta que establece una graduación entre el control de constitucionalidad y la libertad de configuración legislativa. Dicho principio, a diferencia de otros países, no ha recibido una tipificación expresa en la Constitución salvadoreña, es decir, no existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Sin embargo, ello no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional. La SCN sostiene que el artículo 246 de la Constitución establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales, no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen. Y es que la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo -regular el ejercicio- de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene. Por tanto, el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. La SCN expone que este principio aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

En dicha sentencia la SCN analizó la constitucionalidad del Art. 34 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD)¹³³.

El análisis de constitucionalidad de dichas normas se originó en la declaratoria de inaplicabilidad de la misma pronunciada por algunos jueces penales quienes sostuvieron que violaba los artículos 2, 3, 11, 12, 83, 144 inc. 2° y 246 CN. La SCN procedió a evaluar la norma impugnada confrontándole primordialmente con el contenido del principio de proporcionalidad, a partir del cual pudo establecer como parámetro de control de la libertad de configuración penal lo que llamó *“la autoderminación moral del individuo”*¹³⁴, la cual implica según la SCN *“que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida”*¹³⁵ y por ello reconoce a este un espacio *“inmune a la coerción externa proveniente de otras voluntades”*. Sostuvo además que *“considerar a la persona como autónoma lleva hacia el Estado la exigencia de su neutralidad frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras esa forma de vida, en concreto no se traduzca en daño para otro”*.

La SCN concluyó su razonamiento expresando: *“(…) la regulación de la conducta de las personas, y con mayor razón la regulación más intensa en los derechos fundamentales del individuo –la conminación penal–, debe limitarse a las conductas que tienen efectos en la órbita de acción de otra u otras personas”*¹³⁶. Por ende, *la inexistencia de riesgos o daños a terceros, supone conductas que únicamente pueden ser evaluadas por la moral, pero nunca por el Derecho (…)*”.

¹³³ Véase D.L. No. 153 de 2-X-2003, D.O. No. 208, Tomo No. 361 de 7-XI- 2003. La norma citada tipifica como delito la posesión y tenencia de *“semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas”*. De tal manera que, si la posesión o tenencia es inferior a dos gramos, corresponde al sujeto activo la pena de *“prisión de uno a tres años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes”*. Si la cantidad tenida o poseída es igual o mayor a dos gramos, entonces corresponde una pena de *“con prisión de tres a seis años; y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes”*.

¹³⁴ Véase sentencia de Amparo bajo referencia 699-2000. El principio de proporcionalidad asegura la legitimidad constitucional de la restricción de un derecho fundamental. En el caso bajo comento, la Sala realiza un ejercicio de ponderación desde la delimitación del contenido sustancial del derecho fundamental. El principio de proporcionalidad asegura la legitimidad constitucional de la restricción de un derecho fundamental.

¹³⁵ Véase STC 47/2000, de 17 de febrero. Al considerar el principio de proporcionalidad en relación a la libertad personal, el TC expuso: *“La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello, la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (…)”*

¹³⁶ Véase FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, Editorial Dyckinson, 2008, p. 579. Los derechos fundamentales no deben entenderse como absolutos, como tampoco lo son los límites a los que debe someterse el ejercicio de los mismos. Al final del día, las normas que se sopesan pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico que por definición es coherente. En consecuencia, está informado por los mismos principios. En otras palabras, tanto los derechos individuales como sus limitaciones están informados por los mismos principios.

La postura expresada por la SCN reconoce y a la vez potencia las libertades individuales del ciudadano. Esto constituye un avance importantísimo en una sociedad que con frecuencia es objeto de regulaciones abusivas por parte de un legislador que deja de lado los parámetros republicanos de gobierno¹³⁷. Estamos convencidos de que estas ideas también pueden calcarse en el estudio de las infracciones administrativas en tanto constituyen parte del *ius puniendi* único¹³⁸ del Estado y porque en este ámbito el legislador también comete abusos¹³⁹.

En este sentido, nos apartamos de las posturas nihilistas que propugnan abandonar este y cualquier otro criterio que permita distinguir qué debe ser considerado cómo ilícito penal y qué debe ser considerado como infracción administrativa. Evitamos de este modo resignarnos a la arbitrariedad del legislador.

Lo que aquí se propone es un control material de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la jurisdicción, a partir del cual el juez constitucional debe constatar que el contenido de las normas sea compatible con la Constitución¹⁴⁰. Este control supone que el ejercicio limitado y no arbitrario del poder judicial está garantizado cuando el juez interpreta la Constitución de forma adecuada, en cuyo caso asegura la primacía de esta, la tutela de los derechos fundamentales y no representa un peligro para el funcionamiento de las instituciones¹⁴¹.

¹³⁷ Véase sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ de 24-V-2002, ref. 699-2000 la SCN llegó a expresar: “La proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado que no atribuye discrecionalidad al órgano que debe observarla, sino que le obliga a encontrar una única solución justa, aunque al mismo tiempo, en la concreción del concepto según las circunstancias particulares del caso, haya de otorgarse a los órganos un cierto margen de apreciación”. En el mismo sentido véase sentencia de inconstitucionalidad de 14-I-2003, proceso bajo referencia 23-99.

¹³⁸ Véase Sentencia de Amparo dictada por la SCN de la CSJ de 28-V-1999, en proceso bajo referencia 422-97. La SCN ha expresado que “(...) generalmente, las teorías y principios sobre la pena han sido enfocadas hacia el derecho penal, pero hay que advertir que tales teorías y principios son aplicables también a las sanciones administrativas, ya que éstas no son más que otra manifestación de la función punitiva del Estado”.

¹³⁹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.* p. 147. Mucho se ha discutido sobre las disposiciones constitucionales de las cuales debe derivarse el principio de proporcionalidad. Pero para el autor, este principio se encuentra en todos aquellos preceptos que consagran los derechos fundamentales del ciudadano, cuya restricción debe siempre quedar supeditada a las exigencias de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad encuentra su fundamento constitucional en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁴⁰ Véase NUÑEZ SÁNCHEZ, J., “Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena” publicado en *Revista CENIPEC*, 2012, N° 2012, p.p. 165-187. El Órgano Judicial tiene la potestad de controlar el contenido de las leyes a la luz de los principios constitucionales

¹⁴¹ Véase BERNAL PULIDO, C. *op. cit.* pp. 214-215. El debate que aquí se presenta parte de la indeterminación de los mecanismos de control a la labor de los jueces, quienes a su vez se amparan en la independencia judicial que les es propia. Este problema también se presenta en los ordenamientos jurídicos del *common law* y especialmente en Estados Unidos, en donde los bandos se dividen entre originalistas y no originalistas. Los primeros propugnan por interpretar la Constitución de acuerdo con las intenciones de los constituyentes y no desde la perspectiva de sus propios valores. Los no originalistas critican el literalismo de los primeros basados en las intenciones de los constituyentes porque aseguran que con ellos no se alcanza la seguridad interpretativa que se pretende y porque carece de actualidad social. Por el contrario, señalan

A esta idea se anteponen los problemas de determinar cuándo debe considerarse que el juez ha interpretado correctamente la Constitución y el de definir cuál es el método correcto de interpretación de la norma fundamental y su forma de implementación por parte del juez. Ciertamente, tales críticas parecen herir el corazón de la propuesta en cuanto no existe una respuesta definitiva. Pero la paradoja que se presenta no es exclusiva de este ámbito y refleja el anhelo de controlar al poder, lo cual siempre es sano para el Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, la propuesta subsiste en cuanto se adhiere a los mismos mecanismos de pesos y contrapesos establecidos por la CN, la cual confiere a la SCN el carácter de su máximo intérprete¹⁴².

4. Aplicación supletoria de las normas del Derecho Civil y Procesal Civil frente a la capacidad integradora del Derecho Administrativo

En El Salvador, la tutela efectiva de los derechos del ciudadano frente al ejercicio de la potestad sancionadora se ve constreñida por dos factores de carácter eminentemente normativo: el primero de ellos es la regulación escueta y deficiente de los procedimientos sancionadores en las distintas leyes sectoriales¹⁴³. El segundo problema lo constituye la carencia de una ley general

que el intérprete de la Constitución debe recurrir a otros métodos, entre ellos, los precedentes, las tradiciones, los principios neutrales y/o los principios y valores actuales de la comunidad. En este sentido véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 12-III-1991, proceso ref. 1-1991. La SCN ha expuesto: *“La constitución es un todo armónico, y para proceder a la interpretación, debe tomarse en cuenta no sólo el sentido de la regla sino su integración dentro de todo el marco constitucional, por lo que no es admisible la coexistencia de disposiciones constitucionales excluyentes entre sí”*.

¹⁴² Véase Artículo 183 CN: *La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano. En este sentido, véase sentencia de amparo pronunciada por la SCN de la CSJ de 9-V-2000, proceso ref. 194-99. La SCN ha expuesto: “la Constitución es un conjunto armónico que no debe interpretarse aisladamente. Es un conjunto de normas que informan todo el ordenamiento jurídico y cuya concreción se viabiliza con la interpretación que de ella se haga. Por ello, su interpretación no es exclusiva de este Tribunal, ni de uno en específico. Su realización la puede hacer cualquiera que imparta justicia, como juez de la Constitución, aunque si jurídicamente es propio de éste, dentro de su campo de actuación, ser el intérprete máximo de ella, para el sólo efecto, entre otros, de mantener la conformidad y correspondencia entre la Constitución y el ordenamiento jurídico en general”*.

¹⁴³ Véase Ley de Minería, D.L. No. 544 de 14 de diciembre de 1995, publicado en D.O. No. 16, Tomo No. 330 de 24 de enero de 1996. Un caso paradigmático lo encontramos en el Art. 70 de la Ley de Minerías. Dicha norma, en apenas tres párrafos, regula el proceso sancionador y el recurso de apelación. Entre otros ejemplos, véase también Ley Orgánica de Aviación Civil. Pero también existen cuerpos normativos con un desarrollo más completo como la Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero que incluso contempla las causales de nulidad de pleno derecho, figura históricamente renegada en el ordenamiento administrativo salvadoreño.

de procedimientos administrativos¹⁴⁴. Ante esta situación, el aplicador de la norma administrativa sancionadora se ve en dificultades para decidir cómo proceder.

Pero culpar por este resultado únicamente a los funcionarios es continuar ignorando el problema. No es posible exigir a la Administración Pública que respete la garantía del debido proceso si no le dotamos de una norma que le indique cuál es su contenido¹⁴⁵. Como podrá anticiparse, la falta de una ley como la aludida no significa que la Administración Pública salvadoreña se encuentre paralizada. Esta sigue su camino día a día valiéndose de la única salida brindada por el legislador: la aplicación supletoria del Derecho Común.

Esta expresión ha sido entendida por la jurisprudencia como una remisión al derecho civil y el derecho procesal civil¹⁴⁶. Por ello, en El Salvador se entiende que debe aplicarse supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil a los procedimientos administrativos sancionadores, lo cual se ve reforzado de la lectura del Art. 20 de dicho cuerpo normativo¹⁴⁷ que

¹⁴⁴ Véase *Documento de apoyo al Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*, San Salvador, Ministerio de Justicia de El Salvador, Ediciones Último Decenio, 1994. La discusión sobre la importancia de contar con un cuerpo normativo de este tipo data de hace más de veinte años. Y aunque existe un anteproyecto de ley en “discusión”, este no parece ser prioridad para nuestra Asamblea Legislativa. Véase también MENA GUERRA, R., *Revisión y Análisis de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Consultoría BID27/2007*, San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2007. Igual suerte corre el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el cual se encuentra en el seno de la Asamblea Legislativa desde el año 2007. Véase documento denominado *Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos y Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Corte Suprema de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), San Salvador, 2014. En diciembre de 2014 la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha presentado a la comunidad jurídica los dos anteproyectos que enuncian el documento de apoyo aquí citado. Finalmente, el día 28 de agosto de 2017, la Asamblea Legislativa ha aprobado la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y otros decretos transitorios que regulan aspectos relacionados a los procedimientos administrativos hasta en tanto se apruebe la correspondiente Ley General de Procedimientos Administrativos.

¹⁴⁵ Véase HIDALGO CUADRA, R. *op. cit.* pp. 639-734. El ejercicio de la potestad sancionadora debe respetar el debido proceso, lo que se dice fácil pero que en realidad representa un alto grado de dificultad para la Administración Pública. Debido a su contenido e importancia, el desarrollo de esta garantía exige mucha precisión normativa. Por ello, podemos tener una pauta del estado de la cuestión en un Estado que carece absolutamente de una ley de procedimientos administrativos.

¹⁴⁶ Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 21-V-2003, en proceso bajo referencia 228-M-2002; sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 24-VI-2003, en proceso bajo referencia 190-C-01; resolución dictada por la SCN de la CSJ de 29-VII-2015, en proceso bajo referencia 65-2012AC (sobre las medidas cautelares); resolución dictada por la SCN de la CSJ de 18-IX-2015, en proceso bajo referencia 34-2012 (sobre la capacidad de postulación). Véase Véase Sentencia de Amparo dictada por la SCN de la CSJ de 28-V-1999, en proceso bajo referencia 422-97.

¹⁴⁷ Véase Código Procesal Civil y Mercantil, D.L. No. 712, del 18 de septiembre de 2008. D.O. No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008. Artículo 20.- *Aplicación supletoria del Código. En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este Código se aplicarán supletoriamente.* Estamos conscientes de que el lenguaje científico de la materia distingue entre “procedimientos” y “procesos” situando a los primeros en sede administrativa y a los segundos en sede judicial. Por ello, podría llegar a señalarse que el Art. 20 citado no hace alusión a los procedimientos administrativos, sino a los procesos judiciales. Sin embargo, no es viable huir de la auto atribución de supletoriedad que realiza el Código Procesal Civil y Mercantil bajo la vía de la interpretación semántica, pues la distensión aludida no encuentra asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, el legislador

se auto atribuye la función de derecho supletorio en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil. Esta idea también ha sido retomada sin escozores por autoridades administrativas en el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁴⁸.

Deberíamos en este punto salir al paso de tal postura y reclamar categóricamente que, dentro de toda nuestra miseria legislativa, contamos con una ley que regula específicamente el procedimiento administrativo sancionador, por tanto, corresponde aplicarle de forma supletoria antes que la norma procesal civil. Sin embargo, nuestro entusiasmo decae cuando nos damos cuenta de que la única norma que regula de manera general los procedimientos administrativos sancionadores también recoge esta postura. Así, el Art. 31 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, bajo el acápite “Remisión al derecho común” expresa: *“En todo lo no previsto en esta ley se observará lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles en cuanto fuere aplicable”*.

Así las cosas, parece estar muy claro que la expresión “Derecho Común” hace alusión a normas del proceso civil, inclusive en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Y aun que nos pese, constituye esta la norma supletoria¹⁴⁹. No obstante, creemos que la respuesta brindada por la jurisprudencia y la legislación salvadoreña es insatisfactoria y atenta contra las garantías que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública. Pretender que el “derecho común” aplicable al Derecho Administrativo Sancionador sea el Código Procesal Civil y

constituyente parece haber equiparado los términos, incluso, tratarlos como sinónimos en el Art. 14 CN cuando instaura la potestad sancionadora de la Administración Pública. Esta idea se refuerza de la lectura del Art. 31 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos D.L. N° 457 de 1-III-1990, publicado en D.O. N° 70, Tomo N°306 de 21-III-1990.que en breve reseñaremos.

¹⁴⁸ Véase resolución de 21-VI-2012 pronunciada por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en el expediente bajo referencia 389-11; en dicho caso, el TSDC, con respecto a los medios de prueba a emplear en el procedimiento administrativo sancionador, estableció que el CPCM es de aplicación supletoria para establecer la oportunidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Véase también resolución de 23-VII-2010 pronunciada por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor en el expediente bajo referencia 1119-09; en este caso, el TSDC utilizó el Derecho Común para establecer lo que considera una obligación natural no lícita. Véase además resolución de 23-IV-2014 pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero en el expediente bajo referencia CA-4-2013; en este caso, el CASF echa mano del Derecho Común en lo que respecta a la suspensión del proceso.

¹⁴⁹ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 5ª edición, Navarra, Civitas, 2012, p. 1894-1895. Para los autores, el concepto de “derecho común” tiene dos significados distintos. El primero de ellos obedece a un derecho aplicable a todo el territorio nacional. El segundo significado alude a un derecho que tiene capacidad auto integradora, es decir, que puede llenar sus propias lagunas sin acudir a un ordenamiento jurídico vecino. Dado que el Derecho Administrativo era considerado como derecho especial frente al Civil, la integración de lagunas debía realizarse aplicando las normas del segundo al primero. No obstante, la doctrina especializada reparó en su error para entender ahora que el Derecho Administrativo tiene capacidad auto integradora lo que conlleva que sólo después de agotarlo será posible acudir a un ordenamiento distinto para resolver un problema de antinomia.

Mercantil es tan desatinado como intentar aplicar los principios del Derecho Penal desde dicho cuerpo normativo.

Y es que la aplicación supletoria de las normas del CPCM tiene sentido en tanto la materia jurídica cuyo vacío es suplido comparte en alguna medida los principios del Derecho Procesal Civil. Por definición propia, el CPCM está regido por los principios dispositivo, igualdad procesal, aportación, oralidad, publicidad, intermediación, concertación, entre otros. Pero carece en su orientación de los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado. Y es que en el proceso civil se enfrentan dos particulares con igualdad de armas. Estos luchan entre sí para defender sus derechos patrimoniales de libre disposición y acuden ante un juez imparcial para que dicte el Derecho aplicable al caso en particular.

En cambio, en el Derecho Administrativo Sancionador, la Administración funge como juez y parte en un proceso inquisitivo en el cual la imparcialidad no es requisito del juez¹⁵⁰. La Administración busca cumplir o tutelar intereses generales propios del orden público. Rechazamos por su inconveniencia la idea de que la fuente principal para colmar las lagunas del Derecho Administrativo Sancionador sean las normas del CPCM.

Creemos que bajo la tesis del *ius puniendi* único del Estado y la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador¹⁵¹, lo

¹⁵⁰ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 462. Sobre este particular son abundantes los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales que sostienen que la independencia e imparcialidad judicial no son aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Los autores exponen: “Nunca se ha predicado ni cabe exigir de los funcionarios y autoridades administrativas la independencia e imparcialidad de los jueces. Sería ilusorio y absurdo. Tampoco cuando se trata de los que intervienen en un procedimiento administrativo sancionador tienen la imparcialidad que sí es exigible de los jueces penales, sino algo más modestos. Por eso el TC siempre ha tenido cuidado de excluir, de entre las garantías del artículo 24 de la CE que traslada a los procedimientos sancionadores, la de imparcialidad. Entre otras muchas, es suficiente la STC 2/2003, de 16 de enero. Va desgranado en los aspectos en los que ponen de relieve las menores garantías de los procedimientos administrativos sancionadores respecto de los procesos penales y, en especial, afirma: en cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías sean de resaltar las relativas a las garantías de imparcialidad, pues ésta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales”. En el mismo sentido, véase STC 14/1999, de 22 de febrero: “(...) el instructor es una persona vinculada a la Administración pública correspondiente por una relación de servicio y, por tanto, dentro siempre de una línea jerárquica (...) Por eso, la mera condición de funcionario inserto en una esquema necesariamente jerárquico no puede ser, por sí misma, una causa de pérdida de objetividad constitucionalmente requerida (...)”

¹⁵¹ Véase NIETO. A., *op. cit.* p. 131. El legislador salvadoreño y el aplicador de la norma administrativa sancionadora nadan contra corriente en un río de ideas revueltas. La tozudez para imponer las normas del Derecho Civil como derecho supletorio solo puede ser explicada a través del desconocimiento de la función integradora que el Derecho Penal ejerce sobre El Derecho Administrativo Sancionador. La evolución de esta ha estado nutrida por la aplicación analógica de las normas y principios penales, a tal grado que el Derecho Penal también ha tenido una función integradora al contribuir a la constitución de una disciplina jurídica y académica propia del Derecho Administrativo Sancionador. Como nos explica Nieto, Esta evolución está compuesta por tres etapas: (i) la aplicación del Derecho Penal a las infracciones administrativas con carácter

correcto para el aplicador de la norma administrativa sancionadora es buscar colmar los vacíos normativos¹⁵² (i) en primer lugar, mediante la aplicación de normas jurídicas comunes¹⁵³ y dentro de estas, brindando primacía a Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos; (ii) luego en el Derecho Penal; y finalmente, (iii) en las normas del Derecho Civil¹⁵⁴.

La propuesta desarrollada en párrafos anteriores únicamente es válida cuando la ley sectorial guarde silencio sobre la forma de llenar lagunas normativas. En caso contrario, debido al

supletorio y para el llenado de lagunas; (ii) La aplicación directa de principio del Derecho Penal; y finalmente (iii) la constitucionalización de esta integración. En El Salvador, está última etapa está confirmada con la redacción del Art. 14 de la Constitución y así ha sido asimilada por la abundante jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo al reconocer la identidad ontológica de delitos e infracciones. Pero la carencia de una ley de procedimientos administrativos nos hace retroceder hasta la etapa en la cual es necesario reconocer vigencia al Derecho Penal como integrador del Derecho Administrativo Sancionador, pues es esta la solución que más beneficia la tutela de las garantías del ciudadano. Sin embargo, la práctica legislativa, judicial y administrativa terminan afirmando que el Derecho Común (y por ende el derecho integrador del Derecho Administrativo Sancionador) es el Derecho Civil.

¹⁵² Véase MALJAR, Daniel, *op. cit.* pp. 90-91. Para el autor, el orden de prelación de las fuentes del Derecho Administrativo Sancionador es: 1) Los principios del Derecho Penal constitucionalizados; 2) las disposiciones del Derecho Administrativo de cada ordenamiento sectorial; 3) el Derecho Procesal Civil; y 4) el Derecho Penal no constitucionalizado.

¹⁵³ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 1896. En este punto cabe destacar que dado el fundamento constitucional común que informa tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador, tampoco es dable establecer que el segundo es derecho especial frente al primero. Por el contrario, ambos ordenamientos se encuentran en un mismo plano y, por ende, el aplicador de la norma administrativa sancionadora debe (o debería siempre) buscar colmar las lagunas dentro de las normas del Derecho Administrativo Sancionador antes que en el Derecho Penal. Exponen los autores que "(...) las eventuales lagunas del Derecho Administrativo Sancionador han de llenarse agotando primero el ordenamiento administrativo y sólo cuando no sea posible solucionar el problema de anomia suscitado podrá <pasarse> al derecho penal".

¹⁵⁴ Véase Art. 33 inciso 2º Reglamento de la Ley de Competencia, D.E. No. 126, de 5-XII-2006, D.O. No. 227, Tomo No. 373, de 5-XII-2006. "En lo no previsto por la Ley ni en este reglamento, se aplicarán supletoriamente, otras normas de derecho administrativo, los principios del derecho administrativo contenidos en la legislación vigente, el derecho común y los principios generales del derecho". Llama la atención la norma citada porque establece un sistema de fuentes que recoge la idea de la capacidad integradora del Derecho Administrativo. Aplaudimos este esfuerzo. Sin embargo, resulta que esta norma reglamentaria (aunque bien intencionada) contraría una disposición legal expresa contenida en la Ley de Competencia, específicamente el Art. 54 de dicha ley que establece: "En lo no previsto en esta Ley se sujetará a lo dispuesto por el derecho común". Como hemos dicho, creemos que la propuesta del Reglamento de la Ley de Competencia es adecuada, pero en este caso debe tomarse en cuenta que dicha norma fue decretada por el Presidente de la República en ejercicio de la atribución que le establece el ordinal 14º del Art. 168 CN. y que consiste en "Decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde". Esta atribución debe, a su vez, relacionarse sistemáticamente con lo que prescribe la parte final del Art. 86 CN. y es que los funcionarios públicos no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. Es decir, que el Presidente de la República no puede ejercer atribuciones diferentes a las que la ley –en este caso la Constitución– le ha dado y son exclusivamente las necesarias para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los reglamentos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de la atribución que se comenta, son reglamentos de ejecución y, por naturaleza o esencia, subordinados a las leyes cuya aplicación facilitan y aseguran. En consecuencia, con lo dicho, si la Ley de Competencia prescribió que los vacíos normativos deben llenarse acudiendo al Derecho Común, el reglamento que desarrolla dicha ley no puede establecer un sistema distinto de fuentes de derecho.

estado de nuestro ordenamiento jurídico y los criterios expresados por la Administración Pública y los Tribunales, esta propuesta solo es viable mediante la implementación de una reforma normativa¹⁵⁵.

De momento, la Administración Pública se ve atada por el principio de legalidad y si la norma que le rige le exige la aplicación supletoria del Derecho Común en los procedimientos que le compete tramitar, pues deberán aplicarse necesariamente las normas del proceso civil.

Resulta curioso que, a pesar de no contar con una ley general de procedimientos administrativos, en El Salvador sí contamos con una norma que rige (o debería regir) el procedimiento administrativo sancionador. Nos referimos a la ya citada Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos. El Art. 1 de dicho cuerpo normativo¹⁵⁶ se auto atribuye carácter supletorio y a la vez subsidiario, pues bajo su interpretación literal, prevé que esta ley se aplique únicamente cuando la ley sectorial no garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor. Pero esta afirmación merece una interpretación finalista que potencie la tutela integral de las garantías del Derecho Administrativo Sancionador en favor de los administrados.

Rechazamos la tesis que se sostiene bajo una interpretación literal que dicho cuerpo normativo solo puede ser aplicado cuando la ley sectorial no prevea procedimiento alguno. La Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos regula -aunque no de forma exhaustiva ni del todo clara- otras garantías que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública¹⁵⁷. El caso más emblemático lo constituye la regulación sobre los plazos de

¹⁵⁵ Véase *Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*, *op. cit.* p. 85. Los anteproyectos en discusión no corrigen este problema. En cuanto al Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, este omite pronunciarse sobre este aspecto, quizá que asume que será este cuerpo normativo el derecho supletorio a aplicarse para cada ordenamiento sectorial. Sin embargo, su regulación dista mucho de ser suficiente para colmar la regulación que de la potestad sancionadora hace en el proyectado Título V, Capítulo Único en 10 artículos. Por su parte, y aunque hablamos de una norma no administrativa, sino judicial, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aprobada el 28 de agosto de 2017, en su Art. 123 se remite al CPCM como derecho supletorio.

¹⁵⁶ Véase Art. 1 Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos: “Esta ley regula el procedimiento para la imposición de arresto o multa por la contravención de leyes, reglamentos u ordenanzas, cuya aplicación compete a las autoridades administrativas. El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor”.

¹⁵⁷ Véase Art. 2 Principio de Legalidad: “Sólo cuando la ley, el reglamento o la ordenanza, sancione expresamente con arresto o con multa una contravención, se podrá imponer tales sanciones; en consecuencia, la analogía y la interpretación analógica, extensiva o inductiva, no podrán emplearse para imponer las sanciones mencionadas.”; Art. 13 Régimen de la prueba: Si el presunto infractor compareciere en el término legal e hiciere oposición al manifestar su defensa, o fuere declarado rebelde, se abrirá a prueba el procedimiento por el término de ocho días hábiles, dentro del cual deberán producirse las pruebas ofrecidas y confirmar las mencionadas en el informe o la denuncia. Cuando el presunto infractor no hiciere oposición o

prescripción de la acción para sancionar y de la sanción, elementos que no están previstos en una gran cantidad de leyes sectoriales, como se estudiará en un apartado posterior.

Sin embargo, la Administración Pública se muestra reacia a aplicar dicho cuerpo normativo. Más bien, huye de su texto cada vez que puede y bajo cualquier argumento. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la resolución pronunciada por el Tribunal de Ética Gubernamental de 4-III-2014, Ref. 65-A-12¹⁵⁸. El Tribunal se encontraba conociendo de la infracción administrativa imputada a un médico del sistema de salud pública contenida en el Art. 6 letra c) de la Ley de Ética Gubernamental, ya derogada¹⁵⁹, la cual no regulaba el plazo de prescripción de las infracciones administrativas.

La defensa expuso que las imputaciones efectuadas se circunscribían al período comprendido entre el uno de julio de dos mil seis y el once de febrero de dos mil once. Sostuvo, además, que el auto de inicio del procedimiento fue emitido el día veinticinco de octubre de dos mil trece, por lo que desde el último día comprendido dentro del período investigado hasta el inicio formal del procedimiento trascurrieron dos años, ocho meses y catorce días. A partir de dicho planteamiento, solicitó que se declarará prescisa la acción sancionadora invocando para ello la aplicación supletoria del Art. 21 letra c) de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

Al resolver dicho planteamiento, el Tribunal de Ética Gubernamental decidió tutelar la seguridad jurídica y colmar la laguna normativa sobre la prescripción en la derogada Ley de Ética Gubernamental como derecho aplicable al caso. Pero al analizar el Art. 21 de la Ley del Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos y contrastarlo con la Ley de

confesare la contravención, podrá omitirse la apertura a prueba. Si fuere necesario practicar inspección, compulsas, peritaje o análisis de laboratorio, se ordenará inmediatamente aunque no haya apertura a prueba. Las pruebas por documentos podrán presentarse en cualquier estado del procedimiento, antes de la resolución definitiva. Art. 21 Prescripción de la acción: *La acción para promover el procedimiento a que se refiere esta ley prescribe: a) En seis meses cuando se trate de contravención sancionadas con arresto o con multa hasta de un mil colones; b) En un año cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a mil colones, sin exceder de cinco mil colones; y c) En dos años cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a cinco mil colones. Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha de la contravención.* Art. 24 Prescripción de la sanción: *Las sanciones que se impongan de acuerdo al procedimiento regulado en esta ley, prescriben en los plazos siguientes: a) En un año cuando la sanción consista en arresto o multa hasta de un mil colones; b) En dos años cuando la multa exceda de un mil colones, sin pasar de cinco mil colones; y c) En tres años cuando la multa exceda de cinco mil colones. Los plazos se contarán a partir de la fecha en que fuere exigible el pago de la multa o el cumplimiento del arresto.*

¹⁵⁸ Véase Resolución final dictada por TEG 4-III-2014, en proceso bajo referencia 65-A-12.

¹⁵⁹ Véase Ley de Ética Gubernamental, D.L. No. 1038 de 27-IV-2006, D.O. No. 90, Tomo N° 371, de 18-V-2006. Artículo 6.- Son prohibiciones éticas para las personas sujetas a esta Ley: (...) c) Percibir más de una remuneración proveniente del presupuesto del Estado, cuando las labores deban ejercerse en el mismo horario, excepto las que expresamente permita el ordenamiento jurídico.

Ética Gubernamental derogada, concluyó que la naturaleza de las sanciones reguladas en cada caso es distinta “(...) por lo que resultaría arbitrario pretender equiparar las mismas para efectos de establecer los plazos de prescripción (...)”. Por ello, decidió acudir a los plazos de prescripción regulados en el Art. 34 del Código Procesal Penal, también derogado, pero vigente al momento de ocurrir los hechos. El argumento para preferir dicha norma fue “*la unidad ontológica entre delito e infracción administrativa*”.

Tal razonamiento resulta por demás extraño y contradictorio: ¿Cómo es posible pretender que dos tipos de sanciones administrativas consideradas en abstracto no correspondan a la misma naturaleza, pero sí es posible equiparar delito penal (sujeto a pena de privación de libertad) e infracción administrativa (sujeta a castigos distintos a la privación de libertad) porque detentan unidad ontológica? La traslación de los principios y garantías penales al ámbito administrativo sancionador no puede entenderse como una habilitación en blanco para que la Administración colme las lagunas correspondientes de la forma que considera más oportuna, sino como una remisión tácita a los principios y técnicas característicos del Derecho Penal. En el caso estudiado, la autoridad administrativa entendió que la identidad ontológica entre delitos e infracciones le habilitaba para aplicar llanamente las normas del Código Procesal Penal, que así entendido, constituye una solución errónea e impropia¹⁶⁰.

Aplaudimos que la Administración Pública dé un paso al frente para tutelar los derechos de los ciudadanos ante la falta de regulación expresa. Pero reñimos con que dicho esfuerzo se encamine por linderos de normas propias de ordenamientos distintos al Derecho Administrativo Sancionador cuando estamos frente a uno de los pocos casos en que este sí nos brinda una respuesta clara¹⁶¹.

La conclusión que se desprende de la identidad ontológica entre delitos e infracciones es que los principios y garantías constitucionales que se predicán del Derecho Penal son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador. Pero esto no equivale a decir que el Código Penal y el Código Procesal Penal puedan ser aplicados de forma irreflexiva al ordenamiento jurídico

¹⁶⁰ Véase CASARES MARCOS, A., *op. cit.*, p. 41.

¹⁶¹ Véase GÓMEZ TOMILLO M., SANZ RUBIALES, I. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general*. 3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 114. El autor expone que esta extrapolación directa de normas únicamente ocurriría “(...) en la hipótesis en las que el Derecho Administrativo Sancionador careciera de reglas, siempre y cuando, claro está, que el razonamiento analógico que subyace tal planteamiento no perjudique al infractor, lo que implicaría una analogía *in peius*, incompatible con postulados constitucionales. De esta manera, se evitan lagunas normativas que, de otro modo, concretamente aceptando diferencias cualitativas, serían difíciles de colmar”.

administrativo sancionador, sobre todo cuando este contiene normas propias que regulan los temas analizados.

Los principios del Derecho Penal no constitucionalizados solo podrán ser empleados como último recurso para solventar los vacíos normativos del ordenamiento jurídico administrativo sancionador¹⁶².

5. Principios penales constitucionales

Como una concreción necesaria, para los fines de este trabajo, entendemos a los principios como normas jurídicas que requieren la creación de otras para su ejecución o concretización que permitan aplicarles a casos concretos, pero también como normas jurídicas susceptibles de ser ejecutadas de varias maneras por el aplicador del Derecho¹⁶³. En concreto y

¹⁶² Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 133. El autor cuestiona la integración normativa del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, sobre todo cuando no se ha determinado si lo que es aplicable son únicamente los principios propiamente dichos o también otras reglas derivadas de la dogmática penal. El autor expresa sus conclusiones en dos reglas: la primera es que son aplicables todos los principios punitivos constitucionalizados en tanto son comunes a todo el ordenamiento jurídico punitivo, sea este penal o administrativo. La segunda, que también son aplicables los principios penales no constitucionalizados al Derecho Administrativo Sancionador, salvo que este contenga principios específicos con rango de ley, en cuyo caso prevalecerán. En el mismo sentido, véase CASTRO LORIA, J., *Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales*, San José, Editorial Jurídica FPDP, 2006, p. 50.

¹⁶³ Véase AGUILERA PORTALES, R., y LÓPEZ SÁNCHEZ, R., "Interpretación judicial y principio fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho", publicado en AA. VV. *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, ARA editores, 2009, pp. 405-437. Retomando los postulados de Hart sobre la separación entre derecho y moral, los autores afirman que esta separación no implica que el derecho carezca de un mínimo de contenidos morales, pues es este el que a la postre ofrece legitimidad al derecho. Existe, pues, un contenido mínimo ético del Derecho. A partir de esta conexión puede entender el Derecho en un sentido amplio para reconocer que el fenómeno jurídico no puede ser entendido en un sentido meramente formalista o normativo, sino a partir de las necesidades sociales que determinan su creación. Así, los principios constituyen normas abiertas que posibilitan la convivencia con nuestros semejantes y hacen referencia a una concepción humilde mínima de derecho natural. El papel de los principios dentro de las Constituciones contemporáneas es el de fungir como pautas de interpretación y argumentación constitucionales. Véase GASCÓN ABELLAN, M., y GARCÍA FIGUEROA, A., *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 126. Hasta este momento hemos hecho alusión a la voz "principios" sin distinguirlo concretamente de otros conceptos relacionados con los cuales a veces se confunden. No obstante, en nuestra exposición hemos cuidado de establecer que lo aplicable al Derecho Administrativo Sancionador son los principios del Derecho Penal constitucionalizados antes que las reglas del Código Penal y del Código Procesal Penal, entre otras precisiones. Por ello, conviene realizar una breve consideración a la distinción entre principios y reglas. Para ello, la doctrina especializada identifica tres tesis básicas para distinguirlos. (i) La primera es conocida como tesis fuerte de la separación. Está pretende establecer diferencias cualitativas y no solo de grado. Esta postura considera a ambas categorías como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes. Es decir que una norma jurídica puede ser o bien una regla o bien un principio, pero no ambas. (ii) La segunda postura es la tesis débil de la separación. Para este, entre reglas y principios solo existe una diferencia gradual y no cualitativa. (iii) Finalmente encontramos la tesis de la conformidad. Para esta, entre reglas y principios no existen diferencias relevantes. Véase GARCÍA YZAGUIRRE, J., *op. cit.* p. 142. Coincidimos con el autor en considerar como punto de coincidencia la concepción de los principios como normas fundamentales, como criterios de interpretación jurídica para todas las disposiciones estructuralmente vagas.

para los fines que nos atañen, el bloque de principios aplicables al Derecho Administrativo Sancionador que estudiaremos es aquel de contenido penal sustantivo¹⁶⁴.

Tanto delitos e infracciones como penas y sanciones tienen una posición común en la Constitución salvadoreña. A diferencia del Art. 25.1 CE¹⁶⁵, el Art. 14 CN exige de forma expresa a quien ejerce la potestad sancionatoria de la Administración, el respeto de los principios propios del debido proceso o garantías penales procesales. De igual manera, la naturaleza punitiva de la potestad a la cual nos referimos y la consagración constitucional de los principios penales materiales han llevado a la jurisprudencia a concluir que estas últimas también deben ser aplicadas en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.* 30. De igual manera en España, la potestad de la Administración para sancionar coexiste con la de los tribunales en el Art. 25 de la CE, en cuyo número 1 se instaura el principio de legalidad penal material.

¹⁶⁵ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Volumen II, Barcelona, Editorial BOSCH, 2012, p. 33. En España, la afectación de derechos individuales que conlleva el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública propició que primero la jurisprudencia y luego vía legislativa- se aplicase a esta categoría tanto los principios penales materiales a los que hace alusión el Art. 25.1 CE, como las garantías procesales contenidas en el Art. 24 CE. Y es que del reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración contenida en el Art. 25.1 CE, únicamente se deriva la aplicación a dicho ámbito de los derechos, principios o garantías de índole penal material. Pero lo que no es expreso es la aplicación de los derechos, principios y garantías de naturaleza procesal penal que se consagran en el Art. 24 CE al ámbito administrativo sancionador. No obstante, las normas secundarias se han encargado de regular tales garantías, sobre todo con la entrada en vigencia de la Ley 39/2015 de uno de octubre que dicta Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se encarga de precisar lo concerniente a la tramitación de procedimientos sancionadores.

¹⁶⁶ Véase MENA GUERRA, R. *Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*, San Salvador, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID/ El Salvador, 2011. p. 31. Resaltamos junto al autor el hecho que en El Salvador no existe una ley general de procedimientos administrativos que desarrolle los principios y garantías aplicables. La situación se agrava cuando nos damos cuenta de que cada órgano de la Administración cuenta con su propia ley sectorial, que en muchos casos les confiere potestad sancionatoria sin articular al menos un procedimiento mínimo. Tal es el caso de la Ley Orgánica de Aviación Civil D.L. No. 582, del 18 de octubre de 2001, D. O. No.198, Tomo No. 353, del 19 de octubre de 2001, cuyo artículo 190 confiere a la Autoridad de Aviación Civil la potestad para sancionar las infracciones a esa ley, su reglamento y demás regulaciones, pero no le indica un procedimiento para ejercer tal potestad. Es por ello que ha debido ser la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, la encargada de configurar las garantías mínimas que la Administración Pública debe respetar antes de imponer un castigo al Administrado. En este sentido, véase Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ, de 15-III-2002, ref. 30-96/10-97/10-99/29-2001, "*los mandatos constitucionales son verdaderas normas jurídicas que imponen a los órganos y entes públicos investidos de potestades normativas la obligación de desarrollarlos para dar cumplimiento a ciertos elementos del contenido de la Ley Suprema cuya eficacia está condicionada por la interposición del legislador. En el caso del art. 11 inc. 1° CN., el derecho de audiencia no exige necesariamente de la interposición del legislador para tener eficacia, ya que se trata de una norma que goza de aplicación directa, es decir que ante la omisión de una regulación infra constitucional es perfectamente posible aplicar directamente el precepto constitucional*". Esta jurisprudencia se ha complementado con la Sentencia de Amparo, de 13-X-1998, ref. 150-1997, en la cual la SCN ha expuesto: "*la privación de derechos -para ser jurídicamente válida - necesariamente debe ser precedida de proceso seguido "conforme a ley" (...). Aspectos esenciales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: (a) que la persona quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones constitucionales respectivas; (b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas, que*

La SCA¹⁶⁷ ha expuesto que la potestad sancionadora se ejerce dentro de un marco normativo cuyo primer parámetro es la Constitución, específicamente su Art. 14. Dicha norma sujeta su ejercicio al debido proceso, lo cual no es obstáculo para que el mismo se realice en congruencia con las demás normas constitucionales y de forma coherente con los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho¹⁶⁸. Nos ocuparemos de identificar el bloque de garantías constitucionales de índole penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador. La SCA sostiene de manera general¹⁶⁹, que los principios penales de legalidad, irretroactividad, *non bis in idem*, proporcionalidad, culpabilidad, y prescripción y caducidad¹⁷⁰ son aplicables al ámbito del

en el caso administrativo supone la tramitación ante autoridad competente; (c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y (d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado”.

¹⁶⁷ Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 26-III-2010, Ref.181-2005. La SCA expone que la potestad sancionadora de la Administración Pública encuentra su límite máximo en el principio de legalidad contenido en el Art. 86 Inc. 1º CN.

¹⁶⁸ Véase SÁNCHEZ, Carlos, *Límites constitucionales al Derecho Penal*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, pp. 5-8. Los principios de naturaleza punitiva han sido objeto de un proceso de positivización en las diferentes constituciones y luego por los ordenamientos secundarios que les desarrollan. Este proceso también ha alcanzado a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como se estudiará en este trabajo. Su ubicación en el texto constitucional, convierte a los principios en verdaderos axiomas que “ordenan y dan consistencia al sistema de fuentes de derecho” a la vez que los convierte en instrumentos de defensa para la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos. Al mismo tiempo, la normativización constitucional de los principios punitivos les confiere las siguientes características: (i) son esencialmente primarios en tanto no existe en el ámbito normativo prescripciones precedentes; (ii) son prioritarios o prevalentes frente al resto del ordenamiento jurídico; (iii) son principialistas, en tanto dan coherencia al ordenamiento jurídico y no ceden frente antinomias normativas con fuentes de menor jerarquía; (iv) son fundamentadores por cuanto “(...) *su contenido y las consecuencias que se deriven razonablemente de su sustrato esencial, es el que le da legitimación a las restantes normas, a partir de los principios es que resulta adecuado explicar el contenido y función de las restantes prescripciones e instituciones jurídicas(...)*”; (v) rigen todo el ordenamiento jurídico porque de su contenido emanan postulados superiores; y (vi) son normativos “(...) *lo cual le imprime una cualidad peculiar, su imperiosidad de vigencia y la obligación de su aplicatividad, más de la aquiescencia o no de quien debe aplicarlos, de ahí que en este aspecto, la fuerza coercitiva de los principios, es la misma que la de las normas jurídicas, sólo que con un imperio diferente en virtud de la jerarquía constitucional de la cual están investidos*”.

¹⁶⁹ Véase sentencia dictada por la SCA de 3-IV-2009, Ref. 78-2006: “*Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran: principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, derecho a la presunción de inocencia*”. En el mismo sentido, véase sentencia dictada por la SCA de 24-IX-2009, Ref. 269-2006 y sentencia de 9-III-2009, Ref. 204-2006 “*Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran el de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad y el de la prescripción*”.

¹⁷⁰ Véase Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, Corte Suprema de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, San Salvador, 2014. El anteproyecto contempla como principios específicos aplicables a la potestad sancionadora la reserva de ley, tipicidad, irretroactividad, presunción de inocencia, responsabilidad y prohibición de doble sanción (Art. 132). Además, de manera general, contempla los principios de legalidad y proporcionalidad. Aparte de incompleta en comparación a los principios enunciados en la CN, esta lista se limita a citar contenidos específicos de los principios generales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador (v.gr. Principio de responsabilidad como contenido específico del principio de culpabilidad que además incluye el principio de personalidad de las sanciones y el principio de exigencia de dolo o culpa). Que dicho anteproyecto y eventual ley enuncie o no los principios que la CN consagra, en nada afecta para que estos sean aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, en tanto detentan rango constitucional y su aplicación no depende del capricho o error del legislador. Sin embargo, este tipo de omisiones puede causar confusión en los aplicadores de la norma jurídica al momento de determinar el derecho aplicable al caso y, además, resulta lamentable que desaprovechemos la oportunidad

Derecho Administrativo Sancionador¹⁷¹. El contenido básico de dichos principios y su configuración en el ordenamiento jurídico salvadoreños se desarrolla en los siguientes capítulos de este trabajo.

para dotar de contenido los principios y ayudar así a la administración pública sobre la forma correcta de aplicarles.

¹⁷¹ Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 19-XII-2004 en proceso bajo referencia 64-L-2001: las garantías fundamentales que regulan la actividad sancionadora del Estado son las siguientes: a) principio de legalidad; b) principio de tipicidad; c) principio de irretroactividad; d) principio de proporcionalidad; e) regla del "non bis in idem"; f) principio de culpabilidad; y g) principio de prescripción. Véase también sentencia de 9-II-2004, ref. 219-M-2001. Conforme este Tribunal, los elementos necesarios para que se configure una infracción administrativa son: El comportamiento del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, o principio de tipicidad, los cuales deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley; en todo ordenamiento sancionador rige el criterio que la responsabilidad puede ser exigida, sólo si en el comportamiento del agente se aprecia la existencia de dolo o de culpa, es decir, principio de culpabilidad.

CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 6. Contenido. 7. La reserva de ley: *nulla poena sine lege scripta*. 8. Principio de taxatividad: *nulla poena sine lege certa*. 9. Prohibición de analogía: *nulla poena sine lege stricta*.

6. Contenido

El principio de legalidad penal está contenido en el Art 15 CN¹⁷² y es considerado inherente al Estado de Derecho. Por ello se extrapola como límite al ejercicio de las funciones de los poderes públicos conforme lo dispone el Art. 86 inc. 2º CN. La SCA ha expuesto que el contenido de este principio exige que la ley sea *certa, praevia, scripta et stricta*, (ley cierta, ley previa, ley positiva)¹⁷³.

Esto obliga al legislador a garantizar la seguridad jurídica mediante el establecimiento de normas que permitan al ciudadano conocer de forma anticipada cuáles son las conductas prohibidas a modo que prevea las consecuencias de sus acciones¹⁷⁴. Asimismo, la SCA sostiene

¹⁷² Véase Art. 15 CN. “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.” Véase sentencia de Amparo dictada por la SCN de 25-XI-2011, en proceso bajo referencia 150-2009. Al analizar los alcances del principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionador, la SCN expuso: “en el ámbito administrativo sancionador (...) sea la ley la que defina exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer, o al menos establezca una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, pues tales criterios, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales. Así, la obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que se desean castigar y sus correspondientes sanciones persigue la finalidad de erradicar todo abuso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas a las autoridades administrativas”.

¹⁷³ Véase STC 218/2005, de 12 de septiembre. La jurisprudencia española recoge este principio a partir del Art. 25.1 CE. El TC ha manifestado que “(...) el derecho fundamental enunciado en el Art. 25.1 CE extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ordenamiento administrativo sancionador, y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permita predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la responsabilidad y eventual sanción (...)”. En el mismo sentido, véase Véase sentencia de 21-IX-2009, dictada por la SCA en proceso bajo referencia 281-C-2002. La doctrina también reconoce a estos como los contenidos del principio de legalidad, véase SÁNCHEZ MORÓN, M, *op. cit.* p. 659; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad” publicado en AA. VV. *Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 65-94.

¹⁷⁴ Véase HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del tribunal constitucional” publicado en *Revista de Administración Pública*, 2005, Nº 166, pp. 169-199. Apoyado en la STC 42/1987, de 7 de abril, el autor sostiene que el principio de legalidad en materia sancionadora conlleva 2 garantías: (i) la necesidad de predeterminación normativa de los supuestos de hecho considerados ilícitos de aplicación absoluta tanto a delitos como a infracciones; y (ii) al rango necesario de las normas que tipifican conductas y regulan sanciones, y es expresiva de una reserva de ley formal que inicialmente el Tribunal Constitucional califica de absoluta, pero

que el principio de legalidad constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi*, debido a que la exigencia de previsión y certeza de la norma impiden que su aplicador realice cambios interpretativos de su contenido¹⁷⁵.

En El Salvador, el desarrollo normativo del principio es coincidente tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador¹⁷⁶. Su contenido no se agota en el texto de los artículos del Código Penal y de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, por lo que la jurisprudencia ha jugado un papel importante en su construcción. Sin embargo, llama la atención que, a pesar de la similitud apuntada, todavía es común encontrar pronunciamientos que propugnan de forma irreflexiva que existen “*matices*” en su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador cuando tal matización no encuentra base constitucional ni legislativa.

no excluyente de la colaboración reglamentaria. En igual sentido véase FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002, p. 32. El autor expone que luego de desechar el dogma del postulado de la precisión normativa por su impracticidad, hoy sabemos que no es posible construir normas que estén exentas de ser interpretadas y que el Derecho es parcialmente indeterminado y por ello el juez goza de un margen de discreción.

¹⁷⁵ Véase sentencia dictada por la SCA de 28-VIII-2009, ref. 170-2005. Dicho principio implica que “*El comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley. (...) “La tipificación -tipo normativo- de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, y el bien jurídico tutelado”*. En el mismo sentido, véase sentencias de 25-VIII-2003 y de 13-VII-2009, Procesos Contenciosos Administrativos 47-O-2002 y 174-2005, respectivamente. En la citada sentencia bajo Ref. 219-M-2001, la SCA expone “*En materia administrativa, la garantía de legalidad de la potestad sancionatoria de la Administración, se identifica con el conocido principio penal “nullum crime nulla poena sine lege”: el cual exige la existencia previa de una norma legal que, por una parte, tipifique como “infracción” la conducta que se pretende castigar (principio de legalidad de la infracción: nullum crime sine lege); y de otro lado, establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (principio de legalidad de la sanción: nullum poena sine lege)”*. Véase también sentencia de amparo dictada por SCN de la CSJ de 22-III-2002, en proceso bajo referencia 58-2001. La Sala ha manifestado que “[...]toda ley que faculte privar de un derecho a la persona, debe establecer las causas para hacerlo y los procedimientos a seguir, porque de lo contrario se estaría infringiendo la Constitución”, como consecuencia, “*En materia administrativa sancionatoria, es plenamente aplicable lo prescrito en el principio de legalidad penal, en el sentido de ser lex stricta, es decir, exige que la ley establezca en forma precisa, las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas*”.

¹⁷⁶ Véase Art. 1 Código Penal. Artículo 1.- Principio de Legalidad: “*Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal*”. Sin duda, la enunciación más acabada del principio de legalidad penal lo encontramos en la norma citada. Por su parte, el artículo 2 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos lo enuncia de la siguiente manera: “*Sólo cuando la ley, el reglamento o la ordenanza, sancione expresamente con arresto o con multa una contravención, se podrá imponer tales sanciones; en consecuencia, la analogía y la interpretación analógica, extensiva o inductiva, no podrán emplearse para imponer las sanciones mencionadas*”.

No podemos dejar de señalar que aún estos intentos por configurar matices en la aplicación del principio al Derecho Administrativo Sancionador terminan concluyendo que dichas consideraciones son aplicables *“sin cambios sustanciales y como parte del alcance del art. 15 CN., también a los tipos administrativos sancionadores, que son los que definen o describen las conductas que constituyen infracciones administrativas”*¹⁷⁷.

Pareciera ser -y así es- que en ambas ramas del Derecho el principio de legalidad recibe normativamente el mismo tratamiento, pero jurisprudencialmente se le confiere una interpretación distinta. Es decir, que a partir de los mismos postulados normativos (constitucionales y legales), la jurisprudencia concluye ideas dispares¹⁷⁸.

Creemos que los pronunciamientos de la jurisprudencia salvadoreña dejan de lado la construcción normativa con la que contamos en nuestro propio ordenamiento jurídico administrativo para preferir la aplicación directa de la doctrina extranjera. Este problema no se presenta únicamente en el estudio de este principio, como explicaremos con mayor detalle cuando analicemos, entre otros, el principio de culpabilidad.

El TC español se ha referido al principio de legalidad en su STC 34/1996, de 11 de marzo, exponiendo que su alcance va más allá de dotar de cobertura legal las actuaciones de la administración. Esto por cuanto conlleva la tipicidad o descripción estereotipada de las conductas

¹⁷⁷ Véase Inc. 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013 de 24-VIII-2015. La sentencia citada discurre sobre la aplicación matizada de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Luego, configura los alcances del Principio de Legalidad Penal desde su propia jurisprudencia (sentencia de Amparo dictada por la SCN de 25-XI-2011, en proceso bajo referencia 150-2009) de la siguiente manera: *“En relación a este principio, (...) su expresión como reserva de Ley en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador (...) obliga a regular los injustos administrativos mediante normas que posean rango de Ley, y que por lo tanto, instaure una materia vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo “en el ámbito administrativo sancionador (...) sea la ley la que defina exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer, o al menos establezca una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, pues tales criterios, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales. Así, la obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que se desean castigar y sus correspondientes sanciones persigue la finalidad de erradicar todo abuso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas a las autoridades administrativas”*. La sentencia de mérito declaró inconstitucional el art. 42 letra e) LPC. Ante esta declaratoria, el TSDC declaró sobreseimientos definitivos en los procesos administrativos que se encontraban en trámite cuyos hechos investigados recaían sobre la norma en mención. Véase resoluciones dictadas por el TSDC de 25-VIII-201 y 14-IX-2015, procedimientos bajo referencia 1191-10 y 179-15.

¹⁷⁸ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.*, p. 132. El autor sostiene que frente al principio de legalidad penal y administrativo sancionador debe mantenerse una postura similar, admitiéndose únicamente algunos matices. No obstante, sustancialmente deben mantenerse iguales posiciones en relación con uno y otro ámbito por tres razones principales: (i) teóricamente, la identidad material de ambas ramas sostiene igual tratamiento; (ii) desde un punto de vista práctico, porque los castigos administrativos pueden alcanzar igual nivel de aflicción que los penales, por lo que las garantías no deben ser menores; y (iii) porque ni la Constitución ni la Ley establecen diferencias en cuanto a cuál deba ser el tratamiento en uno y otro caso.

consideradas como ilícitas y sus correspondientes penas¹⁷⁹, lo que en consecuencia impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva¹⁸⁰. De igual manera, el TC expuso que el principio de legalidad también alude a las características o cualidades que deben informar la construcción y aplicación de las normas penales, en cuanto que las mismas deben ser “*concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar <lex certa> (...) sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria del interprete y juzgador*”.

Sin duda, el principio de legalidad ha sido dotado de un contenido muy variado dependiendo de la faceta a la cual se refiere y de la ubicación normativa del componente al que se aluda¹⁸¹. Ante la falta de una ley de procedimientos administrativos, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la configuración de los alcances y contenido de este principio la encontramos prioritariamente en la jurisprudencia de la SCA y la SCN¹⁸².

¹⁷⁹ En el mismo sentido véase también SSTC 37/1982; 182/1990; 102/1994; y 120/1994. Véase también *Véase resolución definitiva dictada por el TSDC de 10-X-2007, dictada en procedimiento Ref. 876-06.*

¹⁸⁰ Véase STC 133/1987. “*De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos estas tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (ley previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y pena, e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador*”. En el mismo sentido véase también STC 89/1993; 75/1984; 119/1992 y 111/1993. Véase BAENA DEL ALCÁZAR, M., *La potestad sancionadora de los entes locales*, Euskadi, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011, p. 24. Quizá el artículo de la CE que resalta por su importancia es el 25.1 que desarrolla el principio de legalidad. Este principio debe entenderse como la exigencia de la previsión normativa en Ley en sentido formal de los preceptos sancionadores. Autores como el ahora citado sostienen que dicho requisito no se desprende de la literalidad del artículo y su origen radica en la jurisprudencia que le desarrolla. Sostiene que “*es evidente que interpretar que el término legislación del artículo 25.1 de la Constitución se equipara a la ley formal es atribuir al constituyente algo que éste no ha dicho. Pero con todo es la interpretación que ha prevalecido, de lo que ha podido deducirse que el contenido del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador incluye el mandato de reserva de ley, el mandato de tipificación, la prohibición de bis in ídem, y la prohibición de irretroactividad de normas desfavorables*”.

¹⁸¹ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 23. Los componentes de este principio no encuentran un asidero único en los textos constitucionales. Para el caso salvadoreño, su contenido se encuentra contemplado en el Art. 8 CN (vinculación negativa de los ciudadanos frente a la ley); y 86 CN. (vinculación positiva del Gobierno frente a la ley); así como también principalmente en los Art. 11, 12, 14 y 15 CN. En el caso español, sus componentes se encuentran primordialmente en los Art. 9, 31.3, 25.1, 103 y 133 CE.

¹⁸² Véase MENA GUERRA, R. *op. cit.* p. 59. Ante la mora legislativa, ha sido la jurisprudencia -como fuente supletoria y vinculante de derecho- la encargada de sistematizar el Derecho Administrativo salvadoreño. Véase sentencia de Habeas Corpus dictada por la SCN de la CSJ de 13-II-1996, en proceso bajo referencia 1-B-95: “*Ante la omisión o mora legislativa (...) son los jueces, en tanto Jueves no de la Ley sino de la Constitución, como lo instituye el Art. 185 CN., quienes deben llevar a cabo tal armonía; y especialmente esta Sala, cuya Jurisprudencia, en base a la doctrina del precedente o principio del “stare decisis” y al principio de igualdad, es vinculante para todos los operadores del derecho*”. Véase resolución de improcedencia en proceso de amparo dictada por la SCN de la CSJ de 27-X-2010, dictada en proceso bajo referencia 408-2010. Sobre la jurisprudencia como fuente de Derecho, la SCN ha expuesto: “*(...) es oportuno destacar que el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional requiere de los jueces y tribunales la elaboración de criterios*

7. La reserva de ley: nulla poena sine lege scripta

La reserva de ley puede ser entendida como la distribución constitucional de potestades que ejerce el Órgano Legislativo, a quien se le confiere la atribución absoluta de normar determinadas áreas¹⁸³. Más concretamente, en el ámbito del *ius puniendi* del Estado, la reserva de ley constituye una garantía formal que determina la necesaria existencia de una norma con rango de ley que establezca las conductas punibles y los castigos de las cuales son merecedores aquellos que las cometan¹⁸⁴. Ello como prerequisite *sine qua non* para la intervención estatal represiva¹⁸⁵.

En el Derecho Penal, la reserva de ley rige de forma absoluta y a nadie se le ocurriría establecer un delito fuera de una norma con rango de ley formal¹⁸⁶. Pero en el Derecho

jurisprudenciales uniformes que, en la mayor medida posible, suministren seguridad jurídica en relación con la interpretación y aplicación que hacen de las disposiciones legales. Dicha labor obliga a entender a la jurisprudencia como una actividad racional y argumentativa creadora de normas, las cuales han de convertirse en un canon de obligatoria observancia para ellos mismos –auto precedente– o para otras entidades jurisdiccionales –precedentes verticales–. (...) la mencionada concepción obliga a reformular el tradicional esquema del sistema de fuentes del derecho imperante en El Salvador, toda vez que ha de aceptarse que la jurisprudencia –legal o constitucional– es fuente del derecho y, por tanto, de obligatoria observancia –es decir, con fuerza vinculante– para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico”.

¹⁸³ Véase Sentencia por la SCA de 31-III-2008, proceso bajo referencia 8-2005. La SCA ha manifestado: “La reserva de ley constituye una técnica de distribución de potestades a favor del legislativo, determinada constitucionalmente y por tanto, implica que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por dicho órgano, como garantía, en primer lugar, de la institución parlamentaria frente a las restantes potestades normativas y, en segundo lugar, frente a sí misma”

¹⁸⁴ Véase STC 97/2009, de 27 de abril. A partir de esta sentencia podemos entender la reserva de ley como la garantía formal que exige que la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica deba estar contenida en una norma con rango de Ley formal. Véase también sentencia de amparo dictada por la SCN de la CSJ de 13-VII-1999, en proceso bajo referencia 419-98. LA SCN ha manifestado que esta exigencia tiene también fundamento en la finalidad de las penas citando la teoría de la coacción psíquica de Anselm Von Feuerbach según la cual, para que la pena cumpla su función de coacción psíquica a las personas, es preciso que tanto el delito o infracción como la pena o sanción estén definidos en una ley escrita.

¹⁸⁵ Véase STC 24/2004 de 24 de febrero: “El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término la garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden”. Véase también STC 142/1999 de 22 de julio la vinculación del Principio de Legalidad al Estado de Derecho conlleva “(...) la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso del poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la Ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista la Ley”.

¹⁸⁶ Véase Sentencia de Inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 23-III-2001, en proceso bajo referencia 8-97c. El vocablo “ley” es utilizado en innumerables disposiciones constitucionales con sentidos distintos. Por ello no puede concluirse apresuradamente que siempre se refiera a los decretos de contenido general emanados de la Asamblea Legislativa. La SCN sostiene que: “(...) entender que la ley en sentido formal es la única fuente de regulación de todos los ámbitos de la vida normada, implica exigir una profusión legislativa que va en detrimento de las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales o entes públicos, ya que, el destinatario de las normas constitucionales en términos de desarrollo de las condiciones en que se ejercerán los derechos fundamentales de los sujetos, no es únicamente el legislador, sino que puede ser, según el caso, otros órganos del Estado”.

Administrativo Sancionador esta exigencia debe ser entendida en el sentido de requerir que sea la ley la que defina las conductas que serán consideradas ilícitas, los castigos que merecen o, al menos, que establezca una regulación esencial sobre los elementos que determinan la antijuricidad y la punición de la conducta. Todo ello porque nos encontramos ante un supuesto de limitación de derechos fundamentales¹⁸⁷.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, esta concepción se ve reflejada en el Art. 203 CN. que crea los Municipios como entes autónomos, en virtud lo cual, el Art. 204 número 5° CN les faculta a decretar ordenanzas y reglamentos locales que pueden colaborar fijando criterios y delimitando el contenido de las infracciones y sanciones previa cobertura legal¹⁸⁸. Debemos precisar que no nos referimos a una habilitación general para decretar infracciones y sanciones. El Municipio, a través de ordenanzas, puede complementar lo que una ley genérica le habilite. En tal sentido, será la ley en sentido formal quien deberá realizar la descripción genérica de las conductas sancionables y fijar las clases y cuantías de las sanciones¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Véase STC 42/1987, de 7 de abril. El TC español ha justificado esta flexibilidad en el modelo constitucional de distribución de potestades públicas, en la consecuente potestad reglamentaria de la Administración y en razones de prudencia o de oportunidad. Véase también HUERGO LORA, *op. cit.* pp. 364-367. El autor sostiene que, en el Derecho Administrativo Sancionador, la posición del principio de legalidad se encuentre en un punto intermedio entre su tratamiento en el Derecho Penal y frente a las potestades administrativas, lo que ha provocado que sea tratado bajo la aplicación de un esquema gradualista que lo sitúa más próximo al principio de legalidad administrativo que al penal. Sin embargo, sostiene que en materia sancionadora el principio de legalidad detenta un fundamento superior al que puede tener respecto a la actividad de la administración, en tanto exige la validez de la reserva de ley como el mandato de certidumbre para el legislador a quien se le exige el mayor grado posible de precisión en la determinación de las infracciones y sanciones. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 219. El autor sostiene que, bajo una interpretación rígida, la reserva de ley ordinaria nos llevaría a concluir una posibilidad absoluta de remitir a norma de rango inferior los elementos propios de la materia sancionadora, tal y como sucede en el Derecho Penal. Pero en el Derecho Administrativo Sancionador se admite cierta flexibilidad.

¹⁸⁸ Véase MEJÍA, Henry A., *Manual de Derecho Administrativo*, San Salvador, Editorial Cuscatleca, 2014, p. 287. Al referirse al caso salvadoreño y concretamente a la colaboración de las ordenanzas municipales, el autor sostiene que si bien la jurisprudencia salvadoreña ha adoptado la corriente española, nuestro ordenamiento jurídico permite algunas variaciones, sobre todo en cuanto a que los reglamentos y las ordenanzas municipales puedan introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones y sanciones establecidas en la ley pero condicionadas a brindar mayores elementos al momento de imponer la sanción administrativa. Véase BAENA DE ALCÁZAR, M., *op. cit.* p. 61. Debemos precisar que no nos referimos a una habilitación general para decretar infracciones y sanciones. El Municipio, a través de ordenanzas, puede complementar lo que una ley genérica le habilite. En tal sentido, será la ley en sentido formal quien deberá realizar la descripción genérica de las conductas sancionables y fijar las clases y cuantías de las sanciones, pudiendo delegar al Municipio la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas. Es decir, la potestad normativa del Municipio en materia sancionadora de gozar de cobertura legal.

¹⁸⁹ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 14-XII-2004, dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 17-2003. La SCN explica este fenómeno jurídico así: "(...) el art. 14 CN. confiere facultad a la autoridad administrativa para que pueda sancionar, siguiendo el procedimiento correspondiente, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa. En su orden, el Código Municipal que es un cuerpo normativo que pretende desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, funcionamiento, y ejercicio de las facultades autónomas de los municipios, en el art. 126 dispone la potestad sancionadora de la administración municipal, para que pueda

En el Ordenamiento Jurídico español, esta teoría fue originalmente adoptada por el Art. 129.3 de la Ley 30/1992 que aceptaba la introducción vía reglamentaria de “*especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente*” pero inmediatamente aclaraba que estas no podrán constituir nuevas infracciones o sanciones. La nueva Ley 40/2015, en su Art. 27.1 aclara: “*Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril*”.

En El Salvador no contamos con una disposición general de este tipo, pero es común que las leyes sectoriales remitan la función a otras normas jurídicas de menor jerarquía¹⁹⁰. Por su parte, la SCA ha manifestado que las infracciones y sanciones no pueden fundamentarse meramente en una norma de carácter reglamentario, sin la cobertura de una ley formal, pero acepta que la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las disposiciones legales se remitan a normas reglamentarias subordinadas a la ley¹⁹¹.

imponer sanciones de arresto, multa, comiso y clausura por infracción a las disposiciones de las mismas. Entonces al hablar de la potestad sancionadora de la administración municipal debe traerse a colación la capacidad para imponer las sanciones legalmente previstas a conductas también previamente tipificadas en la ley; sin que ello implique la posibilidad –en términos mucho más amplios– de crear o definir por sí misma las sanciones que ha de aplicar y las conductas que pretende castigar. 2. Este último aspecto ha de ser comprendido en el sentido que la actuación de la administración será constitucionalmente legítima en la medida que exista la suficiente cobertura de una ley que la habilite a sancionar. De manera que, si la administración municipal pretende dictar una Ordenanza en materia sancionadora, debe sujetarse a la regulación esencial que haya predeterminado en todo caso el legislador, de manera que, la actuación de la misma se halle lo suficientemente amparada en el texto de la ley”.

¹⁹⁰ Véase como ejemplo la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, D.L. N° 551, de 27-IX-2001, D.O. N° 204, Tomo N° 353, de 29-X-2001. Art. 2.- “*Constituyen infracciones aduaneras, las conductas previstas en esta ley, que consisten en acciones u omisiones que infringen las normas aduaneras, acuerdos, convenios, tratados y otros instrumentos en materia de comercio y las demás que regulen el ingreso y salida de mercancías del territorio nacional*”. La norma citada constituye una muestra del error que comete el legislador de forma recurrente: en su intención de no dejar por fuera ningún tipo de conducta, establece estos tipos penales “*en blanco*” pero sin establecer con claridad los elementos del tipo o las sanciones a imponer. Esta situación contradice la consagración que del principio de legalidad en su manifestación de reserva de ley realiza este cuerpo normativo en su Art. 1 bajo la siguiente redacción: “*Principio de tipicidad, con base en el cual, únicamente constituyen infracciones aduaneras sancionables por la presente ley, aquellas conductas calificadas específicamente como tales por la misma, a las que se les hubiera asignado su respectiva sanción*”. Véase también Art. 40 LSRSF. Omitimos la transcripción de dicha norma por su longitud, pero resulta ser el caso paradigmático de remisión a normas reglamentarias de forma abierta. Cuando esto sucede, en realidad no existe cobertura legal porque la ley no determina los parámetros de las conductas ilícitas y sus respectivas sanciones. Más bien, permite que “*cualquier disposición normativa*” en sí misma considerada sea un tipo sancionatorio independiente, lo cual vulnera, por un lado, la reserva de ley porque permite que sean normas terciarias las que materialmente creen infracciones, y por el otro, el principio de taxatividad como en breve explicaremos.

¹⁹¹ Véase Sentencia dictada por la SCA de 17-XII-2010, proceso bajo referencia 144-2005. Sostiene la SCA que “*(...) la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora resulta válida cuando en la ley que le sirva de cobertura queden suficientemente determinados los límites de dicha facultad*”. En el mismo sentido

Ahora bien, esta remisión al reglamento no puede ser llana. La Ley (y solo ésta) debe delimitar los criterios para determinar la gravedad de la infracción, los elementos descriptivos y normativos del ilícito así como los criterios de la sanción que corresponde¹⁹².

Sucede que en nuestro ordenamiento jurídico también es común encontrar normas reglamentarias que exceden el contenido de la ley que tipifica infracciones administrativas. Como ejemplo de estudio citamos el Art. 62 del Reglamento General de la Bolsa de Productos y Servicios de El Salvador. Este cuerpo normativo desarrolla la Ley de Bolsas y Productos¹⁹³. Concretamente los Art. 23 y 36 de dicha ley establecen como infracción “*Registrar o negociar operaciones simuladas o fraudulentas*”. Por su parte, el Art. 62 del Reglamento General califica esta conducta como “*mu y grave*”.

Al conocer de un caso sobre negociación de operaciones simuladas, la Bolsa de Productos y Servicios de El Salvador sostuvo que esa agravación vía reglamento sobre el desvalor asignado a la conducta típica viola el principio de reserva de ley. Por ello, se apartó de su aplicación al juzgar el caso. Al conocer en apelación sobre dicho punto, el Superintendente del

véase STC 83/1990, de 4 de mayo. El TC ha manifestado que el Art. 25.1 CE se quebrantaría si la norma reglamentaria “*careciera de toda base legal o se adoptará en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio en lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos como a la regulación de sus correspondientes sanciones*”. Véase también STC 132/2001, de 8 de junio: “*desde la STC 42 de 1987, de 7 de abril, viene declarando este Tribunal que el Art. 25.1 CE proscribiera toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio. (...) Con una forma más directa dijimos en la STC 305/1991, de 25 de octubre que el Art. 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracciones administrativas y las sanciones que le sean de aplicación, que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley.*”

¹⁹² Véase NIETO, Alejandro., *op. cit.* p. 227. Al referirse a los límites de la colaboración reglamentaria y las leyes penales en blanco, el autor señala que este concepto no equivale a un “cheque en blanco”, sino a la existencia de una ley incompleta o una ley de remisión que deliberadamente encomienda al reglamento la tarea de completarle indicándole cómo hacerlo. Sostiene el autor que “*(...) el Reglamento no supe los olvidos de la ley sino que completa lo que esta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado. De ahí que se hable de colaboración y no de sustitución*”. Fuera de esos linderos, una ley penal en blanco devendría en inconstitucional por inobservar la reserva de ley. En el mismo sentido, véase RUBIO CORREA, M., “Principios esenciales de interpretación constitucional” publicado en AA. VV. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010, pp. 71-254. Véase también MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.* p. 76. La razón que justifica la utilización de normas penales en blanco es la complejidad técnica de las materias que se regulan y su vinculación al área cambiante que impide que el legislador pueda regular de forma eficiente los tipos penales. Con todo, la utilización de normas penales en blanco no es exclusiva del Derecho Administrativo Sancionador quien, como casi la totalidad de su dogmática, ha exportado esta técnica del Derecho Penal. Véase OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 135. El autor identifica el concepto de leyes penales incompletas como el hecho de que siempre se debe poner a la norma en relación con otras para determinar totalmente el contenido del supuesto de hecho y de la sanción penal. En cambio, el fenómeno de la ley penal en blanco alude a la situación propia de la estructura de la norma penal que se remite a otra para completar el supuesto de hecho.

¹⁹³ Véase D.L. N° 33 de 19-VI-1997, D.O. 144, Tomo N° 336 de 8-VIII-1997.

Sistema Financiero manifestó que el Reglamento excedía los límites de la Ley de Bolsas de Productos y Servicios al agravar una infracción que la ley tipificó bajo la modalidad “simple” y por ello consideró “*atentatorio los al principio de legalidad y reserva de ley (sic), la agravación de las infracciones así como la determinación de las sanciones por medio de un reglamento*”¹⁹⁴.

Por nuestra parte, consideramos acertado el criterio expresado primigeniamente por las autoridades de la Bolsa de Productos y Servicios de El Salvador y luego ratificado por el Superintendente del Sistema Financiero. Sin duda, la modificación de los tipos de infracciones o la graduación de su desvalor vía reglamentaria constituye un exceso que vulnera el principio de legalidad en cuanto a su contenido de reserva de ley.

En conclusión, se acepta la colaboración reglamentaria a la Ley en materia administrativa sancionadora¹⁹⁵, pero esto no releva al legislador de la obligación de determinar los elementos básicos de la infracción y la naturaleza y límites de la sanción a imponer¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Véase resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en proceso bajo referencia AP/01-2014, de 23-V-2014.

¹⁹⁵ Véase MESTRE DELGADO, J., “Principio de legalidad”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Lustel, 2010, p. 733-740. Para el autor, esta garantía impide la deslegalización de la materia sancionadora, aunque reconoce que su vigencia en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador es relativa, por lo que es admisible la colaboración reglamentaria. Esto vuelve imprescindible que se respeten los requisitos y límites impuestos con base en la garantía formal del derecho fundamental a la legalidad de las infracciones y sanciones administrativas. Véase también GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 128. A esta postura se le antepone otra catalogada como “más realista”. Si partimos de la base de que lo ideal no es siempre posible e, incluso, ni siquiera razonable, se admite que la tipificación se haga en una “norma con rango de ley” y/o mediante remisión a reglamentos. Hasta el momento, esta teoría no ha sido acogida con mucho entusiasmo. Tal es así que el Art. 27.1 de la citada Ley 40/2015 española (y antes, el Art. 129 LRJPA) exige que las infracciones administrativas sean instauradas por Ley, entendiendo ésta en su sentido formal. En el mismo sentido véase CAMACHO CEPEDA, G., “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado” publicado en AA. VV. *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 241-276. Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 163. Nieto se abona a esta teoría destacando los inconvenientes de extrapolar al Derecho Administrativo Sancionador la reserva de ley en el sentido que se aplica en el Derecho Penal. Para sustentar su tesis sostiene que (i) se confunde el papel del juez y de la Administración al esperar que ambos actúen de la misma manera, es decir, como meros aplicadores del Derecho. Esto a pesar de que la Administración también juega su papel de gestión de intereses generales; (ii) porque a diferencia de los delitos, las infracciones administrativas no son un conjunto de desvalores, sino que derivan necesariamente de los valores perseguidos por la actividad administrativa. En función de ella, se reducen o se aumentan; y (iii) porque las infracciones administrativas crecen indefinidamente como consecuencia de la expansión de la gestión administrativa de la que derivan. Por nuestra parte, consideramos que el fenómeno despenalizador o corriente de Derecho Penal mínimo potenciará, tarde o temprano, la predominancia de esta corriente. Sin embargo, debemos reflexionar sobre las consecuencias de degradar la reserva de ley en favor de una Administración Pública que aún no se muestra madura y que carece en la mayoría de los casos de la capacidad técnica para ejercerla.

¹⁹⁶ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.* p. 136-137. Los autores critican que para el establecimiento de las infracciones graves y muy graves debió haberse evitado la técnica de la habilitación legal, por lo que exigen la aplicación del principio legal en un sentido riguroso similar al Derecho Penal: “*Resulta incomprensible que, si se acepta la identidad sustancial entre infracciones administrativas y penales,*

8. Principio de taxatividad: nulla poena sine lege certa

El principio de taxatividad (o tipicidad) exige que el comportamiento ilícito y su sanción sean descritos de forma clara e inequívoca¹⁹⁷. Ello con el objetivo de que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas que pudiesen derivar de su conducta. Se trata de garantizar la seguridad jurídica de los administrados¹⁹⁸.

A diferencia de la reserva de ley que alude al rango de la norma que tipifica la infracción y el castigo, el mandato de tipificación vuelca su contenido en las características de dicha norma sobre la formulación del supuesto de hecho que da paso al castigo. El principio de taxatividad tiene un fundamento distinto al de reserva de ley, a tal grado que la norma puede cumplir con uno,

se diferencie en cuanto a las garantías propias de unas y otras". GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 129. No obstante, debe tomarse en cuenta que la realidad misma obliga a utilizar una técnica tipificadora distinta en uno y otro ámbito. En el Derecho Administrativo Sancionador, la tipificación adopta una forma indirecta en la cual la ley busca la colaboración reglamentaria para complementar los tipos que ella boceta porque, además, al existir una norma sustantiva previa (de carácter legal o reglamentaria), la regulación de la infracción y su correspondiente castigo se remite a ella de forma específica.

¹⁹⁷ Véase MESTRE DELGADO, J., "Principio de tipicidad", en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Lustel, 2010. p. 757-762. El principio de tipicidad hace referencia al grado de predeterminación normativa de las conductas típicas y sus sanciones. Por ello, constituye un reflejo del derecho fundamental de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas. En el mismo sentido véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.*, p. 159, y FERRERES COMELLA, V., *op. cit.* p. 21. Para el autor, la razón de ser de esta exigencia de precisión se afina en la necesidad de proteger la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del Derecho. Ello porque solo si el Derecho sancionador está precisado con claridad, los ciudadanos podrán conocer con exactitud los comportamientos prohibidos y sus castigos. En consecuencia, solo si el Derecho sancionador es preciso, los órganos encargados de ejercerlo contarán con la legitimación necesaria.

¹⁹⁸ Véase sentencia de Amparo dictada por la SCN de la CSJ de 21-VII-1998, en proceso bajo referencia 62-97. Sobre la base al artículo 2 de la CN. la Sala ha caracterizado a la Seguridad Jurídica como un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado, pero entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida. Véase también sentencia de Amparo dictada por la SCN de la CSJ de 07-XI-2008, en proceso bajo referencia 103-2006. "Considerando desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público". Véase la citada sentencia de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003. Sobre su aplicación específicamente en el área del establecimiento de las penas, la SCN ha manifestado que existe "intima relación entre el principio de legalidad y el valor seguridad jurídica, pues, el primero es una derivación lógica del segundo. Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos y de las penas con que se penaliza su realización, se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la letra de la ley, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas".

pero no con el otro: la norma reglamentaria puede contener una mejor construcción típica que una norma con rango de ley formal¹⁹⁹.

El principio de taxatividad constituye, por tanto, un aspecto material del principio de legalidad y detenta alcances absolutos, pues obliga al legislador a determinar normativamente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en el ámbito administrativo sancionador²⁰⁰.

¹⁹⁹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 95. Véase también STS de 20 de diciembre de 1989: “Los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*”. En el mismo sentido véase CANO CAMPOS, T. *Las sanciones de tráfico*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 131; FERRERES COMELLA, V., *op. cit.* p. 25.

²⁰⁰ Véase sentencias emitidas por la SCA de la CSJ de 5-IX-2016, en proceso bajo referencia 48-2010 y de 27-VII-2016, Ref.266-2007. En la primera, la SCA analizó la constitucionalidad del Art. 37 Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero y en la segunda sentencia examinó la aplicación del ya derogado Art. 44 Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores (LOSV). Ambas normas tipifican infracciones administrativas de manera abierta. Citamos como ejemplo el mencionado Art. 44 LOSV que expresa. “Las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurran en infracciones a las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan, o les sean aplicables en la esfera de su competencia o incumplan las resoluciones e instrucciones que les imparta la Superintendencia dentro de sus facultades legales, estarán sujetas a la imposición de multas hasta del dos por ciento sobre el capital y de las reservas de capital de la respectiva entidad; sin perjuicio de las sanciones establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios”. La SCA sostuvo de manera general, que la aplicación de normas que tipifiquen conductas mediante el uso de cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, no debe realizarse, porque contraviene el principio de tipicidad, y por consiguiente, los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 1 y 86 de la Constitución. Luego, al analizar de manera concreta el Art. 44 citado, la SCN concluyó que éste “(...) no describe un comportamiento objetivo o verificable que pueda adecuarse o subsumirse en ella. Tal enunciado solo establece una calificación que puede ser atribuida mediante una declaración del órgano sancionador en el procedimiento respectivo. En este sentido, la referencia que se realiza, por defecto o por exclusión, a otro tipo de infracciones administrativas (incumplimiento de Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que rijan o sean aplicables, o incumplimiento de las instrucciones u órdenes) no basta, pues aunque estas infracciones sí incluyan supuestos tácticos específicos, legalmente definidos, el conjunto remanente de conductas susceptibles de ser calificadas o valoradas como infracciones es demasiado indeterminado, hasta el punto de que su extensión depende del criterio de aplicación del órgano competente. La expresión “que incurran en infracciones a las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan, o les sean aplicables en la esfera de su competencia o incumplan las resoluciones e instrucciones que les imparta la Superintendencia dentro de sus facultades legales” del artículo 44 de la LOSV, no tipifica ninguna conducta, pues se trata de una definición puramente formal o aparente, similar a un círculo vicioso, en la que se presenta como elemento básico de una descripción radica lo que en realidad es una calificación normativa imprecisa y carente de la descripción conductual exigida por el principio de tipicidad. Además, la mencionada disposición contiene una remisión normativa difusa o excesivamente indeterminada [“que incurran en infracciones a las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan, o les sean aplicables en la esfera de su competencia”] que en la práctica sustituye la debida previsión normativa del tipo sancionador, por el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación”. Véase también STC 242/2005, de 10 de octubre. El TC expone: “La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. En el mismo sentido véase también STC 129/2006, de 24 de abril.

Debemos acotar que este principio no se vulnera por la existencia de normas sancionadoras incompletas como las leyes punitivas en blanco²⁰¹. Como lo ha expuesto el TC en su STC 118/1992 de 16 de septiembre, la conducta típica no debe necesariamente estar contenida de forma exhaustiva y acabada en la ley. Se valida la constitucionalidad de normas penales en las que la descripción de la conducta o la sanción no se encuentre agotada, siendo necesario acudir, para su integración, a otra norma distinta, a condición de que (i) la remisión normativa sea expresa y justificada en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y (ii) que la ley, además de señalar la pena, establezca el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza²⁰².

²⁰¹ Véase Sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 5-VI-2009, Inc. 108-2007. La SCN define la “ley penal en blanco” como “(...) aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualesquiera que sean el origen y ubicación de esta última”. Véase HIDALGO CUADRA, R. *op. cit.* pp. 639-734. Nos encontramos frente a una norma sancionadora en blanco cuando no existe una remisión pura, sino que se establece el castigo en relación a un mandato –positivo o negativo- cuyo contenido se encuentra determinado por una norma que no es sancionadora, de manera tal que la descripción de la acción ilícita debe derivarse de la orden o prohibición y de lo que a su vez exige la norma no sancionadora.

²⁰² Véase STC 118/1992 de 16 de septiembre. El Tribunal también acota: “(...) ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. En el mismo sentido véase STC 127/1990 de 5 de julio. Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 9-X-2007, Inc. 27-2006. La SCN explica que este tipo de normas conlleva “la remisión a una disposición diferente a la penal, que puede ser del mismo rango normativo (normas penales en blanco impropias) o de uno inferior (normas penales en blanco propias). En cuanto a las segundas, éstas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al Legislativo y de inferior jerarquía (disposición reglamentaria, ordenanza, acto administrativo, etc.)”. La SCN también reconoce que un amplio sector doctrinario puja “por la necesidad de hacer uso de esta técnica legislativa al existir sectores sociales altamente dinámicos (medio ambiente, salud pública, comercio exterior, seguridad vial, entre otros), y cuya ordenación jurídica debe adecuarse con celeridad a tal realidad. Pero también, la proliferación en los estatutos punitivos dan lugar a una serie de desventajas como son: (i) la excesiva indeterminación de la conducta típica con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y la función preventivo-general que la norma aporta a los ciudadanos; (ii) las dificultades que entrañan al aplicador del Derecho Penal en la tarea interpretativa, pues le obligan a remitirse a ámbitos jurídicos o que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho; además de encontrarse con la discordancia relativa al alcance y contenido de ambos tipos de normas; y, por último, (iii) quizás el problema más importante relativo a las leyes penales en blanco propias, cuando el complemento de la norma penal constituye una disposición emanada de una autoridad diferente al Legislativo, y que suele ser regularmente de inferior jerarquía, lo cual pudiera constituir una infracción al principio constitucional de la división de poderes dentro del marco del Estado Constitucional”. Véase también FERRERES COMELLA, V., *op. cit.* p. 42. Luego de analizar los costes que conlleva para la eficacia y la justicia, el autor sostiene que la precisión que se exige al Derecho en virtud del principio de taxatividad no es absoluta. En tal sentido, es aceptable (e inevitable) un cierto margen de indeterminación para evitar el riesgo de dejar fuera del ámbito sancionador conductas que merecen ser castigadas y el riesgo inverso de incluir en dicho ámbito conductas que merecen ser excluidas.

Un sector de la Administración Pública salvadoreña se ha pronunciado sobre la falta de claridad de los términos utilizados para describir los tipos sancionatorios, en el sentido que, aunque no estima su falta de operatividad, sí requiere que la imposición de sanciones bajo estas circunstancias sea precedida de la motivación suficiente para determinar el contenido de estos términos. Citamos para el caso la resolución CA-4-2013 de 13-I-2014 pronunciada por el CASF. El Comité conoció en apelación de la sanción impuesta por la SSF a un banco por el incumplimiento a los Art. 25, 70 y 239 de la Ley de Bancos en relación al Art. 44 de la Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero que establece precisamente que constituyen infracciones las violaciones a la Ley de Bancos. El hecho sancionado fue la interrupción de los servicios bancarios por la caída de los sistemas electrónicos, lo cual fue provocado por una interrupción eléctrica²⁰³.

A juicio del recurrente, las disposiciones de la Ley de Bancos invocadas no podían ser objeto de incumplimiento (Art. 239 Ley de Banco) o bien, los hechos no se adecuaban a la descripción típica (Art. 25 y 70 Ley de Bancos). Concretamente, esta aseveración radica en que el Art. 239 de la Ley de Bancos únicamente establece la potestad sancionadora del ente regulador. Por su parte, el Art. 70 de la Ley de Bancos manda a las instituciones a prestar los servicios de conformidad a la ley, con apego a sanas prácticas y a que propicien la seguridad de las operaciones. Y finalmente, el Art. 25 Ley de Bancos prohíbe a los bancos interrumpir sus servicios de forma deliberada sin contar con la autorización de la SSF²⁰⁴.

²⁰³ Véase CUETO PÉREZ, M., “Los principios de la potestad sancionadora de las administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad” publicado en AA. VV. *Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp.95-118. Estamos frente a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para la construcción típica de la infracción. Esto, en principio, es aceptado pero a condición de la que norma jurídica que contiene el concepto jurídico indeterminado brinde criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan al destinatario de la norma (sujeto pasivo de la infracción) las características primarias de la conducta prohibida. Por ende, no puede quedar margen para una decisión arbitraria del aplicador de la norma sobre los elementos integrantes del tipo. Esto no se cumple con normas excesivamente abiertas, vagas o indefinidas. Este es el criterio expresado por el TC en su STC 293/2006 de 10 de octubre.

²⁰⁴ Véase CASARES MARCOS, A., *op. cit.* p. 121. El principio de tipicidad y determinación de la infracción administrativa exige al legislador rigor, certeza y concreción en la determinación de las infracciones administrativas, pero, sobre todo, de los elementos básicos del tipo. En casos como los que se estudia, el cumplimiento o incumplimiento de este mandato no puede evaluarse sin considerar las condiciones subjetivas del ente obligado por la norma. Las instituciones financieras son profesionales del mercado que conocen las vicisitudes del negocio y todas las normas jurídicas que le regulan. Por ello, conceptos como “sanas prácticas” o “seguridad de las operaciones” deben entenderse dentro de ese contexto. Véase STS de 21 de marzo de 2006. El TS acota exigencia desde los linderos de la seguridad jurídica y a la posibilidad de que el administrado pueda o no conocer la ilicitud de su acción. Es decir, que pueda saber qué está prohibido y qué castigo merece inobservar la prohibición. El TS exige la oportunidad de que exista “(...) *comprensión razonable de las mismas (normas) que la jurisprudencia constitucional ha situado en tres vertientes: a) la semántica; la metodológica; c) la axiológica*”. En el caso que nos ocupa, el problema señalado radica en la inexistencia misma de una infracción en tanto las normas jurídicas invocadas como trasgredidas por la SSF no eran susceptibles de ser violadas por el administrado.

Para justificar su decisión de castigar al administrado, el SSF, luego de aceptar dejar de lado los Art. 25 y 239 Ley de Bancos, estableció que la sanción fue impuesta por el incumplimiento del Art. 70 Ley de Bancos, el cual, conforme su interpretación, alude a medidas de seguridad de las operaciones bancarias en el sentido que al presentarse una falla o suspensión de servicios se cuente con los planes efectivos de continuidad de negocios.

Al conocer el asunto, el CASF sostuvo que el Art. 70 Ley de Bancos impone a las instituciones las obligaciones de (i) propiciar la seguridad de las operaciones; y (ii) procurar adecuada atención a los usuarios. Pero reflexionó que la falta de precisión sobre qué debe entenderse por “seguridad de las operaciones” obligaba a la SSF a motivar su decisión de forma más rigurosa para que le fuese posible establecer con precisión los alcances de dicha expresión. Además, agregó que los hechos sancionados podrían dar paso a incumplimientos contractuales y no legales²⁰⁵, lo cual los aleja de la descripción típica prevista por la norma. Por ello, procedió a revocar la sanción impuesta por considerar que existió una violación al principio de tipicidad²⁰⁶.

En El Salvador, existen casos de normas incompletas cuya remisión no se dirige hacia una norma de carácter general. Por el contrario, encarga la determinación de su contenido al mismísimo aplicador de la norma administrativa sancionadora.

²⁰⁵ Véase CASTRO LORIA, J., *op. cit.*, p. 163. La derivación lógica de la tipicidad es que no puede existir sanción sin previa infracción. De igual manera, no puede existir infracción sin tipificación específica. Así, el juicio de tipicidad sirve para determinar en un primer momento si los hechos investigados se ajustan a la descripción típica, pero también para ponderar si las normas administrativas reputadas como vulneradas son susceptibles de ser incumplidas o si contienen al menos la descripción típica de una infracción. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho...*, *op. cit.* p. 185. Desde una perspectiva más radical en cuanto a la aplicación del principio, los autores entienden su vigencia de la siguiente manera: “La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (*lex certa*)”.

²⁰⁶ Véase sentencia de 21-IX-2009, dictada por la SCA en proceso bajo referencia 281-C-2002 La SCA expresa que este principio demanda al legislador que plasme explícitamente en la norma las acciones u omisiones considerados infracciones y su correspondiente consecuencia jurídica. Sobre esta concepción, la SCA estima que el principio puede verse inobservado, entre otras, por las siguientes circunstancias: “(...) en primer lugar, que el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento se asemeje en mayor o menor medida a un tipo punitivo preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente. En segundo lugar, e igual consecuencia amerita, cuando la norma tipificadora del comportamiento infractor exista, pero como consecuencia de la falta de agotamiento de los plazos de vacatio legis, la misma aún no haya entrado en vigor en el momento de consumarse el ilícito. En tercer lugar, la falta de tipificación de una determinada acción u omisión desemboca igualmente en la imposibilidad de sancionar”.

Uno de estos casos lo constituye el artículo 12-A inciso 1º de la LPC que regula las comisiones que el proveedor puede cobrar al consumidor, para lo cual debe de cumplir tres condiciones: 1) que estén identificadas y descritas en el contrato, 2) que correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor, y 3) que no sea inherente al producto o servicio contratado por el consumidor.

El referido inciso permite el cobro de comisiones que cumplan con las condiciones descritas, pero al mismo tiempo esconde una prohibición de cobro y amenaza de sanción si no se cumplen tales condiciones. Este inciso relacionado con el artículo 44, letra d) de la LPC²⁰⁷, configura en conjunto una norma que tipifica una infracción administrativa con su consecuente sanción²⁰⁸. Así, el proveedor que cobrara comisiones que no estén identificadas y descritas en los contratos, que no correspondan a un servicio adicional efectivamente prestado por el proveedor o que sean inherentes al producto o servicio contratado por el consumidor, caería en la infracción señalada por el artículo mencionado y sería sancionado²⁰⁹.

Tomando como parámetro de control el principio de taxatividad o *lex certa*, podemos aseverar que la conducta típica contenida en el Art. 12-A inciso 1º LPC en relación al Art. 44 letra d) LPC es excesivamente imprecisa. Ello porque utiliza conceptos vagos e indeterminables.

Ejemplo de ello es el uso del adjetivo “*inherente*” para referirse a aquellos servicios que no podrán ser cobrados mediante comisiones a partir de la norma bajo estudio. En el inciso segundo de la disposición en comento, el legislador trató de delimitar qué se entenderá por “*servicio inherente*” y estableció que sería aquel “*que es necesario para la efectiva prestación del objeto o*”

²⁰⁷ Véase Art. 44 LPC. “*Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: d) Cobrar intereses, comisiones o recargos en contravención a las disposiciones de esta ley y demás aplicables al consumo de bienes o prestación de servicios*”.

²⁰⁸ Véase la citada sentencia de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003. La configuración normativa del injusto administrativo suele estar conformada por una o varias disposiciones legales, de cuya integración se extrae la norma penal como pauta de conducta que prohíbe u obliga al destinatario: “*Toda norma penal, no sólo sanciona, sino que además lleva implícita una prohibición hacia los ciudadanos, para que se abstengan de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, son dañosas en gravedad*”. Véase sentencia de inconstitucionalidad de 9-IV-2014, dictada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 176-2013. Sobre la distinción entre disposición y norma jurídica la distinción entre, la SCN entiende “*(...) por disposiciones los enunciados lingüísticos prescriptivos producidos por los entes con potestades normativas, mientras que las normas son los mandatos jurídicos que se derivan de la interpretación de las primeras*”.

²⁰⁹ Véase sentencia de 21-IX-2009, dictada por la SCA en proceso bajo referencia 281-C-2002. En la labor de formulación de infracciones, el legislador debe tener especial cuidado, ya que como lo ha establecido la SCA, el Principio de Legalidad de la pena exige ciertos requisitos a los cuales ya hemos hecho alusión, a saber: 1. *Lex praevia*, que implica la prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras; 2. *Lex scripta*, que excluye la costumbre como posible fuente de delitos (infracciones) y penas (sanciones) e indica que la norma jurídica tiene categoría de ley cuando emana del Órgano Legislativo; y 3. *Lex stricta*, exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas. Este último es también conocido como *lex certa*.

finalidad del contrato". Esta supuesta definición de servicio inherente creada por el legislador es "incorrecta por incompleta" por definirlo a través de un sinónimo²¹⁰.

Bajo la situación planteada, será el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor el que tenga la dura labor de aplicar la norma plagada de conceptos jurídicos indeterminados. Es decir, será este el que en definitiva determine qué es eso a lo que el legislador se refirió como un "servicio adicional efectivamente prestado" e "inherente al producto". Pero ni el Tribunal Sancionador ni los proveedores destinatarios de la norma tendrán pautas objetivas para entender cuál es la prohibición²¹¹.

La SCN ha conocido sobre este vicio del Art. 12-A LPC en proceso de inconstitucionalidad bajo referencia 94-2015, donde emitió resolución de improcedencia de 26-X-2015. En esa resolución, la SCN señaló que la utilización de conceptos abiertos no contraviene el principio de legalidad siempre que estos permitan al aplicador de la norma "(...) *un margen de interpretación objetivamente determinable mediante pautas objetivas, repetibles y técnico jurídicas (...)*". Por ello estimó que el uso del concepto "servicios inherentes" "(...) *requerirá en cada caso de una labor mental y racional del ente sancionador que deberá justificar argumentativamente en las resoluciones respectivas (...)*"²¹². En consecuencia, declaró improcedente la demanda.

²¹⁰ Véase ROBLES FARÍAS, D. "La relación jurídica obligatoria (El actual concepto de Obligación Jurídica)" publicado en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2001, No. 31, p. 504. El legislador, consciente de que utilizaba un concepto demasiado vago como "inherente" recurrió a la técnica de la definición legal, pero creó una definición que viola el principio lógico de que lo definido no debe entrar en la definición porque utilizó el sinónimo "necesario" para definir inherente. El autor explica este error en el que se incurre al tratar de definir un término. haciendo relación a las definiciones de obligación: "la mayoría de ellos define a la obligación con un sinónimo: la necesidad jurídica, por lo que consideramos que sus conceptos son incorrectos por incompletos y porque violan el principio lógico de que lo definido no debe entrar en la definición. Sería tanto como pretender señalar al hombre como "humano racional", siendo que hombre y humano son sinónimos. Como ya indicamos, una definición correcta es la que establece de género próximo y la diferencia última del concepto que se pretende conocer. Las definiciones que se comentan no expresan ese género próximo, por lo tanto deben ser consideradas como erróneas"

²¹¹ Véase ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 169. La exigencia de *lex certa* tiene varias justificaciones. Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se puede recurrir. Además, es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer la interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del Órgano Legislativo. No puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

²¹² Véase resolución de improcedencia de 26-X-2015, en proceso de inconstitucionalidad bajo referencia 94-2015. Pese a lo expuesto por la SCN, no podemos dejar de señalar que los proveedores van a tener conocimiento cierto de que su conducta es considerada como típica y, por lo tanto, sancionable, hasta que dicho Tribunal haya emitido el correspondiente acto administrativo que le sancione. La utilización de estos conceptos excesivamente indeterminados llevará al TSDC a decidir cada caso concreto sobre la base de valoraciones subjetivas y tendrá que ingeniárselas para motivar su resolución, pero no se puede negar que su fundamentación estará cargada de valoraciones metajurídicas. Y es que, cada individuo tiene en su psique concepciones sumamente personales y subjetivas, y los miembros actuales y futuros del TSDC no escapan

Disentimos de las conclusiones de la SCN porque consideramos que la disposición no solo es excesivamente imprecisa²¹³ para el destinatario de la norma quien puede no reconocer lo que se le quiere prohibir, sino que también es excesivamente imprecisa para el Tribunal Sancionador. En todo caso, la determinación de lo que se considera servicio adicional efectivamente prestado e inherente al producto debe provenir de una norma de aplicación general, y no de un acto administrativo que determina situaciones particulares. Ello, porque se trata de la tipificación de una infracción administrativa.

Resulta verdaderamente preocupante la jurisprudencia examinada y sus consideraciones sobre el alcance del principio de taxatividad. Decimos esto porque al enunciar considerandos abstractos y doctrinarios, la SCN establece parámetros que luego inobserva en la solución de los casos concretos. Así, al establecer el contenido de la garantía²¹⁴, la SCN ha sostenido que el

de ello, por lo que las posibles “interpretaciones subjetivas” de estos conceptos apuntados llegan hasta el infinito. Sobre la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la formulación de infracciones, la SCA ya acotó que son incompatibles con la exigencia de *lex certa* aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad, dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles; en cualquier caso, son contrarios al art. 15 CN., los tipos formulados tan abiertamente que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces. Véase también STC 34/1996, de 11 de marzo. Esta es la línea que sigue la jurisprudencia STC en el sentido que esta garantía conlleva la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete o juzgador

²¹³ Véase HUERGO LORA, A., op. cit., pp. 366-367. “*el principio de legalidad también incluye un mandato de certidumbre (Bestimmtheitsgebot), de acuerdo con el cual la tipificación de las infracciones y de las sanciones -pero sobre todo de las primeras- debe hacerse con el mayor grado posible de precisión, a fin de que se cumpla la finalidad de la norma sancionadora, es decir, indicarle al ciudadano, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta que debe evitar para que no se le imponga la sanción prevista por la norma (...) En la tipificación de las infracciones y sanciones no basta que la Ley otorgue cobertura a la acción administrativa; la imposición de sanciones ha de ser un acto de aplicación de la Ley, no una actuación simplemente basada o apoyada en la Ley*”

²¹⁴ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 31-VIII-2015, pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia -2012. La SCN conoció sobre la legalidad del Art. 89 Ley de Medio Ambiente que establece como parámetro para la determinación de las multas “*salarios mínimos mensuales, equivaliendo cada salario mínimo mensual a treinta salarios mínimos diarios urbanos vigentes para la ciudad de San Salvador*”. La SCN declaró inconstitucional dicha norma por la inobservancia del principio de legalidad de la pena porque entendió que “*la categoría del salario mínimo diario urbano para la ciudad de San Salvador no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico, ya que no es uno de los parámetros desarrollados por medio de los Decretos Ejecutivos que fijan el salario mínimo de la nación*”. La SCN sostuvo que “*(...) existe una excesiva indeterminación de qué rubro económico debe ser tenido en cuenta para la integración de la sanción penal. Y origina un ámbito de discrecionalidad judicial difícilmente justificable, derivada de una defectuosa regulación de la materia, la cual pone en serio riesgo la aplicación efectiva del Derecho Administrativo Sancionador, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica en general. Distinto es el caso en el cual se indique, cuando menos, el sector productivo al que dicho salario mínimo sea aplicable, pues esto reduce la indeterminación, y proporciona un grado de certeza cuantificable según se trate del salario mínimo para trabajadores de la industria, comercio y servicios, maquila textil y confección o trabajadores agropecuarios, entre otros fijados por el Órgano Ejecutivo*”. Véase también ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 304-309. Podemos ponernos dramáticos y pensar en los posibles escenarios que puedan suscitarse al amparo del Art. 12-A inciso 1º LPC: ¿Qué pasaría ante el cambio del precedente administrativo pasando de considerar un cobro como ilícito a prohibido? Tal vez de forma inconsciente, el legislador salvadoreño ha equiparado el papel del juez (o autoridad administrativa) del sistema de Derecho Continental al de aquel que juega el juez en el *common law*. En el primero, el juez se

legislador incumple el principio de legalidad de la pena cuando crea normas que vulneran la Constitución “(...)” *ya sea porque no determina claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación; por lo tanto, el mandato contenido en el art. 15 CN exige del Órgano Legislativo definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones y el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad del procesado (...)*”. Pero como hemos visto, el Art. 12-A LPC que encomienda al TSDC determinar qué debe entenderse por el elemento de la tipicidad denominado “servicios inherentes”, dista mucho de cumplir con el citado Art. 15 CN.

Otro ejemplo de lo expuesto lo constituye la sentencia de inconstitucionalidad de 25-VII-2016, pronunciada en el proceso bajo referencia Inc. 85-2014²¹⁵. En ella la Sala conoció sobre la pretensión de inconstitucionalidad del Art. 26 inciso final Ley de Competencia²¹⁶. La norma citada habilita a la Superintendencia de Competencia a sancionar cuando estime “*la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de las enunciadas en el Título III de las Prácticas Anticompetitivas de esta Ley*”.

A todas las luces, la norma es inconstitucional en tanto habilita a la autoridad administrativa a castigar por hechos no previstos expresamente por la ley como infracciones. Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales ya citados de la SCN, es fácil concluir que en el Art. 26 inciso final Ley de Competencia, el legislador no determinó claramente la conducta reprochada, no definió claramente cuál es la sanción que debe imponerse ni los criterios que claramente permiten su determinación. El legislador inobservó el mandato contenido en el Art. 15 CN en tanto no estipuló de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas.

limita a aplicar la norma y en el segundo, el juez dicta la norma. Pero en el *common law*, se utiliza también la herramienta del “*prospective overruling*” de conformidad con la cual, la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso sometido a decisión, sino solo en relación a hechos que se verifiquen con posterioridad al precedente declarado con el *overruling*. Pero nosotros no contamos con esta regla en nuestro ordenamiento jurídico y difícilmente será aplicada. Entonces, el infractor así declarado será sancionado finalmente por una acción cuyo desvalor jurídico y consecuente castigo no conocía, lo que es igual a decir que no concurrirá dolo o culpa en su actuar. Pero será sancionado de todas formas.

²¹⁵ Véase CANO CAMPOS, T. *Las sanciones...* cit. p. 148.

²¹⁶ Véase Art. 26 Ley de Competencia: *Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes: (...) Así mismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de las enunciadas en el Título III de las Prácticas Anticompetitivas de esta Ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia”.*

Pero en lugar de expulsar dicha norma del ordenamiento jurídico, la SCN decidió interpretarla *conforme a la constitución*²¹⁷, bajo el argumento que el Art. 26 inciso final Ley de Competencia establece que se trata de prácticas anticompetitivas prohibidas. Por ende, la Sala entendió que este calificativo supone que tales comportamientos habían sido previamente vedados por un precepto normativo distinto de los consignados en el Título III de la Ley de Competencia²¹⁸.

La SCN pretende a vía de interpretación, que la norma evaluada diga lo que no dice. El precepto enjuiciado alude a “nuevas modalidades”. Es decir, a otras que no estén previamente establecidas en la ley. La pretendida interpretación conforme parte del supuesto que existen otras normas que establecen infracciones, lo cual es cierto. Pero precisamente por ello, no necesitamos otra norma que reitere las competencias a la Superintendencia de Competencia. Basta con afirmar lo obvio: que este ente administrativo es competente para sancionar cuando la ley le faculte. Por ello, no entendemos la necesidad de interpretar conforme una disposición que claramente contradice el Art. 15 CN.

9. Prohibición de analogía: *nulla poena sine lege stricta*

La interpretación analógica consiste en aplicar la solución legislativa prevista para un caso a otro de similares características para el cual no existe una solución expresa en el ordenamiento jurídico²¹⁹. Este método interpretativo encuentra su definición en el Art. 22 inciso 2º CC²²⁰, según

²¹⁷ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 12-XI-2010, pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia Inc. 40-2009. “Según dicha máxima hermenéutica, de entre los varios entendimientos posibles de una disposición –objeto de la interpretación–, debe escogerse para dar una solución jurídica al caso, la norma –resultado de la interpretación– que mejor se acomode a la Ley Suprema. Tal medida se fundamenta, tanto en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, como en el de supremacía constitucional, que se proyecta sobre las leyes, condicionando el sentido que cabe atribuirles”

²¹⁸ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 25-VII-2016, pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia Inc. 85-2014. La SCN sostiene: “(...) aunque se les denomine “nueva modalidad”, serán novedosas únicamente respecto de las prácticas anticompetitivas previstas en el aludido apartado legal, pero no en relación con todo el ordenamiento jurídico vigente al momento en que la Superintendencia realiza su análisis. Es decir, el supuesto contemplado por el objeto de control consiste en prácticas anticompetitivas que ya han sido prohibidas por otro precepto normativo, pero que difieren de las consignadas en el Título III de la Ley de Competencia, y por eso se las denomina nuevas; verbigracia, algún comportamiento vedado por otra ley o tratado, o, incluso, por la misma Ley de Competencia, pero no en su Título II”

²¹⁹ Véase CANO CAMPOS, T. *Las sanciones...* cit. p. 148. El autor define la interpretación analógica como un procedimiento argumentativo por medio del cual se utiliza la solución prevista para un caso para resolver otro distinto no regulado expresamente pero que comparte características semejantes esenciales. Manifiesta además que “No se trata de un procedimiento estrictamente lógico, sino axiológico o estimativo que requiere de valoraciones acerca de la existencia de la laguna, la semejanza o similitud entre los dos supuestos, la presencia de la ratio legis o identidad de razón, la decisión de que los casos similares deben ser tratados de igual forma (...)”.

²²⁰ Véase Código Civil D.L. de 23 de agosto de 1859, DO de 14 de abril de 1860.

el cual “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

En El Salvador, la interpretación analógica *in malam partem* de las normas sancionadoras se encuentra prohibida por mandato constitucional expreso (Art. 15CN). Dicha prohibición se replica en el ordenamiento secundario tanto en el Derecho Penal²²¹ (Art. 1 C Pn.) como en el Administrativo sancionador (Art. 2 Ley del Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos)²²².

La prohibición de la analogía *in malam partem* como método de interpretación de la norma sancionadora no se satisface con la utilización del método de interpretación gramatical o lingüística. Debido a la vaguedad de los términos utilizados por el legislador, será necesario también acudir a otros métodos de hermenéutica jurídica como el criterio teleológico para precisar si un hecho se encuentra contemplado como supuesto de hecho en la norma que tipifica la infracción²²³.

Un sector de la doctrina distingue entre analogía e interpretación extensiva de la norma²²⁴. Esta última supone la ampliación del significado literal de los conceptos utilizados por el legislador para hacerlos coincidir con la *ratio legis* de la misma. Por su parte, la analogía conlleva la aplicación de la norma a hechos no previstos por ella. En todo caso, debe decirse que la

²²¹ Véase sentencia de casación pronunciada por la SPN de 18-X-2006, en proceso bajo referencia: 61-CAS-2006. La SPN sostiene que “la exclusión de la interpretación analógica y extensiva en el Derecho penal material es una manifestación del principio de legalidad, en cuya virtud la aplicación del precepto penal debe tener por condición y por límites las palabras expresas de la ley”.

²²² Véase Art. 25.1 CE. En el caso español, la CE no recoge expresamente dicha prohibición, por lo que ha sido la jurisprudencia la encargada de incorporarle a la norma fundamental. Véase STC 75/1984. El TC sostiene que “el principio de legalidad penal y el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito o falta según la legislación vigente, consagrado en el Art. 25.1 de la Constitución, no toleran la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se puedan anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles” para luego concluir que estas consideraciones también son aplicables a las infracciones y sanciones administrativas. En igual sentido véase STC 56/1998 de 16 de marzo. Por su parte, el Art. 129.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC sí contempla de forma expresa la prohibición de analogía.

²²³ Véase PEREZ NIETO, R. y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op cit.* p. 134. Los autores resaltan que aun y cuando el criterio gramatical o lingüístico sirve de límite de la interpretación constitucionalmente legítima, este resulta insuficiente cuando el precepto legal adolece de claridad y univocidad. Por ello destacan la utilización de otros métodos de interpretación jurídica, como el teleológico, sin que por ello deba entenderse que nos encontramos frente a una interpretación analógica de la norma.

²²⁴ Véase CANO CAMPOS, T. “Analogía e interpretación extensiva” en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel, 2010, p.104-119. El autor señala la dificultad que conlleva distinguir entre analogía e interpretación extensiva, al grado que señala dicho ejercicio como un fracaso. Señala que la tesis que prima es la no diferenciación y prohibición de la figura “(...) de modo que se habla de interpretación prohibida <que incluiría la interpretación extensiva y analogía> y de interpretación admisible”.

jurisprudencia²²⁵ y la doctrina²²⁶ han considerado inadmisibles ambos métodos de interpretación en el ámbito del *ius puniendi* del Estado, salvo que sus efectos sean *in bonam partem*²²⁷.

La SCA conoció del caso de una multa interpuesta por el TSDC en contra de un banco del sistema financiero²²⁸. Este publicó en un diario de circulación nacional un aviso por medio del cual solicitaba a determinada persona que se comunicara urgentemente para solucionar asuntos financieros pendientes. Esta conducta fue catalogada como una práctica indebida por el TSDC de conformidad con el Art. 18 letra) LPC y le sancionó mediante la aplicación del Art. 44 letra e) LPC. Para el TSDC la acción del proveedor encajaba en el supuesto típico descrito como “*Realizar gestiones de cobro difamatorias o injuriantes en perjuicio del deudor y su familia, así como la utilización de medidas de coacción físicas o morales para tales efectos*”²²⁹.

Al conocer el caso, la SCA estimó que la conducta prohibida es realizar acciones "difamantes, injuriantes o de coacción". Además, que coacción, es "*Fuerza física o presión psicológica que se ejerce sobre una persona para obligarla a decir o hacer algo contra su voluntad*". En razón de ello, concluyó: “*no se evidencia la certeza de la infracción cometida con la conducta efectuada por la sociedad demandante con la calificación que le otorga dicha autoridad, pues la normativa que se señala prohíbe y tipifica la misma, no determina claramente que tipos de*

²²⁵ Véase sentencia emitida por la SCA de 22-III-2013, en el proceso bajo referencia 167-2010. La SCA establece lo siguiente: “*Devenido el principio de legalidad en materia sancionadora, se concretiza en el respeto a la tipicidad de las infracciones en cuanto que la sanción se impondrá siempre y cuando se cumplan todos los elementos del supuesto de hecho contemplados por el legislador en la infracción, y no se permite la analogía o la interpretación extensiva de tales normas para la imposición de la misma*”.

²²⁶ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *op. cit.* p. 192; MEJÍA, Henry., *op. cit.* p. 294. Todos los autores citados coinciden en que no podrá aplicarse la norma administrativa sancionadora en supuestos de hecho parecidos o similares a los preceptos expresamente determinados. Las infracciones no pueden ser aplicadas a conductas distintas de las expresamente tipificadas por la norma jurídica.

²²⁷ Véase NIETO, Alejandro., *op. cit.* p. 316. El autor se aparta de esta tesis cuando expone que la prohibición de la analogía no conlleva la proscripción de la interpretación extensiva de los tipos normativos existentes. Sostiene que los problemas de interpretación deben ser resueltos con las reglas generales de la hermenéutica que pueden conducir a una interpretación extensiva pero correcta de la norma. Cita para ello el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 250/2004 de 12 de julio en la cual el TC expone: “*(...) la posibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica <...> de modo que pueda afirmarse que la decisión sancionadora es el resultado previsible, en cuanto razonable, de lo decidido por la soberanía popular, por lo que se prohíben constitucionalmente aquellas otras incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuados a los valores que en ellos se intenta tutelar*”. Dejando de lado el problema de concretar la decisión sobre cuándo y quién decide que la interpretación extensiva respeta los parámetros constitucionales, lo cierto es que la idea se centra en un aspecto innegable para todo ejercicio hermenéutico: el sentido común.

²²⁸ Véase sentencia emitida por la SCA de 19-XII-2012, en el proceso bajo referencia 377-2009, que en lo sucesivo se comenta.

²²⁹ Véase STS de 26 de enero de 2002. Las conclusiones del TSDC buscaban realizar una interpretación extensiva de la norma para hacer encajar una publicación con un cobro coactivo. Pero como lo sostiene el STS, se reitera “*la necesidad de que las conductas imputadas como supuestos de infracción encajen, sin interpretaciones forzadas ni aplicaciones extensivas, en los casos contemplados legalmente como infracción*”.

conductas son merecedoras de una coacción, es decir no aparecen descritas claramente en la misma, si una publicación de la naturaleza de la que nos ocupa, sea de índole coactiva, como asevera el Tribunal Sancionador demandado”.

Si bien es cierto que la conducta investigada no se ajusta a lo descrito por la norma, estimamos que el razonamiento de la SCA es erróneo en tanto basa su conclusión en que la ley no describe qué conductas constituyen coacción. Es obvio que la coacción se describe a sí misma y tiene su propio significado, como lo desentrañó la misma SCA²³⁰.

Además, existe una norma punitiva que describe este tipo de conductas (Art. 153 CPN) y que debió servir de parámetro, no para llenar de contenido el término porque no lo necesita, sino para evaluar la conducta sancionada a efectos de determinar si se ajustaba a la tipicidad de la infracción²³¹. Resulta excesivo pretender que la LPC desarrolle un catálogo exhaustivo de las conductas que pueden constituir coacción. Ni siquiera el CPN desarrolla tal tarea, pues no es necesaria para entender por determinados los elementos del ilícito y cumplir con el principio de legalidad penal²³².

²³⁰ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo. Los sujetos...*, cit. p. 631. Si bien es cierto que por su carácter de “odiosas”, las normas sancionadoras deben ser interpretadas de manera estricta, también lo es que el mandato de tipificación no alcanza los niveles que la SCA ha pretendido. Con respeto, debemos decir que no encontramos justificación alguna para exigir tal nivel de descripción normativa.

²³¹ Véase NIETO, Alejandro., *op. cit.* p. 316. La proscripción de la analogía como método de interpretación de las normas punitivas radica en que por medio de ella se crearía una nueva infracción o sanción. Pero el autor sostiene que esta prohibición no implica la prohibición de una interpretación extensiva de los tipos normativos existentes. Para el profesor Nieto, “(...) estamos ante problemas de interpretación que deben ser resueltos con las reglas generales de la hermenéutica (...)”. Para sostener esta aseveración, se alude a la existencia del sentido común que debe informar al aplicador del derecho y que en muchos casos se sacrifica por el rigor dogmático. No obstante, reconoce que resulta una tarea complicada determinar cuando estamos frente a una analogía inadmisibles o ante una figura afín pero lícita. Para el caso salvadoreño, la interpretación extensiva de las normas administrativas sancionadoras está expresamente prohibida en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras. Esta, en su Art. 1 dispone: (...). *Principio de tipicidad, con base en el cual, únicamente constituyen infracciones aduaneras sancionables por la presente ley, aquellas conductas calificadas específicamente como tales por la misma, a las que se les hubiera asignado su respectiva sanción; En virtud de este principio, queda terminantemente prohibido a la autoridad administrativa aplicar sanciones por interpretación extensiva o analógica de la norma”;*

²³² Véase sentencia de la CIDH de 18-XI-2004, DE LA CRUZ FLORES vs. PERÚ. La CIDH ha señalado que en la “(...) elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera duda y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida y la libertad”. En el caso de mérito, la conducta descrita por la norma es clara en cuanto a establecer los elementos de la tipicidad y antijuricidad, por ende, se cumple con el requisito de taxatividad. Por ello, entendemos que la interpretación realizada por la SCA es errónea por exagerada y atentar contra un principio básico de la hermenéutica jurídica dado que su interpretación impide la aplicación misma de la norma.

CAPÍTULO IV. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 10. Contenido. 11. La prohibición de retroactividad *in malam partem*. 12. Retroactividad en *bonam partem*. 13. La determinación de la ley más favorable: propuesta de solución. 13.1. La norma aplicable en el caso de leyes temporales y normas de procedimiento. 13.2. La norma aplicable en el caso de infracciones permanentes y continuadas. 13.3. La norma aplicable en el cómputo de la prescripción. 13.4. La norma aplicable en el caso de normas sancionadoras en blanco. 14. Normas jurisprudenciales sobre la prohibición de retroactividad de normas sancionadoras.

10. Contenido

El principio de irretroactividad de la ley está contenido en los Arts.15 y 21 CN²³³ y es aplicable al Derecho Administrativo Sancionador²³⁴. La sostenida identidad ontológica entre delitos e infracciones administrativas trae aparejada la aplicación a ambas categorías del principio de legalidad en sus tres vertientes: ley cierta, ley positiva y ley previa, de las cuales ya nos hemos ocupado.

La exigencia de ley previa contiene el principio de irretroactividad²³⁵, de conformidad con el cual se exige que la construcción normativa de infracciones y sanciones sea anterior a la comisión del hecho²³⁶.

²³³ Véase Art. 21 CN: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”. Véase Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo: El Art. 132 letra c) del anteproyecto enuncia este principio de la siguiente manera: “En cumplimiento del mismo, sólo podrá sancionarse con base en disposiciones vigentes al momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras sólo tendrán efecto retroactivo en los supuestos previstos en el artículo 21 de la Constitución de la República”.

²³⁴ Véase sentencia dictada por la SCA de 18-I-2011, proceso bajo referencia: 132-2005: “Como regla general la ley surte efectos hacia el futuro: se aplica a los actos y hechos jurídicos que surgen a partir de su vigencia (...) Su contrafigura, la irretroactividad, consagrada en el art. 21 de la Constitución de la República, determina que “las leyes por regla general no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al reo”. Lo anterior constituye un límite mediante el cual se prohíbe tal aplicación hacia el pasado. En el mismo sentido, véase Sentencia pronunciada por la SCA en el proceso bajo ref. 33-0-2000 el 13/VI/2002.

²³⁵ Véase GARRIDO MONTT, M., “Derecho Penal. Parte General”, T. I., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 31. Para que un comportamiento pueda ser considerado como ilícito debe ser considerado como tal por una ley promulgada con anterioridad a la fecha de comisión de la acción. Por ello, en materia penal la ley no puede operar hacia atrás, salvo que sea de manera excepcional. Para el caso salvadoreño, estas excepciones están dadas por el Art. 21 CN, a saber: i) ley penal favorable al reo; y ii) ley de orden público. Véase también CASTILLO ALVA, J., “El principio de taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. Una lectura constitucional y convencional” publicado en *Actualidad Penal*, 2016, V. 24. El auto sostiene que el principio de irretroactividad de la ley es una manifestación del principio de legalidad y por ello, una y otra categoría son aplicables tanto al ámbito penal como al administrativo sancionador.

Esta garantía también exige que la norma jurídica esté vigente durante la tramitación del procedimiento respectivo y al momento de imponer la sanción correspondiente²³⁷. Se ha dicho que la finalidad del Derecho Administrativo Sancionador es la prevención²³⁸. Por ello, también se sostiene que, si la norma transgredida ya no está vigente, el interés estatal en sancionar a quien durante su vigencia la violó carece de sentido²³⁹.

Sobre este punto consideramos erróneo ubicar el fundamento del principio de irretroactividad en la teoría de la prevención general. Ya sea que se busque en la prevención

²³⁶ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 132. La prohibición de retroactividad se extiende tanto a la tipificación de nuevos ilícitos que no podrán aplicarse a conductas acaecidas con anterioridad a la vigencia de la norma, como a la graduación de las sanciones. Por ello, nadie podrá ser objeto de una pena mayor a la prevista al momento en que sucedió el hecho a castigar. Se sostiene que la aplicación del Principio de Legalidad estricta, tanto a delitos como infracciones, conlleva la extrapolación del vocablo *nullum crime, nullan poena sine lege* y su contenido. Lo anterior deviene en la aplicación del principio de irretroactividad de la ley, como procedemos a estudiar. Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo. Los sujetos...*, *op. cit.* p. 633. El conocimiento de lo prohibido debe ser siempre “*ex ante*” y nunca “*ex post*”. De lo contrario, el ciudadano no tendría certeza sobre lo que puede hacer y las consecuencias de sus actos. Para el autor, este principio se divide en: i) la regla general “*tempus regit actum*”; y ii) la retroactividad favorable. Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.* p. 204. El autor sostiene que la aceptación de la irretroactividad *in malam partem* ha sido plenamente aceptada por la doctrina, la ley y la jurisprudencia española: “(...) la litigiosidad del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras es mínimo, cuando no inexistente. El legislador y la Administración Pública española parecen haberlo asumido e interiorizado hasta el punto de aceptar su cumplimiento sin reservas”. Véase CANO CAMPOS *Las sanciones...* *cit.* p. 160: “Su función (de prevención general de las normas), en efecto, es garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos evitando que puedan ser sorprendidos a posteriori por normas que sancionan *ex novo* un comportamiento o que agravan la sanción de los comportamientos ya tipificados como infracción” (lo incluido en el paréntesis es propio).

²³⁷ Véase PÉREZ NIETO, R. y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op. cit.* p. 123. Los autores definen el principio de irretroactividad como aquél cuyo contenido esencial consiste en “*imposibilitar la proyección de la vigencia, eficacia y aplicación de las normas jurídicas respecto de hechos que, habiendo acontecido con anterioridad a su efectiva entra en vigor, muestren determinadas coincidencias totales o parciales con los que dichas disposiciones configuran a posteriori como infracciones o sanciones administrativas*”. En el mismo sentido véase STS de 16 de octubre de 1981.

²³⁸ Véase BARRIERE AYALA, J., *El Marco Legal de los Contratos Públicos en El Salvador*, 2ª edición, San Salvador, Editorial B&G Consultores, 2015, p. 146. En el caso de las sanciones administrativas en el ámbito de la contratación pública, el autor añade como una finalidad de la sanción el permitir que la Administración pueda subsanar los daños que puedan haber surgido por el incumplimiento contractual. Esto equivale a ponderar la sanción como una medida de retaliación o compensación al Estado por el daño sufrido. Consideramos esta una postura radical pero acertada de este tipo de sanciones que permite su estudio de una manera más realista. En este ámbito, la sanción continúa siendo parte del *ius puniendi* del Estado, en tanto es este quien ejerce la potestad en contra del ciudadano, pero su cimiento se encuentra en las denominadas cláusulas penales propias de la Teoría General de los Contratos, cuya finalidad es precisamente retribuir a la parte agraviada el daño causado. Esta aproximación a las sanciones en el ámbito de la contratación pública obedece, pues, a la configuración particular del ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño.

²³⁹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 416. Resulta lógico que la antijuricidad de la conducta continúe estando vigente al enjuiciar y castigar la infracción, por cuanto dicho castigo carecería de sentido y necesidad. Véase STS de 4 de marzo de 1988. El TS ha sostenido en su jurisprudencia que la prohibición de irretroactividad así considerada, únicamente extiende sus efectos a las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por ello es dable entender que las normas que no tengan dichas características sí pueden tener carácter retroactivo. En el mismo sentido véase STS de 15 de febrero de 2002.

negativa vinculada al castigo o en la prevención positiva determinada por el establecimiento del ilícito como tal²⁴⁰.

Afirmamos lo anterior porque, si bien es cierto que la construcción de tipos penales e infracciones administrativas está informada por una finalidad de prevención, también lo es que quien comete el ilícito rara vez repara en el cálculo del posible castigo. Por el contrario, la persona está incentivada a cometer el ilícito por los beneficios que le representa y no por los aspectos negativos. En tal sentido, la verdadera prevención no deriva del castigo, sino de la probabilidad mayor o menor de ser castigado. En todo caso, si el fundamento de la prohibición de irretroactividad está en la intimidación, entonces este principio no es necesario porque resulta más intimidante la indeterminación de la amenaza del castigo. Es decir que resulta más conminatorio hacer que el destinatario se enfrente a una situación en la cual no conozca la magnitud de la consecuencia jurídica que a una en la cual cuenta con las reglas claras²⁴¹.

El verdadero fundamento del principio de irretroactividad lo encontramos en la seguridad jurídica²⁴² como garantía de las libertades individuales que se afectarían al sujeto castigado sobre

²⁴⁰ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.* pp. 182-183. Para el autor, el fundamento del principio es múltiple y lo ubica en los principios de (i) legalidad, en tanto constituye una garantía para el ciudadano frente al castigo que el Estado puede infringir; (ii) seguridad jurídica, porque el individuo debe saber a qué atenerse; (iii) proporcionalidad, por la falta de necesidad de pena o la necesidad de una menos intensa; y (iv) culpabilidad, en tanto que para vincular una sanción a un comportamiento es necesario que la acción sea culpable. Este implica necesariamente la conciencia de la antijuricidad.

²⁴¹ Sobre este punto véase también OLIVER CALDERÓN, G., *op. cit.* pp. 74 y ss. Una crítica similar merece la teoría de la prevención general basada en la idea de una prevención negativa, en la cual lo importante no es el castigo, sino la necesidad de hacer saber al destinatario que su conducta está prohibida, de lo cual deriva la intimidación o disuasión. El autor sostiene que el contenido del principio dependerá en buena medida del fundamento que se le atribuya. Nos explica que las posturas sobre este tema oscilan entre aquellas que (i) se basan en la relación norma-destinatario y las que (ii) dependen de variantes distintas a esta. En el primer grupo encontramos a aquellas que hacen recaer el fundamento en el principio de culpabilidad bajo el entendido que solo puede calificarse una conducta como culpable si en el momento de la comisión el autor sabía o podía saber que ella estaba prohibida. La crítica a esta teoría radica en que, si se acepta como tal, entonces la garantía de irretroactividad solo alcanzaría la tipificación de nuevos delitos y no a otros aspectos como las agravantes. Ello porque la prohibición concreta ya existiría y, por ende, basta para tener por configurado el elemento volitivo. Luego, encontramos las teorías que buscan el fundamento de la irretroactividad en la tesis de la prevención general. Por otra parte, dentro de las teorías que evocan la relación norma-destinatario para fundamentar el principio de irretroactividad también encontramos la tesis sobre la función de motivación de las normas penales y teoría de la prevención especial, teorías de la retribución. (ii) Luego encontramos las teorías que aluden a aspectos distintos a la relación norma-destinatario. Dentro de estas contamos la teoría de los derechos adquiridos; razones de justicia; la noción de dignidad de las personas; el principio de legalidad que identifica la irretroactividad como parte de dicho principio; la postura funcionalista; y la noción de la seguridad jurídica. Véase también DE AHUMADA RAMOS, F., *Materiales para el estudio del Derecho Administrativo económico*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 107. El autor ubica la irretroactividad como un componente del principio de legalidad. Pero debemos distinguir entre el papel de la irretroactividad como componente del principio de legalidad del fundamento del principio de irretroactividad que hoy buscamos.

²⁴² Véase CIDH, Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. La CIDH destaca que la tutela de seguridad jurídica exige que la norma punitiva, ya sea de naturaleza penal o administrativa, exista y resulte

la base de una norma que no pudo tener en cuenta al momento de realizar su acción²⁴³. La SCN comparte implícitamente este criterio²⁴⁴ y entiende la irretroactividad como un principio derivado de la seguridad jurídica, por lo que le niega el estatus de derecho fundamental autónomo²⁴⁵. Nos referiremos a esta idea en un apartado posterior.

11. La prohibición de retroactividad *in malam partem*

El Art. 25.1 de la CE consagra expresamente la prohibición de retroactividad *in malam partem*, proscribiendo de tajo la aplicación de normas sancionadoras que no estén vigentes al momento en que haya ocurrido el hecho que se castiga. La redacción de la CE ha llevado a entender que el contenido de dicha garantía está limitado a su formulación negativa y no positiva, por cuanto una y otra tienen un fundamento iusfilosófico distinto. La prohibición de irretroactividad en *malam partem* se basa en la mera razón, la justicia y la seguridad jurídica; la retroactividad en

conocida, o al menos que exista la posibilidad de conocerla, antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravenga y que se pretenda sancionar.

²⁴³ Véase RUBIO CORREA, M., *op. cit.* p. 192. El autor sostiene que la seguridad jurídica forma parte del Derecho a la vez que integra el Estado de Derecho. Ello porque la posibilidad de poder predecir las conductas de quienes detentan el poder del Estado constituye una garantía contra la arbitrariedad. Véase STC 235/2000, de 5 de octubre. El TC sostiene que el principio de irretroactividad forma parte de las exigencias de la seguridad jurídica, por lo que su fundamento último se encuentra en esta. Ello porque la finalidad de la prohibición de retroactividad es la protección del autor frente a las penas sobrevenidas y que la garantía material que el referido principio contiene, refleja la trascendencia del principio de seguridad en los ámbitos sancionadores, tanto penal como administrativo. En el mismo sentido, STS de 29 de enero de 1997: “El fundamento de la irretroactividad de la ley penal se identifica con el principio <nullum crimen, nulla poena sine previa lege>, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido >a posteriori> con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada en el tiempo del hecho”.

²⁴⁴ Véase sentencia de amparo de 31-VIII-2006, Ref. 380-2003 y acum. Así se expresó la SCN en la referida sentencia: “Resulta importante denotar que aunque ambos artículos están ubicados en el Título II, Capítulo I, Sección Primera, del texto constitucional, que trata de los derechos individuales, en el régimen constitucional salvadoreño –en puridad– la “irretroactividad de las leyes” no es un derecho fundamental, es más bien un principio, que se proyecta en las esferas jurídicas de las personas como derecho indiscutiblemente vinculado a la seguridad jurídica y, por tanto, protegible en los procesos constitucionales”.

²⁴⁵ Véase Sentencia dictada por la SCN de 2-X-2013, en el proceso bajo referencia Inc. 151-2012. En cuanto al principio de irretroactividad de la ley, la SCN sostiene que consiste en una concreción de la seguridad jurídica como valor fundamental, el cual se encuentra establecido en el art. 21 CN., como uno de los criterios de aplicabilidad de las normas en el tiempo. En el mismo sentido véase auto de admisión dictado por la SCN de 2-IX-2015, en el proceso de amparo contra ley bajo ref. 434-2013. Véase también sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 29-IV-2011, en el proceso bajo ref. Inc. 11-2005. Sobre los alcances del principio de irretroactividad de la ley y el ámbito espacial de aplicación, La SCN ha manifestado: “Al respecto, es preciso considerar que ya sea de forma expresa o tácita, todas las disposiciones jurídicas se refieren a intervalos temporales, en su supuesto y en su consecuencia. Así, el momento en que acontecen los supuestos relevantes para un caso, es determinante para la aplicabilidad de las disposiciones del mismo. En tal sentido, el ámbito temporal abstracto que contiene la disposición debe coincidir con el momento en que acontece la acción que habilitaría su aplicación. De manera que todo lo que ocurra fuera de ese ámbito temporal debe considerarse irrelevante para tal disposición”.

bonam partem tiene su origen en causas humanitarias y la ponderación sobre la necesidad del castigo²⁴⁶.

En contraposición a la citada tesis, ha sido el TC quien, en su STC 15/1981, de 7 de mayo²⁴⁷, sostuvo que la irretroactividad *in bonam partem* encuentra su asidero en la interpretación *a contrariu sensu* del Art. 9.3 CE²⁴⁸, el cual asegura la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales²⁴⁹, pero al mismo tiempo, el TC le niega el carácter de Derecho Fundamental cuando sostiene que aquella no puede ser invocada en vía de amparo. Ello porque dicha acción está reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II, título I de la CE²⁵⁰.

De igual manera, se ha apoyado esta postura desde el Art. 25.1 CE sosteniéndose que dicha garantía se encuentra implícita en el principio de legalidad penal²⁵¹.

²⁴⁶ Véase LÓPEZ MENUDO. F. "Principio de irretroactividad", publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel, 2010, p. 727. En tanto no se encuentra dicha vertiente en el texto literal del Art. 25.1 CE, se ha sostenido que la retroactividad *in bonam partem* no constituye un mandato constitucional, aunque tampoco una prohibición, quedando entonces a expensas del legislador secundario y el aplicador de la norma. En el mismo sentido véase CANO CAMPOS *Las sanciones...* cit. p. 164. Para el autor, la irretroactividad *in bonam partem* no es la otra arista de la irretroactividad *in peius*, sino una figura distinta que tiene un fundamento diferente. Véase PÉREZ-PIAYA MORENO, C., *op. cit.*, p. 46. Para este autor, la retroactividad *in bonam partem* deriva el principio de igualdad, Art 128.2 Ley 30/1992. Véase también MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. *op. cit.* p. 87. Sostiene la autora que la vigencia en el tiempo de las normas sancionadoras está regida por el principio de irretroactividad, salvo las que sean más favorables al infractor.

²⁴⁷ Véase también las posteriores SSTC 68/1982, de 13 de mayo; 122/1983, de 16 de diciembre; 51/1985, de 10 de abril; 131/1986, de 29 de octubre; 177/1994 de 10 de junio.

²⁴⁸ Véase Art. 9.3 CE. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

²⁴⁹ Véase Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Art. 128.2. En consonancia con esta postura, la LRJPAC también contempla retroactividad favorable.

²⁵⁰ Véase PÉREZ-PIAYA MORENO, C., *op. cit.* p. 47. La autora critica esta postura del TC en cuanto resulta restrictiva para el ciudadano al dejarle fuera del contenido esencial del principio de irretroactividad de la ley. La línea del TC español puede ser constatada en SSTC 177/1994 de 10 de junio; 38/1994 de 17 de enero; 196/1991 de 17 de octubre; 14/1981 de 29 de abril, citadas todas por el TC en su STC 99/2000 de 10 de abril.

²⁵¹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 417. Se sostiene que la exigencia de irretroactividad punitiva puede desprenderse de la frase contenida en el Art. 25.1 CE en cuanto la norma expresa: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (...)*". En el mismo sentido véase STS de 27 de noviembre de 1998. El TS sostiene que tienen carácter retroactivo las normas sancionadoras que sean más favorables que las contenidas en normas anteriores. Véase STS de 28 de mayo de 1990 "*el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, reconocida en el artículo 24 del Código Penal y 15 del Pacto Interamericano de los Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, es una consecuencia del principio de legalidad, establecido en el artículo 25 de la Constitución, para la imposición de condena o sanción, y del principio de irretroactividad que garantiza el artículo 9.3, su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador resulta, por tanto de la Constitución*". Véase también STS 4 de junio de 1991 y STS 5 de diciembre de 1997

No obstante, un sector importante de la doctrina española sostiene que la falta de previsibilidad constitucional del principio aludido permite prescindir de su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador por decisión legislativa²⁵².

12. Retroactividad en *bonam partem*

El Art. 21 CN construye el principio desde su perspectiva negativa como desde la positiva, haciendo clara alusión a la posibilidad de aplicar normas de forma retroactiva cuando estas devengan en beneficio del infractor o delincente (retroactividad *in bonam partem*)²⁵³. La ubicación del principio en el texto constitucional salvadoreño brinda a estas garantías estatus de derecho fundamental como una concreción de la seguridad jurídica²⁵⁴.

La SCN salvadoreña ha negado el estatus de Derecho Fundamental a esta categoría jurídica y la ubica como un principio que se proyecta en las demás esferas jurídicas como una

²⁵² Véase CANO CAMPOS, T., *Las sanciones... cit.* pp. 157-158; NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 201 y LÓPEZ MENUJO, F., "Principio de... *cit.* p. 727. Para los autores, la vigencia de la retroactividad de la ley penal favorable depende del legislador, en tanto que ni el Art. 9.3 ni el Art. 25.1, ambos CE, lo consagran.

²⁵³ Véase MALJAR, Daniel, *op. cit.* p. 241. Sostiene el autor que, como consecuencia de la aplicación de los principios del Derecho Penal constitucionalizados al Derecho Administrativo Sancionador, si bien la regla general es la aplicación de la ley vigente (*tempus regit actum*), esta regla debe ceder cuando con posterioridad se dicta una norma más benigna. Véase también WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 35 y ss. La punibilidad del hecho está determinada por la ley vigente al momento de su perpetración. Para Welzel, este constituye un principio fundamental que solo cede cuando existen diferentes leyes desde el tiempo de comisión hasta el dictado de la sentencia en la cual la ley posterior es más benigna. Véase Ley General Tributaria Municipal D.L. No. 86 del 17-X-1991, publicado en D.O. No. 242, Tomo No. 313 de 21-XII-1991. Este principio ha sido recogido en ambas vertientes de forma expresa por leyes secundarias, entre ellas citamos el Art. 56 LGTM el cual expresa: *Las normas tributarias relativas a contravenciones sólo rigen para el futuro. Las contravenciones serán sancionadas de conformidad a la ley vigente al momento en que se hubieren cometido, salvo que las nuevas disposiciones favorecieren al infractor.*

²⁵⁴ Véase Art. 21 CN, Título II. Los Derechos y Garantías Fundamentales, Capítulo I. Derechos individuales y su régimen de excepción. Sección I. Derechos individuales. En el mismo sentido, véase Art. 132 letra c) Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos. El anteproyecto se limita a remitir la vigencia de la retroactividad *in bonam partem* a lo dispuesto en el Art. 21 CN sin entrar a desarrollar el contenido de dicha categoría. Véase STC 14/1981 de 29 de abril. En sentido contrario, para el TC español el principio de irretroactividad no genera un derecho subjetivo como categoría de derecho fundamental. Por ello, le ha negado tutela en vía de amparo porque sostiene que su encuadre en la CE no permite tal posibilidad. Asegura que no puede decirse que la CE reconozca a las personas un derecho fundamental a la aplicación retroactiva *in bonam partem*. En el mismo sentido véase SSTC 75/2002, de 8 de abril y 86/2006 de 27 de marzo. Véase STS de 18 de marzo de 2003. En su línea jurisprudencial más reciente, el TS ha admitido que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal (Art. 25.1 CE), conllevan la retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Véase también GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 134-135. El autor sostiene que la no inclusión de la retroactividad *in bonam partem* obedece a una decisión deliberada del constituyente español quien al mismo tiempo no la prohibió. Esto último ha permitido que la ley, la doctrina y la jurisprudencia la recojan, entiendo que esta categoría no constituye un derecho fundamental, en tanto no está contenida en el Art. 25 CE, pero al mismo tiempo derivándola del Art. 9.3 CE mediante una interpretación conforme que supone un reconocimiento directo a la posibilidad de que sea aplicada retroactivamente cuando es de efecto más beneficioso. Esto último corresponderá determinarlo tanto al legislador como al operador jurídico.

concreción de la seguridad jurídica²⁵⁵. Ahora bien, la SCN no está negando materialmente su tutela en vía de amparo al considerarle como una concreción de la seguridad jurídica²⁵⁶. En todo caso, se obliga al ciudadano a invocarle como tal, lo cual consideramos más un problema de semántica legal que uno jurídico de trascendencia constitucional porque en todo caso, bajo la aplicación del principio *iura novit curia*, la SCN puede suplir este tipo de deficiencias, sin que sean óbice para tramitar la solicitud del ciudadano²⁵⁷.

Suma a lo expuesto el que este principio haya sido reconocido por el Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos casos bajo el mismo tenor: *Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*. El Salvador es suscriptor de ambos instrumentos²⁵⁸.

²⁵⁵ Véase sentencia de amparo de 31-VIII-2006, Ref. 380-2003 y acum. La Sala expuso: “Cabe observar que en el ordenamiento salvadoreño el principio de irretroactividad de la ley, además de carácter legal, tiene rango constitucional, pues aparece consagrado de forma expresa en el artículo 21 CN., manifestándose también –de alguna forma– en el artículo 15 de la misma. (...) Resulta importante denotar que aunque ambos artículos están ubicados en el Título II, Capítulo I, Sección Primera, del texto constitucional, que trata de los derechos individuales, en el régimen constitucional salvadoreño –en puridad– la “irretroactividad de las leyes” no es un derecho fundamental, es más bien un principio, que se proyecta en las esferas jurídicas de las personas como derecho indiscutiblemente vinculado a la seguridad jurídica y, por tanto, protegible en los procesos constitucionales (...)”. Véase también sentencia de inconstitucionalidad de 14-II-1997, ref. 15-96 y Ac. Aunque la SCN no ha mantenido un criterio único al respecto. En la sentencia citada ha expuesto: “Es importante denotar que ambos artículos están ubicados en el Título II, Capítulo I, Sección primera del texto constitucional, que trata de los derechos individuales, con lo que se advierte que en el régimen constitucional salvadoreño el principio de irretroactividad de las leyes está concebido como un derecho fundamental de la persona, excogitado como medida de seguridad jurídica”.

²⁵⁶ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 7-XII-2012, ref. Inc. 7-2012. “El principio de irretroactividad de las leyes figura como una concreción de la seguridad jurídica como valor fundamental”.

²⁵⁷ Véase sentencia de amparo de 7-VI-2013, ref. 385-2010. Esto incluso ha sido reconocido por la SCN cuando expone: “En cuanto al derecho a la seguridad jurídica (art. 2 inc. 1º CN.), en las Sentencias del 26-VIII-2011, Amps. 253-2009 y 548-2009, y Sentencia del 31-VIII-2011, Amp. 493-2009, se reconsideró lo que se entendía por tal derecho, estableciéndose con mayor exactitud las facultades de sus titulares, las cuales pueden ser tuteladas por la vía del proceso de amparo según el art. 247 de la CN. Así, se precisó que la certeza del Derecho, a la cual la jurisprudencia constitucional venía haciendo alusión para determinar el contenido del citado derecho fundamental, deriva principalmente de que los órganos estatales y entes públicos realicen sus atribuciones con plena observancia de los principios constitucionales, v. gr., de legalidad, de cosa juzgada, de irretroactividad de las leyes o de supremacía constitucional (arts. 15, 17, 21 y 246 CN.). Por lo anterior, cuando se requiera la tutela de la seguridad jurídica por la vía del proceso de amparo, no debe invocarse la misma como valor o principio, sino que debe alegarse una vulneración relacionada con una actuación de una autoridad emitida con la inobservancia de un principio constitucional y que resulte determinante para establecer la existencia de un agravio de naturaleza jurídica a un individuo. Ello siempre que dicha transgresión no tenga asidero en la afectación al contenido de un derecho fundamental más específico”.

²⁵⁸ Véase sentencia de 2-II-2001, caso BAENA RICARDO y otros vs. Panamá. La CIDH conoció de la demanda interpuesta por Ricardo Baena y otros trabajadores en contra la República de Panamá y en ocasión de ello, analizó normas de la Ley 25/1990 y el Art. 43 de la Constitución panameña que violaban la Convención por la inobservancia del principio de legalidad e irretroactividad de las leyes, entre otros. La CIDH estableció la necesidad de tutelar la seguridad jurídica de los ciudadanos y por ello estimó que “(...) la norma

Por su parte, el CP salvadoreño desarrolla el contenido del principio estableciendo las reglas de la retroactividad favorable (Art. 14 CP²⁵⁹) y de la ley favorable posterior a la condena (Art. 15 CP²⁶⁰). Tanto la CN como el CP salvadoreño se refieren de una manera amplia al principio de la retroactividad favorable reconociendo a este un ámbito de aplicación más extenso que los tratados internacionales antes citados. Probablemente sea esta la razón por la cual su asimilación ha sido pacífica en nuestra jurisprudencia²⁶¹.

Para el caso, citamos la sentencia 116-2009²⁶² de la SCA en la cual conoció sobre la legalidad del acto administrativo sancionatorio dictado por el Tribunal Disciplinario Región Central y confirmado por el Tribunal Segundo de Apelaciones, ambos de la Policía Nacional Civil. La sanción aludida fue impuesta a un agente policial por la comisión de hechos constitutivos de falta acaecidos el día 13 de diciembre de 2007. Dichas faltas estaban tipificadas en el Art. 37 numerales 1, 23 y 27 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil²⁶³, el cual preveía una sanción máxima de suspensión del cargo sin goce de sueldo por 180 días, la cual fue finalmente impuesta a la agente policial mediante acto administrativo de 23 de enero de 2009.

punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme un orden jurídico, vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”.

²⁵⁹ Véase Art. 14 CP. “Retroactividad de la Ley Favorable: Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se trate”.

²⁶⁰ Véase Artículo 15 CP. “Ley favorable posterior a la condena: Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley. Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación”.

²⁶¹ Véase GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *op. cit.* p. 45. En España, debido a la redacción del Art. 25 y 9 CE, se ha discutido sobre el alcance la garantía. Al respecto, García Gómez de Mercado escribe: *En el ámbito penal, la retroactividad favorable produce sus efectos con independencia del procedimiento e incluso de que se haya obtenido sentencia firme. (...) En cambio, en materia de sanciones administrativas, la retroactividad se puede producir en tanto la sanción no sea firme, por lo que es aplicable tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, (pero no después de la firmeza de la sanción)”* (el paréntesis corresponde a la cita). Aunque pudiese generar confusión la utilización de la palabra firmeza, debemos entender que el autor se refiere a que la retroactividad favorable debe operar incluso para aquellas sanciones cuya ejecución no se haya realizado, excluyendo aquellas que estén plenamente consumadas. En El Salvador no se discute sobre si la irretroactividad de la ley alcanza únicamente a las normas penales o si esta es aplicable al presunto infractor (imputado) y al condenado (penal o administrativamente) o si solo a la primera categoría. La redacción del Art. 21 CN no deja lugar a dudas: habla de “*las leyes*” que no pueden tener efecto retroactivo por regla general, salvo en materias de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al “*delincuente*”. Por tanto, estamos frente a la aplicación amplísima de la categoría desde la propia CN.

²⁶² Véase sentencia dictada por la SCA de 5-IX-2012, proceso bajo referencia 116-2009.

²⁶³ Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, D. E. N° 72 de 15-VIII-2000, D.O. 153, Tomo 348 de 18-VIII-2000.

Cuando se impuso la sanción, ya se encontraba en vigencia la actual Ley Disciplinaria Policial²⁶⁴, cuyo artículo 11 prevé una sanción máxima de suspensión del cargo sin goce de sueldo por 90 días.

Al analizar el caso, la SCA procedió a delimitar qué debemos entender por ley más favorable, mediante la siguiente lista ejemplificativa de supuestos: “i) cuando la norma tipificadora, vigente al momento de cometerse los hechos antijurídicos, haya sido derogada previo al momento de resolver definitivamente sobre la responsabilidad del infractor, ii) también se debe admitir este principio cuando la nueva normativa disminuya la cuantía de las sanciones, iii) en caso que la nueva normativa establezca plazos de prescripción inferiores a los establecidos en la norma al momento de cometerse la infracción, e, iv) si la norma posterior ocasiona una ausencia de tipificación de conductas anteriores”²⁶⁵. Por lo anterior, procedió a declarar ilegal la sanción impuesta, al considerar que violó el principio de retroactividad de la ley más favorable.

Aun y cuando creemos que hubiese sido posible ahondar más en las razones de fondo o características intrínsecas que informaron el criterio de la SCA, debemos aplaudir la construcción jurisprudencial, ya que brinda mayor claridad a los alcances del principio. Con todo, el problema de la casuística radica en su infinidad de posibilidades por lo cual hubiese sido mejor brindar parámetros generales²⁶⁶. Debido a esto, en el siguiente apartado nos atrevemos a presentar una propuesta de solución para determinar la ley más favorable en nuestro sistema de Derecho Administrativo Sancionador.

13. La determinación de la ley más favorable: propuesta de solución

Determinar qué debemos entender por norma más favorable no resulta una tarea exenta de problemas de precisión²⁶⁷. La Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa

²⁶⁴ Véase Ley Disciplinaria Policial. D. L. 518 de 20-XII-2007, publicado en D.O. N° 10, Tomo 378 de 16-I-2008

²⁶⁵ Véase sentencia de habeas corpus de 6-III-2007, Ref. 161-2005. Por su parte, la SCN ha manifestado: “(...) la ley posterior se considerará más favorable si –entre otras cosas– elimina conductas delictivas, modifica la forma de apreciar los eximentes de responsabilidad o disminuye penas o sanciones; esto es, hace menos gravosas las consecuencias del ilícito”. Véase LÓPEZ MENUDO. F., *op. cit.* p. 728. Podemos entender como norma penal más favorable la que elimina la ilicitud del hecho, la que establece un castigo menor, y en general, cualquiera que mejore la situación del imputado.

²⁶⁶ Véase MALJAR, Daniel, *op. cit.* p. 243. Compartimos con el autor su postura en cuanto a que “el juicio de benignidad de la ley posterior debe realizarse integralmente, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga algunos artículos favorables y otros desfavorables, lo correcto será determinar si en bloque, se trata reamente de una regulación más benigna”.

²⁶⁷ Véase LÓPEZ MENUDO. F., *op. cit.* p. 729. Para el autor debe entenderse por norma más beneficiosa aquella que hace desaparecer la ilicitud del hecho, la que impone una sanción más corta o menos severa y, en general, toda norma que mejore la situación del inculpado, incluidas las normas adjetivas. Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.* p. 205. Para el autor, para que sea

Administrativo nada dice sobre el asunto. Por ello, resultan ilustrativas las reglas establecidas en los artículos 14 y 15 del Código Penal sobre la determinación y aplicación de este principio.

De estas disposiciones se extrae que (i) se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado cuando exista regulación distinta entre la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia; (ii) Si durante el cumplimiento de la pena se promulgase una nueva ley cuya aplicación resultare más favorable al imputado, deberá ajustarse la condena; y (iii) Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la ley anterior y la nueva no lo sanciona como tal, se anulará el castigo²⁶⁸.

La regulación penal de la retroactividad favorable es de carácter absoluto, en tanto se extiende a casos que ya han sido sentenciados. Debido a que la norma administrativa de aplicación general al ámbito sancionador guarda silencio sobre el asunto, creemos conveniente aplicar sin reservas la regulación penal por dos razones fundamentales²⁶⁹: (i) porque la retroactividad favorable detenta estatus de derecho fundamental, ya que está contenida de forma expresa en el Art. 21 CN; y (ii) porque los Art. 14 y 15 PN constituyen un desarrollo legislativo válido del Art. 21 CN en materia de *ius puniendi* estatal²⁷⁰.

precedente la aplicación de la norma favorable es necesario que se presenten dos supuestos: i) la sucesión de normas sancionadoras en el tiempo, en la cual la norma posterior derogue a la anterior; y ii) que la norma sancionadora posterior sea más beneficiosa que la derogada.

²⁶⁸ Véase STS de 29 de mayo de 1998. El TS español ha señalado que entre los elementos a valorar para determinar la aplicación de la norma favorable está la calificación del ilícito como delito penal o infracción administrativa, entendiendo que no estaremos frente a una norma más favorable cuando pasemos de un régimen de infracción administrativa a delito penal. Consideramos que tal razonamiento es erróneo porque conlleva una generalización apresurada en la cual considera que el delito es más grave que la infracción administrativa, aspecto que ya hemos demostrado como equivocado en este trabajo. Ciertamente existen castigos administrativos más aflictivos que los penales y, por ende, aunque pasásemos de considerar un hecho como infracción administrativa a delito penal, si este nuevo régimen conlleva un castigo menos aflictivo, deberá considerarse como *más favorable* y, por tanto, derecho aplicable al caso.

²⁶⁹ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 203. Para el caso español, el autor destaca la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador sobre el tratamiento temporal de la retroactividad favorable. Sostiene que mientras en el Derecho Penal español se establece una retroactividad absoluta en el tiempo, en el Derecho Administrativo Sancionador no opera de igual forma, pues solo alcanza a los hechos sobre los que todavía no se ha realizado un pronunciamiento administrativo firme. Hace descansar su afirmación en los artículos 2.2. del Código Penal y 128.2 de la Ley 30/1992 que habla del “*presunto infractor*”. Es decir, que la norma administrativa ubica al destinatario (y beneficiario) de la norma en un momento previo al de la imposición de la sanción, siendo este el límite impuesto por el legislador para la aplicación del beneficio.

²⁷⁰ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.* p. 207. La determinación de la norma más favorable conlleva el análisis de la casuística que impide soluciones mediante reglas de validez general. Por ello, el autor propone considerar “*todas las circunstancias que rodeen el caso para determinar cuál de las dos normas resulta más favorable*”. En el mismo sentido véase sentencia de habeas corpus de 6-III-2007, Ref. 161-2005. La SCN expone: “(...) el principio en mención supone, en todo caso, la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidos aquellos de sus preceptos normativos que, aisladamente, puedan resultar perjudiciales respecto de la ley que se desplaza en razón del referido principio, siempre y cuando –

En todo caso, resaltamos que la elección de la norma más favorable no debe ser utilizada para elegir las disposiciones más ventajosas entre la existencia de dos normas jurídicas concurrentes. Como lo ha sostenido el TC en su STC 131/1986 de 29 de octubre, tal solución conllevaría crear así una tercera norma jurídica²⁷¹ por parte del aplicador del derecho.

Finalmente, debemos señalar que la categoría de derecho fundamental de la garantía de retroactividad favorable como concreción de la seguridad jurídica tiene implicaciones prácticas en cuanto al tipo de acciones judiciales que se confieren al administrado que ha sufrido su violación: la vulneración de este derecho habilita la acción de amparo constitucional ante la SCN de la CSJ²⁷², siempre y cuando se alegue como una concreción de la seguridad jurídica tal y como fue expuesto en párrafos precedentes. Además, su categoría también permite el conocimiento extraordinario de la jurisdicción contenciosa administrativa en vía de nulidad de pleno derecho como categoría especial de invalidez²⁷³.

claro está– el resultado final conlleve beneficio para el procesado; pues de lo contrario, la nueva ley carecería de esa condición de ser más benéfica, por lo que no estaría justificada su aplicación retroactivamente”.

²⁷¹ Véase STS 131/1986 de 29 de octubre. El TC expuso: “No es aceptable (...) utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parciamente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretado y aplicando leyes en uso correcto de la potestad jurisdicciones que le atribuye el art. 117.3 de la CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen. Véase también Auto del TC 369/1984 de 20 de junio. “No se puede aplicar a retazos una y otra ley (la anterior y la posterior) debiéndose de aplicar la nueva cuando sea más favorable al reo, en bloque, no fragmentariamente, porque si se procediera a seleccionar la normativa precedente y la que modifica lo más beneficioso de una y otra, se estaría usurpando tareas legislativas que no corresponden a los tribunales como sería la creación de una norma artificiosa e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y la nueva”. Véase también MARTÍNEZ LAGO, M., “Sobre principios de la potestad sancionadora en materia tributaria”, publicado en *Revista Crónica Tributaria*, 2006, N° 119, pp. 89-110. Sobre este tema, el autor sostiene: “Debe tenerse en cuenta que la aplicación retroactiva, por favorable, de una ley sancionadora ha de realizarse íntegramente – no cabe alumbrar una <tercera norma>, resultado de escoger lo bueno de uno y de otra-, incluyendo aquellas normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el sujeto, ya que, en otro caso la nueva ley carecería de esa condición más beneficiosa que justifique su aplicación retroactiva”.

²⁷² Véase MONTESINO GIRALT, M., *El Amparo en El Salvador*, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2005, p. 55. De conformidad con el Art. 247 CN, la acción de amparo procede por “violación de los derechos que otorga la presente Constitución”. Véase Ley de Procedimientos Constitucionales D.L. No. 2996 de 15-I-1960, publicado en D.O. No. 15, Tomo 186, de 22-I-1960. Art. 3. Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución. Art. 12. Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución. El amparo constituye entonces un mecanismo procesal constitucional cuyo objeto es proteger de forma reforzada los derechos y otras categorías jurídicas subjetivas protegibles de rango constitucional.

²⁷³ Véase Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa D.L. No. 81 de 14-XI-1978, publicada en D.O. No. 236, Tomo No. 261 de 19-XII-1978. Art. 7. Inc. final: “No obstante se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere este artículo, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo afecto; pero ello únicamente para el solo efecto de declarar su ilegalidad sin afectar los derechos adquiridos”. La SCA ha desarrollado la teoría de la nulidad de pleno derecho al amparo de la aún vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Al respecto, véase sentencia dictada por SCA de 18-II-2011, en proceso bajo

Procedemos ahora a estudiar la elección de la norma aplicable en los supuestos de i) leyes temporales y normas de procedimiento; ii) infracciones permanentes y continuadas; iii) cómputo de la prescripción; y iv) normas sancionadoras en blanco.

13.1. La norma aplicable en el caso de leyes temporales y normas de procedimiento

La aplicación de la norma favorable no tiene lugar en los supuestos de leyes temporales y en relación a normas de procedimiento.

En cuanto a las leyes temporales, los hechos punibles realizados durante su vigencia deben ser sancionados de conformidad con los términos de la misma, tal y como sucede en materia penal (Art. 16 PN)²⁷⁴. Ello porque en este caso no nos encontramos frente una verdadera sucesión normativa, sino ante la existencia de un supuesto normativo excepcional²⁷⁵.

Sobre las normas procedimentales, la doctrina española y su jurisprudencia sostienen que estas no son normas sancionadoras propiamente dichas, por tanto, no son susceptibles de incorporarse como parte del contenido de la garantía²⁷⁶. Este criterio también es compartido por la CIDH²⁷⁷. Para el caso salvadoreño, la SCN ha entendido que las normas procesales penales son

ref. 02-2006. Debido a la ausencia de regulación expresa sobre la nulidad de pleno derecho, ha debido ser la SCA la encargada de configurar los supuestos bajo los cuales se admite dicha figura. Al respecto, ha expuesto que los supuestos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho son: 1) *Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria –de carácter administrativo- por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas;* 2) *Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional;* 3) *Que esta transgresión se concrete en la esfera jurídica del sujeto que alega a la nulidad.* Véase en el mismo sentido sentencia dictada por SCA de 27-VIII-2012, en proceso bajo ref. 257-2009 y sentencia dictada por SCA de 30-XII-2009, en proceso bajo ref. 107-D-2004. La nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa aprobada el 28 de agosto de 2017 recoge esta figura no en función de requisitos para su configuración sino mediante el establecimiento de casos de nulidad de pleno derecho.

²⁷⁴ Véase STS de 18 de marzo de 2003. Este criterio también es sostenido por el TS español quien ha manifestado: *“Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario (...).”* Continúa manifestando que lo anterior es: *“especialmente relevante en relación con la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. En determinados sectores en que tiene lugar la intervención administrativa, como el social o el económico, es frecuente que la norma proyecta actuaciones para atender a situaciones coyunturales que se espera corregir o paliar con las medidas adoptadas. Éstas están llamadas a perder su vigencia cuando desaparezcan aquellas situaciones, pero requieren para su eficacia del plus de garantía que comporta el régimen administrativo sancionador”.* Véase también Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 207.

²⁷⁵ Véase GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *op. cit.* p. 47. Aunque reconoce que el componente coercitivo es importante para la eficacia de las leyes temporales, el autor sostiene que la razón para aplicar preferentemente la norma de excepción es que no existe una sucesión de leyes en el tiempo.

²⁷⁶ Véase STS de 5 de junio de 2007. El TS sostuvo que *“una norma procedimental no puede considerarse limitadora o restrictiva de derecho”.*

²⁷⁷ Véase sentencia de 30-I-2014, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. La CIDH expuso: *“Esta Corte considera que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penal (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es, justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir,*

de orden público por lo que están sujetas a la excepción que prevé el Art. 21 CN, en consecuencia, no les resulta aplicable la garantía²⁷⁸.

Estas afirmaciones de la jurisprudencia son peligrosas porque generalizan lo que puede ser el contenido de una norma procesal. Estas pueden conllevar la regulación de derechos de manera que los amplíe o los limite. Por ello, nos adherimos al más reciente criterio de la SCN que sostiene que ninguna ley es retroactiva en sentido estricto si solamente se refiere a hechos pasados, en tanto que lo determinante es calificar si pretende extender las consecuencias jurídicas del presente a situaciones de hecho que se produjeron en el pasado²⁷⁹. En todo caso, lo más prudente es que los procedimientos ya iniciados se tramiten conforme la norma procesal con que iniciaron, salvo los recursos que de forma posterior se susciten²⁸⁰.

13.2. La norma aplicable en el caso de infracciones permanentes y continuadas

Cuando nos referimos al principio de irretroactividad de la ley hacemos alusión a un límite de aplicación temporal de la norma jurídica. Y cuando aplicamos este principio para determinar la

los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad”.

²⁷⁸ El criterio de la SCN sobre este punto ha variado. Véase sentencia de inconstitucionalidad de 25-I-1989, ref. 10-87AC. Originalmente, la SCN sostuvo este criterio de forma absoluta. En la sentencia aquí citada, al referirse al orden público como excepción a la irretroactividad de la ley, expuso: *“las materias Penal y Procesal Penal pertenecen a la esfera del Derecho Público y, en consecuencia, son orden Público y por ello en el caso planteado, no tiene aplicación el principio de Irretroactividad de la ley”.* Sentencia de inconstitucionalidad de 14-II-1997, ref. 15-96 y Ac. La Sala matizó su criterio bajo el siguiente tenor: *“no obstante el carácter público de las normas procesales, éstas no deben transgredir el principio mencionado, ni mucho menos puede darse por supuestamente retroactivas, ya que-como lo expresaron anteriores Salas de lo Constitucional-“el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso jure, efecto retroactivo; aunque sea creencia generalizada lo contrario (...). Debemos además entender que por el solo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso de permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca”.* Véase sentencia de habeas corpus de 10-IV-2000, ref. 76-2000. Pero luego, ha vuelto sobre su marcha: *“Sobre la determinación de los alcances de la materia de orden público, se dice que las materias penal y procesal penal pertenecen a la esfera del Derecho Público y, en consecuencia, son de orden público, y por ello no tiene aplicación el principio de irretroactividad de la ley”.* En el mismo sentido véase también sentencia de habeas corpus de 6-VI-1996, ref. 11-S-96.

²⁷⁹ Véase sentencia de amparo de 14-I-1997, Ref. 38-S-93. Véase también sentencia de inconstitucionalidad 1-X-2014, ref. 68-2011. En el mismo sentido, véase CANO CAMPOS, T. *Las sanciones...* cit. p. 161. El autor señala que es erróneo considerar que el principio de irretroactividad de la ley no es aplicable a las normas procesales porque éstas también pueden limitar o ampliar el elenco de derechos existentes en un determinado procedimiento, sobre todo en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

²⁸⁰ Véase LÓPEZ MENUDO. F., *op. cit.* p. 724. El autor propone la siguiente solución: los procedimientos deben regirse hasta su culminación con arreglo a la norma vigente en el momento de su iniciación; ello sin perjuicio de que los recursos que se interpongan contra las resoluciones que recaigan en dichos procedimientos puedan ya erigirse por nueva ley.

ley aplicable al ilícito administrativo que se juzga, nos encontramos con al menos cinco supuestos respecto de los cuales corresponde dilucidar su momento de comisión.

Los supuestos más sencillos lo constituyen i) las infracciones instantáneas y ii) las infracciones que consisten en una acción. En el primer caso, el momento de comisión no genera duda. En el segundo, el momento de comisión se determina con el primer acto de ejecución. Luego encontramos un tercer supuesto que corresponde a iii) las infracciones de resultado. Debido a su estructura típica, el momento de comisión será cuando se genere el resultado prohibido.

Pero determinar el momento de comisión y la ley aplicable no resulta tan sencillo en los supuestos de iv) infracciones continuadas²⁸¹ y v) permanentes²⁸².

En estos casos, su estructura típica se prolonga en el tiempo y durante su desarrollo puede acontecer una sucesión normativa. Pero en ambos casos, más que los hechos objetivos, interesa a nuestro análisis la voluntad del infractor²⁸³.

En cuanto a las infracciones continuadas, debe considerarse que la voluntad se prolonga en el tiempo y permanece mientras se cometen los actos de la unidad jurídica. Por ello, deberá

²⁸¹ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2031. Los autores definen la infracción continuada como: "(...) la unidad jurídica formada por varios actos cada uno de los cuales, aisladamente considerado, reúne las características de un ilícito consumado o intentado, pero a la cual se califican conjuntamente como si constituyesen un solo ilícito". Véase RD 1398/1993, Art. 4.6. El RD define las infracciones continuadas como "la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". Véase DE DIEGO DíEZ, L., *Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª edición, Barcelona, Editorial BOSCH, 2009, p. 83. El autor recoge la redacción del RD 1398/1993 para enfatizar que no basta con la simple reiteración de conductas que infrinjan la misma norma jurídica, en tanto es preciso que esa reiteración de conductas responda a un mismo proceso psicológico y material. GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 150. En el caso de infracciones continuadas, no existe propiamente un problema de retroactividad o irretroactividad, sino un problema de determinación de la norma que resulta aplicable al caso, lo cual sucede cuando las infracciones se consuman.

²⁸² Véase DE DIEGO DíEZ, L., *op. cit.* p. 77. El delito permanente es aquel cuya realización se desarrolla a lo largo de toda la dinámica comisiva y en tanto persista la antijuricidad del comportamiento o de la acción que se prolonga en el tiempo. Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 606. *En los delitos permanentes (...) el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico (...) pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dura la situación de ofensa al bien jurídico.* GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2033. La infracción permanente "se da cuando una acción u omisión única crea una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia de conducta (...)". Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2031. En las infracciones existe una sola voluntad infractora inicial y con ello entera independencia de que persistan sus efectos, por lo que habrá de atenderse a la norma vigente al momento en que se cometió el acto constitutivo de la infracción.

²⁸³ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 149. "Lo importante en este caso no es tanto el hecho objetivo de los momentos en que se produce cada una de las acciones constitutivas de infracción –que también–, sino el momento temporal en que subsiste la voluntad infractora".

aplicarse la sanción posterior²⁸⁴. Por su parte, en las infracciones permanentes, como solo ha existido una voluntad al inicio de su comisión deberá aplicarse la ley vigente al momento de realizarse el último acto que desencadene el resultado²⁸⁵.

13.3. La norma aplicable en el cómputo de la prescripción

El principio de irretroactividad de la ley también rige en relación a la determinación de la norma que determina el plazo de prescripción. En este caso, deberemos entender que, si la norma posterior establece un plazo de prescripción menor que la norma anterior, deberá aplicarse la norma posterior. Por el contrario, si la norma posterior amplía el plazo de prescripción, entonces deberá estarse a la norma vigente al momento de la comisión del hecho. Esto como una consecuencia directa de la retroactividad *in bonam partem*²⁸⁶.

El problema no resulta complicado de resolver cuando partimos de la existencia de dos regímenes que regulan el plazo de prescripción. Pero se complica si consideramos la variable de un régimen anterior que no regule el plazo de prescripción y de uno posterior que sí lo regule. Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en la ya citada Ley de Ética Gubernamental derogada, la cual no regulaba el plazo de prescripción de las infracciones administrativas. Por su parte, la nueva Ley de Ética Gubernamental sí regula el plazo de prescripción (Art. 49) que establece en cinco años. Ante esta situación y bajo el supuesto hipotético de juzgar un hecho sucedido durante la vigencia de la anterior Ley de Ética Gubernamental, una opción es aplicar la ley posterior de manera retroactiva entendiendo que el escenario “*regulación plazo de prescripción*” es más favorable al presunto infractor que el escenario de “*no regulación de plazo de prescripción*”. Sin embargo, consideramos que esta no es la solución adecuada, en tanto no es verdaderamente más favorable.

²⁸⁴ Véase STS de 17 de abril de 2002. Este es el criterio que sostiene el TS español. En esta sentencia se aceptó la aplicación de una norma que no estaba vigente en el momento inicial de la comisión de la infracción, pero sí en otros posteriores en los que la conducta persistía.

²⁸⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 1924. Los autores desarrollan un esquema para determinar la ley aplicable en razón del momento de comisión de la infracción y respetando el principio de irretroactividad penal tanto en su manifestación positiva como negativa. Cuando nos encontramos con infracciones instantáneas, de una acción o de resultado, resulta lógico aplicar la ley vigente al momento de comisión, en tanto esta está claramente determinada. Lo anterior, salvo ley posterior más favorable. En el caso de las infracciones continuadas y permanentes, lo que importa es determinar el momento de comisión. Por ello, en el primer tipo al encontramos frente a una sucesión de hechos que constituyen una unidad jurídica, deberá aplicarse la ley vigente al momento en que tuvo lugar el último hecho de la unidad. Y en las infracciones permanentes, la ley vigente al momento de realizar el último acto que desencadena el resultado.

²⁸⁶ Véase STS de 20 de febrero de 2007. El TS sostuvo que “*la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior favorable al inculpaado se infiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior*”. En el mismo sentido véase SSTS de 30 de mayo, 13 de junio y 20 de noviembre de 2007; y de 22 de enero y 20 de marzo de 2009.

Si partimos del supuesto de que la ausencia de regulación de la prescripción no conlleva su inexistencia y que el aplicador del derecho está obligado a llenarle de contenido²⁸⁷, entonces debemos entender también que cuando la derogada Ley de Ética Gubernamental estuvo vigente existía una solución jurídica sobre dicho plazo. Por tanto, para determinar cuál es la ley favorable será necesario identificar primero cuál era el régimen de prescripción vigente al momento de cometer la infracción para realizar un análisis relacional con el nuevo régimen.

Para el caso, al momento de la vigencia de la derogada Ley de Ética Gubernamental, el régimen de prescripción estaba contenido en el Art. 21 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, cuyo plazo máximo es de dos años. Por ende, este es más beneficioso que la norma posterior contenida en el Art. 49 de la nueva Ley de Ética Gubernamental (cinco años).

13.4. La norma aplicable en el caso de normas sancionadoras en blanco

Estamos frente a una norma sancionadora en blanco cuando la conducta típica no se encuentra agotada en la descripción que de ella hace la norma y por eso remite parte de su contenido a otra²⁸⁸. A su vez, la norma a la que se hace remisión puede ser derogada o modificada, lo que equivale a una variación de la norma sancionadora. Ello porque su contenido está complementado por la norma remitida. Cuando esta situación se presenta, el principio bajo estudio surte pleno efecto, ya sea para desechar la norma posterior desfavorable o bien, para aplicar dicha norma si es favorable al presunto infractor²⁸⁹.

²⁸⁷ Véase sentencia de la SCA de 19-X-1999, ref. 53-D-98 “A pesar de que el principio de legalidad rige la actividad estatal, tal principio no hace referencia sólo a legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende desde luego a la Constitución”.

²⁸⁸ Véase IZQUIERDO CARRASCO, M., “Industria, Potestad Sancionadora”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, pp. 501-514. Este tipo de normas no se consideran contrarias *per se* al principio de legalidad penal ni cuando se remiten a otras normas con rango de ley o a normas reglamentarias. Ello porque la norma remitida no es de carácter sancionador, sino una que establece deberes, prohibiciones o mandatos y el tipo de la infracción se mantiene en la norma legal sancionadora. Nos ocuparemos a detalle de este tipo de normas en párrafos posteriores.

²⁸⁹ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 29-VIII-2009, ref. Inc. 55-2006. La SCN ha establecido que en “lo que respecta a las leyes penales en blanco en sentido estricto, puede sostenerse que las alteraciones de la norma de rango inferior que complementa la ley en blanco y generen un efecto agravatorio o extensivo de la responsabilidad penal, no puede aplicarse de manera retroactiva. Por ello, hay que incluir en la prohibición de retroactividad de la ley penal a las diferentes partes de la teoría de la pena, tanto en la fase de determinación judicial, como de medición, aplicación y ejecución. Efectivamente, el mandato de legalidad derivado del art. 15 CN., se extiende no sólo hacia la conducta punible, sino que también exige para el Legislador la predeterminación taxativa de la sanción a imponer”. En el mismo sentido véase STS de 22 de febrero de 1988: “(...) a los efectos de la retroactividad de la ley más favorable, una vez que el tipo existe, resulta intrascendente que su alteración o eliminación tenga lugar por modificación de la norma sancionadora

en blanco o por modificaciones de la regla complementaria que viene a dar el último contenido al tipo. El fundamento de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable (...) opera siempre que una modificación normativa afecte a la norma en blanco o a la complementaria”.

CAPÍTULO V. PROHIBICIÓN DE DOBLE JUZGAMIENTO O *NON BIS IN ÍDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 15. Reconocimiento constitucional y legislativo en el ordenamiento salvadoreño. 16. Contenido. 16.1. Identidad subjetiva. 16.2. Identidad objetiva y reincidencia. 16.3. Identidad de causa y el concurso de normas administrativas sancionadoras. 17. Identidades procesales imperfectas. 18. El carácter preferente del orden penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño. 19. La regla jurisprudencial sobre el *bis in ídem*.

14. Reconocimiento constitucional y legislativo en el ordenamiento salvadoreño

La CN salvadoreña recoge expresamente la garantía de *non bis in ídem* en su Art. 11 Inc. 10²⁹⁰. Este ha sido considerado como un principio general del Derecho²⁹¹ que proscribe la doble sanción por un mismo hecho. Su asidero en la CN salvadoreña le otorga estatus de derecho fundamental del ciudadano, por ende, nos permite afirmar -junto con nuestra jurisprudencia- que el

²⁹⁰ Véase GALLARDO CASTILLO, MARÍA J., *op. cit.* p. 290. La CE española no recoge expresamente este principio, por lo que ha sido el TC quien lo ha definido enmarcándolo en el Art. 25.1 debido a su vinculación con los principios de legalidad y tipicidad. No obstante, el Art. 133 LRJAP sí lo estatuye expresamente. Como más adelante expondremos, esta diferencia entre el ordenamiento jurídico español y el salvadoreño nos obliga a replantearnos la aplicabilidad de las teorías construidas por los juristas españoles al ámbito criollo. La no inclusión en el texto de la CE y su construcción jurisprudencial ha sido objeto de peculiares comentarios de parte de la doctrina especializada Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2052. “(...) Nuestra Constitución se olvidó de la regla prohibitiva del *bis in ídem*. Pero el Tribunal Constitucional –que por algo tiene súper poderes- lo ha encontrado escondido en las reglas (que denomina principios) de tipicidad (regla de la legalidad material) y reserva legal (regla de la legalidad formal)”. Véase también NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 430. “La Constitución nada dice sobre el particular y solamente algunas leyes sectoriales hacen referencia a la misma regulando algunos de sus efectos y de manera no uniforme. Ante la inexistencia de una proclamación legal, la regla surgió, en definitiva, como creación doctrinal, dominada por inequívocas inspiraciones ideológicas (no siempre contrastadas con la realidad) y por mimetismo de Derechos extranjeros. (...) la regla, más que una creación doctrinal, es un producto de la jurisprudencia, que es el punto más firme de referencia (...)”

²⁹¹ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio Non Bis In Ídem”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010. p. 764. No obstante, la doctrina aún discute su carácter de principio general del Derecho o regla jurídica, y en el caso español, si este efectivamente tiene base constitucional debido a que no ha sido considerado expresamente por la Constitución. Entre estos últimos, véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 438. Para el autor, el *bis in ídem* no es más que una regla jurídica no positivizada en una norma y por ello, considera un error afirmar que las reglas jurídicas no formuladas en una norma positiva se convierten en principios. En todo caso, el profesor Nieto reconoce el estatus de Derecho Fundamental con que opera este principio, tanto para la jurisdicción contencioso administrativa como para la constitucional. Este último aspecto es criticado en tanto su reconocimiento deviene de la jurisprudencia quien ha entendido que dicho principio está contenido dentro del Art. 25 CE por su vinculación con los principios de legalidad y tipicidad. Sobre tal afirmación, el profesor Nieto expone con dureza: “Y como este artículo 25 es un cajón de sastre en el que puede meterse cualquier cosa, he aquí que con absoluto desparpajo y sin la menor base positiva en una decisión voluntarista se ha <constitucionalizado> de la noche a la mañana el <derecho> al *non bis in ídem*”.

mismo es de aplicación general al *ius puniendi* del Estado, es decir, tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador²⁹².

Este principio es reconocido por tratados internacionales de los cuales El Salvador es parte. Específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8.4)²⁹³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.7)²⁹⁴. Por su parte, el Art. 9 del Código Procesal Penal²⁹⁵ regula esta garantía ampliando su contenido para incluir la cosa juzgada emanada de tribunales extranjeros.

15. Contenido

Para determinar qué debe entenderse por “misma causa” ha de recurrirse a tres criterios: a) identidad de persona; b) identidad de objeto; e c) identidad de causa de persecución²⁹⁶. Esta garantía constituye una prohibición a la duplicidad de decisiones relativas a un mismo hecho cometido por una misma persona²⁹⁷, puesto que el primer enjuiciamiento determina y califica

²⁹² Véase SSTC 2/2003 de 16 de enero; 154/1990 de 15 de octubre; 177/1999 de 11 de octubre; 329/1995 de 11 de diciembre. Para el TC, la finalidad de la garantía es evitar una reacción punitiva desproporcionada (...) en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”. HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 438. El principio *non bis in ídem* es de aplicación a las potestades punitivas del estado -ius puniendi- que ejerce por medio de la persecución penal de los ilícitos tipificados como delitos, pero que no impide trasladar los efectos de esta máxima al ejercicio de las potestades punitivas que descansan en la Administración.

²⁹³ Véase Art. 8. 4 Convención América sobre Derechos Humanos: “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

²⁹⁴ Véase Art. 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”. Al respecto, véase sentencia de inconstitucionalidad de 13-II-2015, Ref. 21-2012. Sobre la base del Art. 144 inc. 2º CN., la Sala sostiene que el reconocimiento del *non bis in ídem* en los tratados citados le vuelve parte de nuestro ordenamiento jurídico, y, por ello, constituye una regla obligatoria para todos los poderes públicos.

²⁹⁵ Véase Art. 7 Código Procesal Penal: “*Única persecución. Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada.*”.

²⁹⁶ Véase Sentencia de Casación de 5-X-2004, pronunciada por la Sala de lo Penal de la CSJ, bajo referencia 23-CAS-2003. Véase también PUERTA SEGUIDO, F., “La prohibición de bis in ídem en la legislación de tráfico”, publicado en *Documentación Administrativa. Número 284-285: mayo-diciembre 2009 Las sanciones de tráfico*, 2009, Madrid, pp. 229-254. La esencia del principio es la prohibición de la duplicidad de castigos, y la necesidad de excluir la posibilidad de imponer, si concurre la triple identidad, dos o más sanciones administrativas o penales, o una sanción administrativa y otra penal.

²⁹⁷ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, 2008. p. 19. Esta garantía tiene un contenido material o sustantivo, por cuanto se encuentra orientada a la sanción que pueda imponerse más que al procedimiento y sus garantías formales. No obstante, esta formulación material del *non bis in ídem* tiene una vertiente procedimental que consiste en la preferencia de la norma penal sobre la norma administrativa sancionadora que conlleva la del proceso penal sobre el procedimiento administrativo y la de la pena sobre judicial sobre la sanción administrativa. Además, el *non bis in ídem* detenta un sentido originario verdaderamente procesal consistente en la prohibición de sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos con el mismo objeto

jurídicamente la situación particular de manera definitiva²⁹⁸. Asimismo, se proscribe la duplicidad de procedimientos o procesos que versen sobre los mismos hechos²⁹⁹. Esta duplicidad de decisiones puede acaecer (i) entre dos tribunales penales; (ii) entre dos órganos de la Administración; (iii) entre un tribunal penal y la Administración³⁰⁰. En este último supuesto el conflicto puede presentarse no solo entre una sentencia y acto administrativo, sino también entre dos sentencias cuando el acto administrativo ha sido sometido al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Las reglas que se derivan de la vigencia de estas garantías pueden ser agrupadas de la manera siguiente: (a) La primera resolución impide decisiones posteriores, independientemente de su contenido, siempre y cuando exista un pronunciamiento sobre el fondo³⁰¹ y no sobre

²⁹⁸ Véase sentencia de Amparo emitida por la SCN de la CSJ de 14-II-2002, en proceso bajo referencia 454-2000.

²⁹⁹ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* pp. 295 y ss. La prohibición de un doble pronunciamiento constituye la vertiente material de principio, la cual proscribe la duplicidad de sanciones en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (tribunales y administración). Cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho o fundamento. Por su parte, la prohibición de la existencia de dos procesos constituye la vertiente material del *non bis in idem*. Esta pretende evitar que a través de procedimientos distintos se castigue repetidamente la misma conducta. Véase DOMENECH PASCUAL, G., “Principio *non bis in idem* y reapertura de procedimientos caducados” en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010 pp. 779-788. Para el autor, la prohibición de la existencia de dos procesos constituye una garantía integrante del proceso justo así como exigencia del principio de seguridad jurídica. Véase también GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 203. El autor reconoce dos vertientes del principio. La primera de ellas es la material mediante la cual se impide sancionar en más de una ocasión al mismo sujeto, por el mismo hecho y con el mismo fundamento. La segunda vertiente es la formal, conforme a la cual también se proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores (penal-penal; penal-administrativo; administrativo-administrativo) siempre que concurre la triple identidad. De esta vertiente deriva la regla sobre la prevalencia del orden penal que en breve estudiaremos. Esta regla también ha sido recogida por reiterada jurisprudencia española. Al respecto véase SSTC 159/1985, 94/1986, 154/1990; 204/1996, 177/1999. En el mismo sentido véase STC 188/2005 de 7 de julio.

³⁰⁰ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 430. El autor incorpora una cuarta variable que se suscita entre entidades de la Administración Pública y corporaciones de derecho público con facultad sancionadora, a las cuales asimila a la Administración Pública. Sin embargo, dicha categoría no es aplicable al ordenamiento jurídico salvadoreño en tanto el concepto de Administración Pública desarrollado desde el Art. 2 LJCA no abarca a tales corporaciones, las cuales son incluso inexistentes en nuestro medio, muy a pesar de que sean mencionadas por el Código Civil en su Art. 542, pero bajo una configuración distinta a como son entendidas en la doctrina y legislación española. Lo más parecido a esta figura son las organizaciones sin fines de lucro, las cuales están regidas por la Ley de Organización sin Fines de Lucro, pero bajo un régimen de derecho privado que sujeta su funcionamiento a un régimen de autorización administrativa, mas no les concede estatus de Administración Pública ni le delega el ejercicio de potestades administrativas. Véase Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, D.L. N° 894 de 27-XI-96, D.O. 238, Tomo. N°333 de 17-XII-1996.

³⁰¹ Véase también HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 436. Este principio se aplica exclusivamente a los castigos. Su naturaleza es propia del ámbito sancionador y por ello no puede ser considerado para analizar medidas legislativas o administrativas de naturaleza distinta a la punitiva. Por ello, las sanciones coercitivas pueden ir acompañadas de medidas de protección del orden jurídico en general. Precisamente, esta exclusividad del orden punitivo vuelve tan imperiosa su exigencia de manera que son incompatibles entre sí las sanciones “penales – penales”, “administrativas – penales” y “penales – administrativas”. Por ello, ante un hecho castigado a la vez como delito penal e infracción administrativa, deberá preferirse la primera categoría y

excepciones formales (prescripción, incompetencia, etc.) y para el caso del Derecho Administrativo Sancionador, esta regla opera tanto si la primera resolución proviene de un juez penal o de otro ente de la Administración³⁰²; (b) La segunda resolución deberá considerar las decisiones adoptadas en la primera³⁰³, sobre todo en el caso de hechos probados y cuestiones prejudiciales³⁰⁴.

15.1. Identidad subjetiva

Como lo ha sostenido el TC español en su jurisprudencia más reciente, el análisis de la triple identidad constituye el punto de partida para el análisis de aplicación de la prohibición³⁰⁵. El primer elemento lo constituye la identidad de sujeto.

desechar por completo la aplicación de la segunda. Pero esto no es óbice para acumular al castigo penal las consecuencias accesorias determinadas por la ley administrativa.

³⁰² Véase sentencia de amparo de 3-XI-2005, ref. 785-2003. Este análisis sobre el fallo debe realizarse en razón del contenido real de lo resuelto y no de la semántica legislativa que en muchos casos es laxa. En la sentencia que se cita, la SCN conoció de la sanción impuesta a un agente de la PNC quien alegó que anteriormente ya había sufrido otra por los mismos hechos. La autoridad demandada aseveró que la primera decisión constituía una medida cautelar y no un castigo propiamente dicho. La base de su defensa lo constituyó la literalidad del Art. 10 del Reglamento Disciplinario que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos que establecía como consecuencia jurídica la “suspensión del cargo sin goce de sueldo”. Al analizar el fondo del asunto, la SCN determinó que muy a pesar del término “suspensión”, estaba frente a un verdadero castigo administrativo por lo que entendió vulnerado el principio de *non bis in idem*.

³⁰³ Véase DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, BOSCH, 1998, p. 455. El autor advierte que la jurisprudencia del TS ha restringido la eficacia del principio en el ámbito del Derecho Penal circunscribiendo su ámbito de validez en el proceso penal al efecto preclusivo o negativo. Por ello, dicha vinculación se impone únicamente a la Administración en relación a los hechos declarados probados en los procesos penales a través de una sentencia que conozca del fondo del asunto o bien finalice con otras resoluciones equiparables. Realiza su análisis desde la SSTS de 23 de diciembre de 1992 y de 29 de abril de 1993

³⁰⁴ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 431. El profesor Nieto delimita las reglas derivadas del principio desde las construcciones jurisprudenciales y legislativas y las resume en lo que ha dado en llamar círculos. El primer círculo lo constituye el efecto negativo de la primera resolución respecto de pronunciamientos posteriores, independientemente del contenido que estos pudiesen llegar a tener y siempre y cuando el primer pronunciamiento haya considerado el fondo del asunto. El segundo círculo conlleva un efecto positivo sobre el contenido del primer pronunciamiento respecto de los posteriores si los hubiere. Esto en el sentido de que los pronunciamientos parciales de la primera decisión deberán ser respetados. El tercer círculo evoca los mecanismos de publicidad de las resoluciones. El cuarto círculo opera únicamente para el Derecho Administrativo Sancionador e implica que la prohibición del *bis in idem* opera respecto de resoluciones administrativas como de sentencias penales. El quinto círculo funciona dentro del mismo procedimiento y de las decisiones que se adopten dentro de su tramitación.

³⁰⁵ Véase STC 152/2001. Desde siempre se ha acogido la existencia de la triple identidad como presupuesto de aplicación de la garantía. Pero ha existido un cambio de criterio sobre quien es el ente competente para apreciarla. En las sentencias citadas, el TC expuso que la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad no podía ser cuestionada por el TC. Luego, a partir de la STC 3/2003, el TC entiende que la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en el *bis in idem* y por ello delimita el contenido de los derechos fundamentales, ya que estos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si estos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten en no padecer una doble sanción y no ser sometido a un doble procedimiento punitivo por los mismos hechos y con el mismo fundamento.

Para activar la garantía es necesario que nos encontremos frente al mismo sujeto sin importar siquiera el grado de culpabilidad o participación que se le atribuya³⁰⁶. Este elemento no se cumple cuando nos encontramos frente al castigo que ha de imponerse a una persona natural³⁰⁷ y a una jurídica en tanto son sujetos de derecho distintos. No obstante, cuando la persona natural ostenta un cargo de representación dentro de la estructura societaria, deberá tenerse en cuenta la estructura típica de la infracción que se evalúe: si el sujeto activo previsto por la norma es la entidad jurídica, deberá exigirse sólo a esta la responsabilidad entendiendo que es posible imputarle directamente desde los actos realizados por quienes ejercen su representación. Pero si nos encontramos ante un supuesto en el cual coexisten tipos de infracciones que diferencian entre el sujeto activo imponiendo conductas tanto a los representantes como a los representados, entonces podrá exigirse a cada uno la responsabilidad que corresponda sin vulnerar la garantía³⁰⁸.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el delito de “Captación Ilegal de Fondos del Público” regulado conjuntamente por el Art. 184 y 188 Ley de Bancos y 240-A y 309 del Código Penal. Aunque la técnica legislativa no es la mejor³⁰⁹, el delito al que se alude prevé la existencia de dos tipos de sujetos activos³¹⁰. En este caso no estaremos frente a la vulneración al *non bis in*

³⁰⁶ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 210. Nos dice el autor: “(...) resulta irrelevante el hecho de que un sujeto haya sido primeramente sancionado de manera solidaria junto con otros, y que el procedimiento posterior, donde se hace valer la eficacia de la prohibición de *bis in ídem*, sea el mismo sujeto individualmente imputado. En definitiva, lo importante a efectos de la coincidencia o identidad subjetiva que tratamos es que la persona inculpada en el procedimiento sea la misma, independientemente del título de culpabilidad esgrimido contra ella (...)”

³⁰⁷ Véase STS de 29 de abril de 1993. El TS define a la persona inculpada de la siguiente manera: “(...) ha de considerar a la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el condenado del segundo proceso”.

³⁰⁸ Véase DE LEÓN VILLALBA, *op. cit.* p. 463. El autor plantea el problema desde la disyuntiva sobre si las personas jurídicas son imputables o no. Para el caso de El Salvador, esta arista del análisis continúa siendo válida en tanto la discusión sobre el tema apenas comienza. No obstante, en el Derecho español este punto de la discusión puede considerarse superado en razón de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Nº 152 de 23 de junio de 2010 y la reforma al Art. 129 del Código Penal. Véase STS de 20 de enero de 1997. El TS sostiene que no se configura infracción al *non bis in ídem* cuando se sanciona a una persona natural y a la persona jurídica de la cual forma parte, por cuanto son dos personas distintas. En el mismo sentido véase Véase MESEGUER YEBRA, J., *El principio “non bis in ídem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Editorial BOSCH, 2000, pp. 16-17.

³⁰⁹ La estructura del delito se construye desde el Art. 184 Ley de Bancos y luego se remite la construcción de la sanción al Art. 240-A del Código Penal que por su parte construye el delito de defraudación a la economía pública. Luego el Art. 188 Ley de Bancos asume que quien comete el delito es una persona jurídica y, por excepción, establece la responsabilidad paralela de los administradores (“*Iguales sanciones podrán ser impuestas a los directores y administradores de las personas jurídicas que infrinjan dicha disposición*”). Pero como estudiaremos en un capítulo posterior, el Derecho Penal salvadoreño no contempla la responsabilidad de las personas jurídicas a quienes considera inimputables. Por ello, surge la duda sobre cómo se debe aplicar esta disposición.

³¹⁰ Véase Art. 188 Ley de Bancos: “*Las infracciones a lo dispuesto en el primer inciso del Artículo 184 de esta Ley, serán sancionadas con multas de hasta un millón de colones, de conformidad al procedimiento*

ídem, sino ante la aplicación correcta del tipo penal en tanto el sujeto activo previsto por el tipo corresponde tanto a la persona natural como a la jurídica³¹¹.

15.2. Identidad objetiva y reincidencia

Existe identidad de hechos cuando enfrentamos una actuación que corresponde a una misma manifestación de voluntad sujeta a una valoración unitaria en un tipo³¹². En tal sentido, para determinar si estamos frente a un mismo hecho será necesario atender a la descripción típica que realiza la norma para identificar cuáles conductas están ahí contenidas y cuales otras exceden el tipo y pueden ser sujetas de una infracción independiente³¹³.

En este punto conviene valorar la construcción de delitos e infracciones agravadas por la reincidencia³¹⁴. En estos casos, el legislador intenta edificar la tipicidad de la infracción o delito a

establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia. Iguales sanciones podrán ser impuestas a los directores y administradores de las personas jurídicas que infrinjan dicha disposición. Cuando la sentencia fuere condenatoria, el Superintendente deberá notificarlo a la Fiscalía General de la República y publicar este resultado, por una sola vez, en dos diarios de circulación nacional. En el caso de los directores, representantes legales, el gerente general, el director ejecutivo, el auditor interno y externo y directores con cargos ejecutivos de las sociedades que capten fondos del público sin autorización, se presumirá que tienen responsabilidad de la infracción a lo dispuesto en el primer inciso del Artículo 184 de esta Ley y las sociedades serán consideradas irregulares, de conformidad a la legislación mercantil”.

³¹¹ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.* p. 235-236. Se sostiene que en estos casos no existe inconveniente en la sanción por idénticos hechos en tanto, entre otros motivos, que no hay identidad de sujeto. Pero hace la salvedad que esto así debe estar contemplado en la ley.

³¹² Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía... cit.* p. 44. Estos criterios para identificar si nos encontramos frente a los mismos hechos pueden ser denominados como finalista y normativo. El criterio finalista hace alusión al elemento volitivo de la acción y exige que tanto en el primero como el segundo pronunciamiento nos encontremos frente a la misma manifestación de voluntad. El criterio normativo hace relación al encuadre legal al que puede ser sujeta la conducta.

³¹³ Véase también NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 489. Para el autor lo que califica los hechos como unidad o pluralidad es la decisión del legislador. Ello porque la norma debe contener la descripción típica para informar si para su comisión media uno o varios hechos. Agrega el autor que “*si prescindimos de los hechos naturales y nos atenemos a los tipos normativos, el problema se simplifica, ya que podemos encontrar la solución en los elementos que la norma ha seleccionado a la hora de tipificar el hecho*”. En ocasiones la jurisprudencia se decanta por realizar un ejercicio de constatación entre lo materialmente juzgado en el primer pronunciamiento y el segundo. Véase SSTC 2/2003 de 16 de enero; 154/1990 de 15 de octubre; 177/1999 de 11 de octubre; 329/1995 de 11 de diciembre. El TC sostuvo: “*se han de comparar los ilícitos sancionados partiendo de la acotación de hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado*”. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 210. Los autores exponen: “*Los elementos decisivos a contrastar a estos fines son los hechos constitutivos de infracción, es decir, únicamente aquellos elementos fácticos contemplados en el tipo penal o administrativo cuya comisión sea sancionable, quedando fuera del citado análisis de contraste los restantes hechos, no constitutivos, que puedan rodear la perpetración concreta del ilícito (...)*”.

³¹⁴ Véase CASTIÑEIRA M., y RAGUÉS R., “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos”, publicado en AA. VV. *En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 189-215. En el Derecho Anglosajón encontramos el tratamiento de la reincidencia como la doctrina de “Three Strikes” que hace alusión a la regla del juego de pelota según la cual, luego de tres intentos fallidos por golpear la bola, el bateador está fuera. Esta doctrina implica la determinación de penas de prisión prolongadas a aquellos que

partir de la nueva comisión de un tipo atenuado. Esta figura que modifica el castigo para un hecho ponderado originalmente como menos grave, parte del supuesto de la existencia de una primera condena que no ha servido para disuadir al sancionado de seguir cometiendo la acción ilícita, y en razón de ello se establece que una posterior declaración de culpabilidad tendrá un castigo mayor³¹⁵.

Originalmente la SCN validó la constitucionalidad de este tipo de normas sancionadoras. Como ejemplo citamos la sentencia de amparo de 12-II-2002, ref. 514-2000. En ella la Sala conoció sobre el castigo impuesto a una agente de la PNC construido desde la reincidencia de faltas graves. Al conocer el caso, la SCN determinó que los hechos que dieron paso a la sanción no eran los mismos que habían determinado las anteriores sanciones disciplinarias, por ende, decidió que no se había vulnerado la identidad subjetiva. El nuevo hecho al que hizo alusión la SCN era la acumulación de varias faltas que conllevan una nueva y diferente sanción disciplinaria³¹⁶.

Este argumento contiene un error de fundamento porque considera como “hecho” o “acción” a un elemento que solo constituye la calificación jurídica de la situación. Es decir, que considera como “hecho” a los castigos acumulados y no las acciones materiales que dieron paso a dichos castigos.

En su jurisprudencia más reciente, la SCN ha modificado su criterio sobre este asunto. Para el caso, traemos a estudio tres sentencias en donde se pronuncia declarando la inconstitucionalidad de este tipo de delitos e infracciones. En la primera de ellas, la SCN conoció

sean reincidentes en la comisión de ilícitos violentos. La constitucionalidad de este tipo de leyes ha sido cuestionada ante la Suprema Corte con resultados disímiles que atienden al caso que se juzga.

³¹⁵ Véase MESEGUER YEBRA, J., *El principio “non...” cit.* p. 15. Debe distinguirse la reincidencia de la identidad de hechos enjuiciados. La primera constituye la comisión de infracciones de la misma naturaleza, pero en momentos distintos. La segunda hace alusión a la posibilidad de múltiples decisiones que recaigan sobre una misma acción u omisión.

³¹⁶ Véase sentencia de amparo de 12-II-2002, ref. 514-2000. “(...) es evidente que los hechos justificativos de esta nueva decisión no están delimitados en relación a los que originaron las anteriores sanciones disciplinarias impuestas, por lo que no es jurídicamente viable considerar que esta última sanción tenga la misma base fáctica que las anteriores, sino más bien, reflejan una acumulación de varias faltas que conllevan una nueva y diferente sanción disciplinaria, y, por tanto, tiene origen en hechos totalmente diferentes”. En el mismo sentido, sentencia de Amparo de 4-III-2002, ref. 270-2000. Por su parte, la SCA también ha acompañado esta postura. Véase *sentencia de 9-VII-2002, ref. 175-A-2000*. Al juzgar un caso similar, luego de citar a la SCN, la SCA expuso: “Las sanciones no tuvieron el mismo fundamento ni perseguían el mismo fin. En la sanción impugnada no se imponía una consecuencia ante el hecho que ocasionó la falta leve -no haber portado el chaleco, haber dañado la motocicleta- sino, ante un sustrato fáctico diferente, cual es la recurrencia o reiteración en conductas constitutivas de infracción, cuya sanción busca el mantenimiento del orden a través del régimen disciplinario”.

sobre la constitucionalidad del Art. 30 N° 26 del Código Penal³¹⁷ que consideraba una circunstancia agravante de responsabilidad penal la reincidencia o habitualidad. Al realizar el juicio de constitucionalidad de la disposición aludida, la SCN consideró que al Derecho Penal salvadoreño le es relevante la comisión de actos, y, por lo tanto, el castigo de una acción concreta descrita típicamente representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a la conducta general o peligrosidad del autor³¹⁸. En tal sentido, las circunstancias particulares que modifican la responsabilidad, como la reincidencia y habitualidad, deben basarse en una consideración de mayor desvalor, ya sea del resultado, de la acción o de la exigibilidad a su autor.³¹⁹

Concluyó la SCN manifestando que existe contradicción con la prohibición constitucional del *non bis in ídem*, porque el aumento en el grado de la sanción se sustenta sobre una conducta ya punida, por ende, debe excluirse un efecto acumulativo a considerar en la siguiente decisión estatal de castigo³²⁰. Además, la SCN acotó que circunstancias de carácter subjetivo únicamente pueden ser consideradas por el aplicador de la norma para el análisis de la culpabilidad, lo cual podría derivar en la imposición del máximo de la pena estipulado en el tipo penal básico³²¹.

³¹⁷ Véase Código Penal Art. 30 N° 16: “*Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal: Reincidencia o habitualidad: 16) Cometer el hecho, como autor o participe, de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.*”

No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman.

Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones.

Sólo se apreciará la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos.”

³¹⁸ Véase HUERGO LORA, *op. cit.* p. 439. Al comentar la STC 188/2005 de 7 de julio que declara inconstitucional la letra j) del apartado 3 del Art. 27 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo que regulaba estructura de infracciones sobre la base de la reincidencia, el autor sostiene que se trata de un problema de técnica legislativa, en tanto se pudo haber optado por dar un castigo mayor al acto reincidente como agravante de responsabilidad. Véase también GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *op. cit.*, p. 211. Sostiene el autor que el castigo de un hecho antijurídico determinado no exonera a su autor de nuevas responsabilidades si vuelve a cometer la misma conducta bajo la aplicación de la figura de la reincidencia que opera como agravante de la nueva sanción.

³¹⁹ Véase MESEGUER YEBRA, J., *El principio “non...” cit.* p. 16. Para el autor la reincidencia debe ser valorada como una agravante de la sanción, mas no como una infracción, en tanto dicha reincidencia estará informada por hechos ya juzgados.

³²⁰ Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso acumulado bajo referencia 5-2001/ 10-2001/ 24-2001/ 25-2001/ 34-2002/ 40-2002/ 3-2003/ 10-2003/ 11-2003/ 12-2003/ 14-2003/ 16-2003/ 19-2003/ 22-2003/ 7-2004, de 23-XII-2010. “(...) *el incremento de la sanción penal tiene como base una anterior conducta delictiva ya castigada, y ante lo cual, la referida norma constitucional declara la inadmisibilidad de las múltiples penas por una misma infracción criminal. Ello impide la consideración de un residual efecto acumulativo derivado de un primer enjuiciamiento que deba ser tenido en cuenta en la siguiente sentencia condenatoria.*”

³²¹ Véase CANO CAMPOS, T., “*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador” publicado en *Revista de Administración Pública*, 2001, N° 156, pp. 191-

La SCN ha extrapolado este razonamiento al ámbito del Derecho Disciplinario y el Derecho Administrativo Sancionador, al considerar la reincidencia como una sanción independiente en la Ley Disciplinaria Policial contemplada en sus Art. 8 N° 35 y 9 N° 33. La primera disposición prescribe que el cometimiento de tres faltas leves en el transcurso de un año, debidamente sancionadas, será considerado una falta grave. La segunda establece la acumulación de tres faltas graves, ejecutadas en el periodo de dos años, como una muy grave.

Al ponderar su constitucionalidad, la SCN expuso que el cometimiento de una infracción administrativa conlleva la realización de un comportamiento desvalorado por el Derecho y, por ende, merecedor de un castigo. No obstante, dicho castigo debe imponerse en una magnitud suficiente para agotar el desvalor total de la acción a sancionar, sin que sea posible efectuar una nueva valoración del mismo como infracción, por cuanto se violaría el primer componente de la prohibición de doble juzgamiento, que es la identidad de causa. Por ello, establece una prohibición para regular infracciones administrativas cuyos elementos típicos estén informados por infracciones ya sancionadas con anterioridad.

Lo anterior debido a que cada conducta considerada como ilícita debe gozar de su propio contenido normativo, el cual debe describir el supuesto de hecho que da lugar al castigo. Debe considerarse que hay un único hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo. En el caso bajo estudio, el tipo y la acción continúan siendo uno solo, por lo que el nuevo tipo de “reincidencia” obedece a la manifestación de una nueva acción subsumible a un mismo tipo. La SCN concluyó: *“Por ende, no se muestra conforme al principio ne bis in ídem, que la acumulación de conductas efectuadas en el pasado –ya sancionadas en su individualidad– puedan constituir una conducta ex novo y por ende distinta a las anteriores”*³²².

249. El autor atribuye la extensión de los alcances de este principio a un problema de técnica legislativa y a la hipertrofia sancionadora. En tal sentido, si *“se tratara de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, se respetara el principio de ultima ratio del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del non bis in ídem y los problemas que el mismo plantea”*.

³²² Véase como ejemplo general en el derecho positivo vigente los Art. 152 y 153 LACAP. Véase también STS de 26 de septiembre de 1996. El TS examinó la construcción típica de una infracción sobre la base de la reincidencia contenida en la L.O. 2/1986 de 13 de marzo. Al respecto, el TS sostuvo que la conducta ilícita debe tener una identidad propia en cuanto los hechos que se valoran por lo que no es posible que conductas del pasado sancionadas individualmente puedan constituir de por sí en el presente una conducta nueva capaz de ser diferenciada como conjunto.

La jurisprudencia antes relacionada zanja el debate sobre este aspecto esencial de la garantía del *non bis in ídem*, debiendo ser considerada tanto por el legislador en la promulgación de nuevos cuerpos normativos, como por los aplicadores de normas sancionadoras como las descritas, las cuales son abundantes en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Existe un tercer caso en el cual la SCN se ha pronunciado en similares términos aun y cuando consideramos que estamos frente a una situación materialmente distinta. Nos referimos a la sentencia de 13-II-2015, Ref. 21-2012 en la que la SCN conoció sobre la constitucionalidad del Art. 158, romano I, letra a) LACAP. Dicha norma contempla la sanción de “*inhabilitación para participar en procedimientos de contratación administrativa*” para los ofertantes o contratistas que incurran en la conducta de “*haber sido sancionado con multa por la misma institución dos o más veces dentro del mismo ejercicio fiscal*”. Al resolver el caso planteado, la SCN en lo medular expresó que la infracción administrativa bajo análisis opera de forma automática, en tanto ya contiene el contenido fáctico de las dos o más multas impuestas anteriormente. Por ello concluyó que el objeto de control tipifica como ilícitos administrativos hechos que ya habían sido juzgados. Por ende, estimó la inconstitucionalidad de la norma aludida³²³.

Si bien concordamos con el enunciado general de la jurisprudencia en comentario, lo cierto es que en este caso estamos frente a una medida cuya finalidad ulterior no es solo sancionar al administrado, sino proteger a la Administración Pública de contratar con particulares incumplidores. Esta medida se justifica en tanto la Administración acude al ámbito de la contratación pública para satisfacer un interés general. Con todo, es evidente el error en la técnica legislativa empleada en la redacción del Art. 158, romano I, letra a) LACAP³²⁴.

³²³ Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 14-I-2016, bajo referencia 109-2013. Entre otros puntos, la SCN conoció sobre la inconstitucionalidad del Art. inc. 10 del art. 30 de la Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre Historial de Crédito de las Personas, en tanto que la calificación como infracción muy grave a la reincidencia de una infracción grave que regula dicha disposición implica la transgresión al principio *ne bis in ídem* al tratarse de una sanción que posee identidad subjetiva, fáctica y de fundamento con respecto a sanciones previas impuestas por infracciones graves conforme a dicha ley.

³²⁴ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 438. Sostiene el autor: “*En la mayoría de los casos es posible respetar el principio non bis in ídem con el empleo de una adecuada técnica legislativa sin necesidad de renunciar a los objetivos de política punitiva*”. Al referirse a la correcta técnica legislativa para evadir conculcaciones al *non bis in ídem*, el autor señala que el principio no prohíbe la instauración de sanciones complejas para un mismo hecho, por lo que si esas dos o más sanciones se establecen directamente en la norma tipificadora, entonces no se plantea ningún problema, contrario a lo que sucedería si estuviesen incluidas en dos o más disposiciones independientes y sujetas a procedimientos distintos. Compartimos la postura sobre la corrección de la técnica legislativa, en tanto no se pierda de vista que el problema por el respeto de esta y cualquier otra garantía no es un simple problema de semántica y formalismos

15.3. Identidad de causa y el concurso de normas administrativas sancionadoras

La identidad de causa como tercer elemento del *non bis in ídem* busca erradicar que la tutela de los bienes jurídicos se duplique en más de una disposición sancionadora, en tanto dicha protección debe agotarse en una sola norma³²⁵. La identidad de causa estará informada entonces por el fundamento jurídico de la pretensión de castigo³²⁶, es decir, por la consideración del bien jurídico que se pone en peligro antes que el hecho en sí mismo considerado³²⁷. Acerca de la identidad de fundamento, no se incurrirá en la prohibición *bis in ídem* si las sanciones responden a la protección de bienes jurídicos o intereses públicos distintos. Pero sí será inconstitucional si los bienes jurídicos o intereses afectados son semejantes o análogos en su fundamento.

El análisis de la identidad de fundamento cobra especial relevancia cuando se introduce el elemento de las diferentes modalidades de concurso de ilícitos³²⁸. Para ello, debemos auxiliarnos de las reglas que para el caso nos brinda el Derecho Penal³²⁹. En tal sentido, cuando la actuación

³²⁵ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Principio Non Bis In Ídem... *cit.* p. 764. El punto medular del análisis lo constituye entonces determinar el bien jurídico protegido por la norma sancionadora. Por ello, la autora sostiene que cuando se castiga dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho, pero para proteger en cada ocasión un bien jurídico diferente, no se vulnera el *non bis in ídem*. Concorre en estos casos un concurso ideal de ilícitos, en tanto un solo hecho vulnera dos normas jurídicas distintas que permiten la imposición de varios castigos. En el mismo sentido véase CANO CAMPOS, T. *Las sanciones... op. cit.* p. 177. "La identidad de fundamento alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones". Así también lo ha sostenido la SCA salvadoreña, véase sentencia de 29-VIII-2008, ref. 163-2005: "Con la identidad de "la causa de persecución", el principio de non bis in ídem, trata de impedir que la protección de bienes jurídicos sea duplicados en diversos tipos normativos de infracción, ya que se pretende que la finalidad de protección del referido bien se agote en una sola norma".

³²⁶ Véase sentencia pronunciada por la SCA de 25-IX-2001, ref. 134-A-98. Así lo entiende también la SCA quien en su análisis sobre la concurrencia de castigos por ilícitos tributarios (penal-administrativo) alude al fundamento de los mismos mediante el análisis de los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso: "Y es que la naturaleza del ilícito tributario administrativo difiere substancialmente del delito penal, por cuanto en el primer caso, la sanción se incurre por presentar la declaración de impuesto y el pago mismo fuera del plazo previsto en la ley, mientras que el delito penal se origina por la omisión de la presentación de declaraciones, siempre que dicha omisión implique el no pago del gravamen. Es decir, que en las infracciones tributarias se prevé el incumplimiento de las obligaciones, sin tomar en cuenta las consecuencias de la omisión a la misma. Cuestión distinta en materia penal, que la que se miden las consecuencias de la omisión del pago del impuesto, las que como anteriormente se mencionó, ponen en peligro el cumplimiento de los fines del Estado por falta de fondos en forma oportuna que para ese efecto se requieren". En el mismo sentido véase sentencias pronunciadas por la SCA de 9-VII-2002 y de 20-VI-2008, ref. 163-2005.

³²⁷ Véase PÉREZ NIETO, R., Y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., *op. cit.* p. 151. Para los autores la correcta identificación del interés jurídico tutelado por la norma sancionadora constituye el instrumento técnico que permitirá evitar la vulneración al principio. Véase MEJÍA, H., *op. cit.* p. 304. El autor identifica la identidad de causa con la misma pretensión y dentro de esta, la identidad de sujetos, objeto y *causa petendi* definida por el sustrato fáctico y el fundamento jurídico.

³²⁸ Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de... op. cit.* p. 749. El autor define el concurso de delitos como la concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya al otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados.

³²⁹ Véase Código Penal salvadoreño, Art. 40 y 41. Nuestra legislación define los concursos de la siguiente manera: Concurso Ideal "Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso

del sujeto pasivo pueda encuadrarse dentro del supuesto de hecho previsto por dos o más normas sancionadoras, deberá optarse por la norma jurídica que recoja todo el desvalor de la conducta. En cambio, si lo que sucede es que múltiples acciones constituyen una pluralidad de ilícitos, entonces deberán aplicarse los castigos que correspondan por cada infracción, sin que por esto se entienda vulnerado el principio. El principio prohíbe aplicar dos o más normas sancionadoras en concurso, mas no así la aplicación de sanciones por la realización de distintos ilícitos (o concurso de infracciones). Desarrollaremos estas ideas a continuación.

Nuestra legislación y jurisprudencia administrativa no prevén salida alguna para el caso en que dos normas administrativas sancionadoras concurren sobre unos mismos hechos³³⁰. Aunque este tipo de conflictos sí que se suscitan en la práctica cotidiana de la Administración Pública salvadoreña.

Para buscar una solución a tal disyuntiva³³¹, es preciso iniciar descartando la alternativa que va en contra del *non bis in ídem*. Esta es sostener la posibilidad de que concurren dos sanciones por los mismos hechos, que es el postulado que entraña la garantía que se analiza. Pero este descarte también debe predicarse de la posibilidad de que se tramiten de forma paralela dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos³³². Lo anterior salvo que no exista identidad de fundamento³³³.

no se excluirán entre sí". Concurso Real "Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada".

³³⁰ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR "Principio... *op. cit.* p. 771. De igual manera, el ordenamiento jurídico español tampoco estatuye una regla de preferencia. Por ello, la autora plantea distintas soluciones. La primera de ellas es extrapolar las reglas del Art. 8 del Código Penal español <especialidad, subsidiariedad, absorción o consunción y alternatividad o del castigo más grave>. Lo anterior, siempre y cuando las leyes sectoriales no establezcan una regla específica. También plantea el criterio cronológico desde el Art. 133 LRJAP, dando prevalencia a la sanción que primero se imponga. Aunque reconoce que no es la salida ideal, le reconoce la validez en tanto permite respetar la garantía. Desde nuestro punto de vista, la salida planteada todavía no es suficiente para salvaguardar la vertiente procesal del principio, por cuanto admite la posibilidad de un enjuiciamiento paralelo.

³³¹ Véase DE LEÓN VILLALBA *op. cit.* p. 199. El autor pone énfasis sobre la dificultad de establecer una respuesta única y propugna por la utilización de los instrumentos que nos brinda el ordenamiento jurídico y en especial aquellos relacionados con el *non bis in ídem*: la Teoría de los Concursos, la institución de la cosa juzgada, los métodos de resolución de conflictos jurisdiccionales. Aunque esta propuesta puede ayudarnos a encontrar soluciones para los casos concretos, su implementación resulta extremadamente peligrosa en el ámbito salvadoreño. Ello porque la jurisprudencia ha demostrado ser extremadamente volátil, lo que impide unificar criterios. Además, porque dicho vicio alcanza a la Administración Pública -como ha sido expuesto en otros apartados de este trabajo- a quien además debemos atribuirle los vicios propios de la falta de especialización en la materia, la carencia de normas jurídicas que le auxilien en su labor y la renuencia reiterada a tutelar las garantías del ciudadano.

³³² Véase STC 2/1981, de 30 de enero. El TC español ha avalado esta posibilidad cuando se trate de una relación especial de sujeción entre la Administración y el administrado. "El principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga

Resaltamos la última idea porque los presupuestos del *non bis in ídem* prohíben la duplicidad de sanciones por un mismo hecho y con idéntico fundamento. El fundamento de la sanción lo constituye el bien jurídico tutelado por cada norma. Si este no concurre, entonces no se cumple con la triple identidad, por tanto, no estamos frente a una vulneración al principio³³⁴. Ello porque cuando existen normas aparentemente aplicables en razón de la tutela de bienes jurídicos distintos, no concurre identidad de fundamento³³⁵, sino un concurso ideal de ilícitos que habilita la imposición de varios castigos³³⁶.

duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración". Véase HUERGO LORA, A., op. cit. p. 438. HUERGO LORA justifica esta alternativa porque sostiene que las sanciones disciplinarias merecen un trato especial dado que su finalidad va más allá del castigo en tanto persiguen el buen orden de la Administración.

³³³ Véase STC 234/1991 de 10 de diciembre. Para determinar si la dualidad de sanciones respeta la garantía del *non bis in ídem* es necesario verificar (i) que la norma que impone cada castigo se justifique en tanto no contemple el ilícito desde la perspectiva del mismo bien jurídico protegido; y (ii) que la sanción guarde proporción a la necesidad de protección social. Así lo expresa el TC cuando expone: "No basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio «ne bis in ídem» no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".

³³⁴ Véase CANO CAMPOS, T., *Las sanciones...* cit. pp. 177-178. El fundamento de la sanción lo constituyen los bienes jurídicos tutelados, por lo que, si el hecho cometido por un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos o el mismo varias veces, no existe identidad de fundamento. El autor afirma que esta concepción del principio conlleva la prohibición de imponer dos sanciones por una sola vulneración al ordenamiento jurídico por la comisión de una sola infracción. Este criterio también ha sido sostenido por la SCA en sus sentencias de 9-VII-2002, Ref. 175-A-2000; 8-II-2007 Ref.318-M-2004; 26-VI-2003, Ref. 125-R-2000; 28-XI-2007 Ref. 87-T-2003.

³³⁵ Véase QUINTANA LÓPEZ, T., "Empleados Públicos, régimen disciplinario" publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010 pp. 367-384. Es la falta de identidad de fundamento lo que justifica el doble juzgamiento de empleados públicos cuando sus actos puedan ser constitutivos de delito y a la vez faltas disciplinarias. Véase también MORY PRINCIPE, F., *El proceso administrativo disciplinario. Derechos, deberes, obligaciones, faltas, sanciones, jurisprudencia, marco legal*, 5ª edición, Lima, Editorial RODHAS, 2013, pp. 107-108. El autor conceptualiza los tipos de responsabilidad en que puede incurrir los empleados públicos en civil, penal y administrativa: "La responsabilidad civil es aquella en la que incurrir los servidores y funcionarios públicos que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, haya ocasionado un daño económico (...) La responsabilidad penal es aquella en la que incurrir los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito (...)". La responsabilidad administrativa no la define expresamente, pero podemos entenderla como la acción u omisión que vulnera una norma del ordenamiento jurídico administrativo.

³³⁶ Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre. La demanda que dio origen al proceso tenía por objeto la impugnación de los apartados 2 y 8 del art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicado en BOE núm. 10 de 12/01/2000, la cual autoriza la expulsión de los extranjeros condenados por conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, por considerar que se establece que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal. Al resolver el asunto, el TC rechazó la demanda exponiendo: "lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad

Para resolver el problema se ha planteado la posibilidad de (i) aplicar una sola de las normas, prefiriendo aquella que agote el desvalor de la conducta; o (ii) Aplicar varias normas bajo la figura del concurso de infracciones, siempre que estas tutelen intereses diferentes. Desde estas ideas se sostiene que, si los expedientes se tramitan ante la misma Administración, esta deberá archivar uno de ellos. Pero si concurren dos Administraciones, lo lógico será que se apliquen dos cuerpos normativos distintos y con fundamentos distintos, por lo que no se vulnerará la garantía³³⁷.

Otra corriente propugna por incluir en el análisis el criterio cronológico: al menos uno de los procedimientos deberá suspenderse, debiendo preferirse la tramitación de aquél que inició primero³³⁸.

También se ha planteado la utilización combinada de los criterios de la *voluntad de la Administración* y el *cronológico*: si la Administración se encuentra frente a un hecho que pudiese derivar en dos procedimientos, podrá decidir cuál iniciar y cual archivar. Si son dos Administraciones, estas podrán decidir por separado si paralizan o continúan tramitando los respectivos expedientes. Pero una vez pronunciada la primera decisión, regirá el criterio cronológico dando preferencia a esta, y en caso de presentarse una nueva decisión sobre el asunto, podrá impugnarse ante los mecanismos de control ya establecidos por la inobservancia de la prohibición de doble juzgamiento³³⁹.

Por nuestra parte nos adherimos a la última alternativa expuesta, por cuanto goza de la simpleza y practicidad necesaria para su implementación, en tanto no se abandona únicamente al

entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la "causa de expulsión" que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes".

³³⁷ Véase GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *op. cit.* pp. 226-227 y 234. El autor estudia estas alternativas, pero reconoce la dificultad de aplicación, sobre todo cuando convergen dos Administraciones distintas. En tales casos se avoca a la aplicación analógica del Art. 8 del Código Penal español exponiendo que dichos criterios interpretativos fueron aceptados en el Derecho Penal español incluso antes de la promulgación del Código Penal de 1995.

³³⁸ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 325. El autor resalta los problemas que conlleva la tramitación paralela de procedimientos sancionadores debiendo suspenderse uno de ellos. Ante la carencia de regla expresa sobre cómo proceder, el autor propone utilizar el criterio cronológico, por lo que la suspensión recaerá sobre el procedimiento iniciado con fecha posterior.

³³⁹ Véase NIETO, A. *op. cit.* p. 478. El autor construye su propuesta desde la perspectiva lógica del principio. Entiende que una misma Administración podrá determinar cuál es la mejor forma de actuar para cumplir con la tutela del interés jurídico que le corresponde. Pero también acepta que no es posible que una Administración se auto atribuya el carácter preferente para juzgar un hecho sobre otra Administración igualmente competente. Por ello, se encomienda al control judicial de la Administración Pública para hacer valer la garantía.

arbitrio de la Administración, sino que se avoca también al mecanismo de control judicial de la Administración Pública para exigir el respeto a la garantía.

16. Identidades procesales imperfectas

La prohibición del *bis in ídem* conlleva la incompatibilidad de coexistencia de una sanción administrativa y otra penal o viceversa. No obstante, cuando la duplicidad de decisiones se presenta entre estos dos ámbitos, en ocasiones concurren identidades procesales imperfectas que habilitan la coexistencia de una doble perspectiva punitiva³⁴⁰.

Debemos partir de la existencia de dos principios difícilmente compatibles: la exclusividad punitiva del poder judicial (Art. 172 CN.) y la potestad punitiva de la Administración (Art. 14 CN). Cuando se presenten supuestos en los cuales un hecho puede ser tipificado por dos normas de naturaleza distinta, la doctrina mayoritaria sostiene que la potestad sancionadora de la Administración debe quedar vinculada a la apreciación de los hechos ilícitos probados en el proceso penal³⁴¹.

Esta regla conlleva que la actuación de la Administración esté sujeta siempre al control judicial. Asimismo, la imposibilidad para que ésta tramite procedimientos sancionadores sobre hechos que pudiesen constituir delitos o faltas, mientras el juez no emita la correspondiente resolución. Y finalmente, la obligación para la Administración de respetar la cosa juzgada³⁴².

³⁴⁰ Véase sentencia de la SCA de la CSJ de 29-VIII-2008, ref. 163-2005. La SCA también ha sostenido que: *“Con la identidad de “la causa de persecución”, el principio de non bis in ídem, trata de impedir que la protección de bienes jurídicos sea duplicados en diversos tipos normativos de infracción, ya que se pretende que la finalidad de protección del referido bien se agote en una sola norma”*.

³⁴¹ Véase QUINTANA LÓPEZ, T., “El principio non bis in ídem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, publicado en *Revista española de Derecho Administrativo*, 1986, No. 52/1986, p. 585. Lo anterior debido a que un hecho no puede aparecer y desaparecer para un mismo Estado. En tal sentido, la prevalencia de la jurisdicción penal deviene en la fe sobre el mayor número de garantías que rodean su ejercicio y además en la independencia judicial de la cual no goza ni es destinataria la Administración. En el mismo sentido véase CELEMÍN SANTOS, V., *Derecho sancionador y mercado de crédito*, Barcelona, Editorial BOSCH, 2001. p. 129. A partir de la redacción del Art. 2 de la LDIEC, el autor sostiene que la existencia de un supuesto constitutivo a la vez de infracción administrativa y de delito debe resolverse en favor de la tramitación judicial, pues este orden es prioritario y al juez penal corresponde una primacía y una independencia que podría entenderse perturbada por la tramitación paralela del procedimiento sancionador.

³⁴² Véase STC 2/2003 de 16 de enero. En el mismo sentido véase MESEGUER YEBRA, J., *El principio “non... cit. p. 14*. Para el autor, la subordinación de la Administración a la autoridad judicial conlleva necesariamente el control de los actos de la primera por la segunda en vía de recurso, así como también la prohibición del trámite del procedimiento administrativo sancionador de forma paralela al proceso penal y el necesario respeto de la cosa juzgada. Véase también GALLARDO CASTILLO, *op. cit.* p. 300-301. Desde el análisis de la vertiente procesal del *non bis in ídem* y la prevalencia del orden penal, el autor esquematiza sus consecuencias de la siguiente manera: (i) prohibición de doble enjuiciamiento administrativo por un único fundamento; (ii) obligación de la Administración de dar aviso a los órganos jurisdiccionales de los hechos que pudiesen constituir delitos y la paralización del procedimiento sancionador <STS de 23 de julio de 1998>; (iii)

Un sector importante de la doctrina se aparta de la tesis que propugna por el carácter prevalente del orden penal frente al administrativo³⁴³. Incluso el TC en su STC 177/1999, de 11 de octubre, ha otorgado un carácter accesorio o secundario a la aludida regla de la prioridad y prevalencia del pronunciamiento penal, entendiendo que el verdadero significado de la garantía apunta frente a una desproporcionada reacción punitiva del Estado.

Se sostiene así que el carácter prevalente del Derecho Penal constituye una ilusión en tanto el *ius puniendi* de la Administración Pública también está reconocido por la Constitución³⁴⁴. Este planteamiento es coherente con la idea de la identidad ontológica entre las ramas jurídicas bajo estudio y la teoría del *ius puniendi* único del Estado ya abordadas en este trabajo³⁴⁵.

17. El carácter preferente del orden penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño

En el ámbito jurídico salvadoreño, la postura dominante es el carácter prevalente del Derecho Penal³⁴⁶. Esta solución ha sido adoptada sin reflexionar en la configuración del principio *non bis in ídem*, que, a diferencia del caso español, encuentra su asidero directo en la CN y no como un derivado obtenido por la jurisprudencia que le interpreta.

La teoría del carácter prevalente del Derecho Penal pasa por la discusión sobre qué norma es más constitucional: el Art. 14 o el 172 CN. Lo cierto es que las disposiciones constitucionales tienen igual valor, por lo que no es válido poner una sobre la otra. Entonces, si consideramos la entidad ontológica, la unidad del *ius puniendi*, el origen constitucional del Derecho

preferencia del castigo penal frente al administrativo el cual queda inhibido; (iv) respeto de la Administración hacia la cosa juzgada judicial; (v) imposibilidad de sanción administrativa cuando el juez determine que los hechos no han sido probados.

³⁴³ Véase MARINA JALVO, B. "La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in ídem. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)" publicado en *Revista de Administración Pública*, 2003, No. 162, pp. 175-188.

³⁴⁴ Véase STC 177/1999, de 11 de octubre. Expuso el TC en la citada sentencia: "(...) no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del Derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental"

³⁴⁵ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 133. Para el autor, tanto el rango constitucional del *non bis in ídem* como el carácter preferente del Derecho Penal constituyen un mero "voluntarismo jurisprudencial" sin base alguna: "Lo que ha hecho el tribunal constitucional (sic) español es inventar una regla de resolución de concurso de normas imposible de deducir de nuestro ordenamiento jurídico, del cual, más bien, cabría deducir la regla contraria".

³⁴⁶ Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 14-I-2016, bajo referencia 109-2013. La SCA sostiene que cuando una misma conducta pueda caer en los dos ámbitos -penal y administrativo-, habrá que investigar en primer lugar su adecuación al precepto penal que, de comprobarse, excluiría la responsabilidad administrativa.

Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, y finalmente el carácter de última ratio del Derecho Penal cabe preguntarnos: ¿Qué sostiene el carácter prevalente de este último?³⁴⁷. Para el caso salvadoreño dicha regla no puede derivarse ni del Art. 11 CN ni de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

Este axioma de la prevalencia penal se sostiene sobre el preconcepto de que el orden penal ofrece mayores garantías al ciudadano que se ve sujeto al ejercicio del ius puniendi: la prevalencia penal se extrae de la necesidad de dotar al ciudadano de las máximas garantías frente a una decisión que pudiese conllevar un castigo³⁴⁸. Pero este argumento pierde su fuerza inicial cuando nos damos cuenta que la actividad de la Administración Pública se encuentra siempre sujeta al control judicial, específicamente, a la jurisdicción contenciosa administrativa³⁴⁹.

Sobre la base de lo expuesto, discrepamos de la validez de las razones para sostener la tesis mayoritaria en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Es que debemos reparar que en la CN salvadoreña no existe asidero para sostenerle. Tampoco es cierto que las garantías de los ciudadanos se vean menos protegidas en el procedimiento administrativo sancionador sujeto al control jurisdiccional mediante el contencioso administrativo. Por ello, la respuesta a la disyuntiva planteada debemos buscarla en razones de proporcionalidad, equidad y seguridad jurídica³⁵⁰.

³⁴⁷ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 133. Para los autores no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna pauta que permita sostener la prevalencia del orden penal. Afirman que esta teoría es “*puro voluntarismo jurisprudencial y ejemplo llamativo de asunción de funciones legislativas*”.

³⁴⁸ Véase sentencia de inconstitucionalidad de 29-IV-2012, Inc. 18-2008. Así lo sostiene la SCN cuando al referirse al carácter preferente del orden penal sostiene “*(...) al ser la jurisdicción penal la que puede imponer las sanciones de mayor intensidad a las que estipula el régimen disciplinario, y conforme a un procedimiento más riguroso, los hechos declarados probados en dicha sede deben ser respetados por los órganos administrativos*”.

³⁴⁹ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* pp. 446-447. El autor advierte que la justificación brindada por la jurisprudencia carece de sentido cuando la sanción es revisada por el contencioso administrativo, también parte del orden jurisdiccional. Sostiene, además, que esta postura parte de la asunción inercial de dos ficciones: (i) que la sanción procede siempre de la Administración sin que tenga efectos jurídicos relevantes la revisión del contencioso administrativo; y (ii) que el procedimiento penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Estado.

³⁵⁰ Véase DE LEÓN VILLALBA, *op. cit.* p. 170. El autor sostiene que la unidad de fines comunes perseguidos por el Estado mediante el ejercicio de la potestad sancionadora imposibilita que sean varios los órganos de dicho Estado los que respondan frente a un mismo hecho. Por ello, una acción ilícita legitima una sola actuación estatal. Esto por razones de proporcionalidad, equidad y seguridad jurídica. Pero cuando la acción ilícita alcance varios intereses jurídicos tutelados cuya protección corresponda a órganos diferentes, habilita a que el Estado responda con múltiples sanciones. Véase también HUERGO LORA, *op. cit.* p. 440. Para el autor, el carácter preferente del orden penal se basa en la existencia de diferencias cualitativas entre lo penal y lo administrativo y de la supletoriedad del primero en el campo de los principios. Pero como hemos demostrado en este trabajo, no existe diferencia de calidad o grado entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, pudiendo llegar a ser más afflictivos los castigos de este último que los del Derecho Penal.

No debemos perder de vista que el ejercicio del Derecho Penal se encuentra también regido por el principio de intervención mínima del Estado. A partir de este debemos entender que la acción penal del Estado se justifica solo si es necesaria y no existe otra alternativa³⁵¹.

Empero, consideramos que existen otras razones que pueden sostener la prevalencia del orden penal. A nuestro criterio, estas descansan en el principio de exclusividad de la jurisdicción, específicamente en cuanto a que la potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva -'juzgar'- como en la ejecutiva -'hacer ejecutar lo juzgado'-, y la producción de cosa juzgada, ha sido atribuida como monopolio al Órgano Judicial³⁵².

El argumento apuntado guarda relación con el Principio de División de Poderes, el cual emana del artículo 86 CN. Este establece que los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial ejercerán el poder público dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establezca la Constitución y las leyes. Por lo que existen tres funciones estatales básicas encomendadas a tres órganos diferentes, entre los cuales deben prestarse colaboración. En la actualidad se ha admitido que las funciones estatales no pueden concebirse como exclusivamente ligadas a un órgano del Estado, pues uno o varios órganos pueden coparticipar en el desempeño de una misma función. Pero esta coparticipación no puede ser ilimitada, tal y como la SCN lo ha establecido en su jurisprudencia³⁵³. En virtud de ello, ninguno de los órganos estatales puede desprenderse de las atribuciones que la CN le ha asignado y conferirla a otro órgano³⁵⁴.

³⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de... cit.*, p. 110. El autor explica que la subsidiariedad de la intervención penal constituye una exigencia político-criminal. Por ello, el Derecho Penal debe ser entendido como de *ultima ratio* en relación a otros medios menos traumáticos de los que dispone el Estado.

³⁵² Véase Sentencia de inconstitucionalidad de 20-VII-1999, Inc. 5-99, Considerando V 1.

³⁵³ Véase Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010/27-2010/28-2010, Considerando III 2. La SCN estableció que: "*Aunque no se encuentre enunciado como tal, puesto que es de origen doctrinario, el principio de la división de poderes, cualquiera que sea su versión, emana claramente del art. 86 CN., siendo un elemento de todo Estado Constitucional de Derecho. Del art. 86 CN. se desprende, en primer lugar, que el poder político es uno sólo, puesto que es manifestación de la soberanía del pueblo salvadoreño. Sin embargo, también queda claro que existen tres funciones estatales básicas, encomendadas a tres órganos diferentes, los que deben prestarse colaboración entre sí. En consecuencia, las funciones estatales no pueden concebirse como exclusivamente ligadas a un órgano del Estado, pues uno o varios órganos pueden coparticipar en el desempeño de una misma función. Por otro lado, de la disposición mencionada también se infiere que es constitucionalmente permitido que un órgano del Estado controle a otro y viceversa, en el marco de sus respectivas competencias*".

³⁵⁴ Véase Sentencia de 1-XII-1998, Inc. 16-98, Considerando III 3 D. De la sentencia citada podemos extraer los elementos que configuran el principio de exclusividad, los cuales establecen la existencia de zonas de competencia cuyo monopolio corresponde al órgano que la CN determina, por tanto, el legislador no puede atribuir las a uno distinto. La CN prevé los casos en los que excepcionalmente un órgano puede realizar funciones que en principio corresponde a otro órgano del Estado. Como ejemplos se pueden citar: 1) La facultad reglamentaria que, mediante el artículo 168 Ord. 14º, le corresponde al Órgano Ejecutivo. 2) La facultad sancionadora encomendada por el artículo 14 CN. a la Administración Pública, y 3) La facultad de investigación de las comisiones especiales de la Asamblea Legislativa (Art. 131 Ord. 3º CN.). Sobre el último ejemplo de los arriba citados debemos resaltar lo expuesto por la SCN en la sentencia de 1-XII-1998, Inc. 16-

La CN delimita las zonas de reserva exclusiva para los diferentes órganos, por ejemplo: 1) decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos, que es zona de reserva exclusiva de la Asamblea Legislativa³⁵⁵, 2) El nombramiento y remoción de ministros y viceministros que es zona de reserva exclusiva del Órgano Ejecutivo³⁵⁶, y 3) El juzgar y ejecutar lo juzgado, que según el artículo 172 inc. 1º es zona de reserva exclusiva para el Órgano Judicial, en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.

Por ello, debemos distinguir entre la función sancionatoria contenida en el artículo 14 CN., y la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial en base al artículo 172 inc. 1º CN. Aquella es parte de la atribución constitucional que expresamente se atribuye a la Administración Pública y que por lo tanto se limita a ello. Es decir, que la función sancionadora no incluye la producción de cosa juzgada³⁵⁷. En los casos en que la CN ha previsto zonas de reserva exclusiva, la ley no puede atribuir a otro órgano dichas competencias, pues es contrario al principio de separación de poderes y, en este caso específico, contrario al principio de exclusividad³⁵⁸.

98, Considerando III 3 D, en la que determinó que *“el objeto de la investigación de las comisiones especiales parlamentarias tiene que estar limitado por las competencias constitucionales conferidas a los otros órganos del Estado, pues si ésta, so pretexto de ejercer su atribución de investigación, asume funciones reservadas a otros órganos del Estado vulnera tal principio, piedra angular de todo Estado Constitucional de Derecho. [...] que las facultades de investigación otorgadas a la Asamblea Legislativa no pueden suponer una actividad juzgadora ni tampoco intervenir en las actuaciones judiciales. Y es que, la exclusividad del Órgano Jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, contemplada en el art. 172 inc. 1º CN., excluye o impide la posibilidad de usurpación de las atribuciones judiciales por parte del Órgano Ejecutivo y el Legislativo”*.

³⁵⁵ Véase Art. 131 Ord. 6º CN.

³⁵⁶ Véase Art. 162 CN.

³⁵⁷ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 305. El autor define la “cosa juzgada” como la excepción procesal que imposibilita un nuevo juzgamiento cuando concurra la identidad entre las cosas, las causas, las personas y la calidad en que lo fueron, en tanto estos elementos configuran la causa de pedir. Por ello, sostiene, la cosa juzgada vincula negativamente al juez prohibiéndole juzgar de nuevo lo ya juzgado, o que le exige acomodar su enjuiciamiento al resultado de un juicio previo cuando se encuentre ante supuestos de prejudicialidad. Véase STC 77/1983 de 3 de octubre. El TC expone: *“(...) la resolución administrativa debe ceder ante la sentencia por la necesidad de respetar la cosa juzgada; la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema (...) la administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los tribunales.”*

³⁵⁸ Véase STS de 22 de julio de 2008. El TS ha puesto énfasis en la fijación de los hechos realmente sucedidos y en la necesidad de su invariabilidad tanto en sede penal como en la administrativa. En el mismo sentido, véase STS de 10 de mayo de 2002. En este caso, el TS advierte el peligro de tramitar dos procedimientos paralelos en relación a la fijación de los hechos que se realice fruto del ejercicio probatorio. Véase NIETO, A., *op. cit.* p. 450. El autor concluye que la intención del TS en la jurisprudencia citada es que la Administración tenga elementos de juicio suficientes para ponderar si se están tramitando procedimientos superpuestos o paralelos sobre los mismos hechos y, en su caso, sujetos y fundamentos que han de dar lugar a la paralización del procedimiento administrativo sancionador.

Pero esta teoría también es refutada por quienes consideran que tampoco alcanza para establecer la prevalencia del orden penal sobre el administrativo. Sostienen que lo más recomendable es establecer un orden cronológico entre uno y otro, de manera tal que la competencia será atribuida a aquél que primero conozca del asunto³⁵⁹.

Aun y cuando dicha postura guarda una solución pragmática al problema que estudiamos, debe considerarse que niega el rango constitucional de la garantía del *non bis in ídem* en el Derecho español. Para el caso salvadoreño, dada su consagración expresa en la norma fundamental, la solución apuntada no es suficiente para satisfacer la necesidad de tutela de los derechos del ciudadano. Por ello, es menester realizar una interpretación coherente de la CN tal como hemos propuesto en los párrafos precedentes³⁶⁰.

18. La regla jurisprudencial sobre el *bis in ídem*

En párrafos anteriores nos referimos a la sentencia de inconstitucionalidad de 29-IV-2013, ref. 18-2008 para hacer relación a la identidad objetiva en los tipos sancionadores que se construyen a partir de supuestos ya juzgados (reincidencia). Como ya adelantábamos, dicha sentencia conlleva a su vez gran valor normativo para configurar el contenido de la garantía del *non bis ídem* que conviene ahora estudiar³⁶¹.

³⁵⁹ Véase NIETO, A. *op. cit.* p. 451. El autor propone el criterio cronológico de manera tal que la primera resolución, cualquiera que fuera el orden de su procedencia, cerrase el paso a la segunda.

³⁶⁰ Véase MESEGUER YEBRA, J., *El principio "non..." op. cit.* p. 24-25. Desde la STC 177/1999 el autor sostiene que la proscripción de la doble sanción no depende del orden de prevalencia normativa ni de la inobservancia de la legalidad por parte de la Administración. Más bien, la preferencia del orden penal debe entenderse, no como una prerrogativa de la Administración, sino como una garantía del ciudadano. Por ende, debe ponderarse el sentido en el cual se potencie más la garantía que implica el derecho fundamental. Véase resolución final dictada por TSDC de 16-X-2013, en procedimiento bajo referencia 827-13. El precedente administrativo citado constituye un ejemplo de que la administración pública ha decidido plegarse al postulado del carácter preferente del orden penal y cuando advierte la posible comisión de un delito, lo remite a la FGR para su trámite.

³⁶¹ Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de 26-VII-2002, Ref. 342-2002. Sobre el valor normativo de la interpretación de la norma constitucional que realiza la SCN en su jurisprudencia, dicho tribunal ha manifestado: "*La interpretación constitucional es concreción; y es que, precisamente, lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata; en este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación. (...) La concreción presupone la comprensión del contenido de la norma a concretar; el intérprete constitucional capta el contenido de la disposición únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra; él mismo comprende el contenido de la norma a partir de una pre-comprensión; se trata de no limitarse a ejecutar las anticipaciones de la pre-comprensión, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad*". Sobre los fundamentos constitucionales sobre la jurisprudencia como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico salvadoreño, véase MENA GUERRA, R., *op. cit.* p. 62. Para el autor, el valor y fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño se encuentra en la Constitución. Específicamente en (i) la potestad judicial para ejercer el control difuso de la norma constitucional; (ii) En el control concentrado que ejerce la SCN; y (iii) en el efecto *erga omnes* de las

La SCN juzgó la constitucionalidad del Art. 3 LEDIPOL³⁶² el cual alude a la posibilidad de que concurren castigos de naturaleza penal, administrativa y disciplinaria sobre una misma persona por la realización de un mismo hecho. Como habrá de anticiparse, la solución del problema pasa por determinar la tercera identidad del contenido del *non bis ídem*, es decir, la *causa petendi*. Para ello, la SCN brindó cuatro reglas que delimitan los alcances de la garantía que ahora resaltamos:

- a. La concurrencia de sanciones administrativas y penales en las relaciones especiales de sujeción no contradice el *non bis in ídem*;
- b. La jurisdicción penal prevalece sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración;
- c. La Administración no puede tramitar expedientes respecto de hechos que pudiesen constituir delitos y, si ya lo hubiese hecho, deberá suspender su trámite hasta que exista un pronunciamiento de fondo;
- d. La Administración debe respetar la cosa juzgada.

Independientemente de los fundamentos que se elijan para sostener el carácter preferente del orden penal, creemos que las reglas antes apuntadas delimitan correctamente los alcances de la garantía en relación a la identidad de causa. Para el caso de la no vulneración del principio por la concurrencia de sanciones administrativas y penales en las relaciones especiales de sujeción, esta regla se justifica desde la óptica de considerar las sanciones disciplinarias en razón de su finalidad, la cual no es exclusivamente sancionadora, sino que se encamina a un fin de tutela directa de los intereses públicos y el buen orden de la Administración³⁶³.

sentencias de la SCN en procesos de inconstitucionalidad. Agrega además que “(...) dado que todas las sentencias de la Sala de lo Constitucional deben ser motivadas (...) el valor de la interpretación, igual que el del fallo, es el mismo (...)”. Véase también RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, R, y SANDOVAL ROSALES, R., “Constitución y Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño” publicado en *Revista Justicia de Paz*, 2011, No. 19, pp. 99-176. Para los autores, el papel de máximo intérprete de la CN que juega la SCN ayuda a garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la jurisdicción. Para ello, se vale del principio del *stare decisis* que supone atribuir eficacia vinculante general a sus precedentes, tanto al fallo como a su fundamento. En igual sentido véase PARADA, Ramón, *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*, 2º edición, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 82. Sostiene el autor que “(...) la doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los Tribunales dicen que dice”.

³⁶² Véase Art. 3 LEDIPOL: *La responsabilidad disciplinaria es independiente y se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o cualquier otra de carácter administrativo, a que hubiere lugar.*

³⁶³ Véase HUERGO LORA, A., op. cit. p. 438. “En el fondo, lo que se persigue al permitir la acumulación de ciertas sanciones disciplinarias a las penas o administrativas impuestas por el mismo hecho es lo mismo que se busca al negar que sean sanciones las medidas por las que se prohíbe ejercer una determinada actividad, o sea abandonarla, a quienes han cometido determinadas infracciones: garantizar el buen funcionamiento de ese sector de la vida social o económica, en defensa de intereses públicos o de terceros y no solo para

Sobre la prevalencia de la jurisdicción penal sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, hemos desarrollado en un apartado anterior su justificación que descansa en las garantías formales de las que gozan los tribunales penales³⁶⁴.

En relación a que la Administración no puede tramitar expedientes respecto de hechos que pudiesen constituir delitos y, si ya lo hubiese hecho, deberá suspender su trámite hasta que exista un pronunciamiento de fondo, debemos señalar que se instaura una prejudicialidad penal de carácter procedimental. Aunque esta regla solo tiene asidero expreso en la jurisprudencia bajo estudio, debe considerarse un deber en razón de los fundamentos que le sustentan y por el carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente de derecho al que ya hemos hecho alusión. Si le consideramos un deber, este debe recaer, como es lógico, en la Administración Pública quien se encuentra obligada a su cumplimiento. En otras palabras, no estamos frente a una facultad discrecional, sino ante un mandato constitucional de carácter innegociable³⁶⁵.

Finalmente, sobre que la Administración debe respetar la cosa juzgada, esta regla deriva de la misma institución de “cosa juzgada” que la CN atribuye a los jueces y no a la Administración³⁶⁶.

castigar al infractor”. Véase STC 234/1991 de 10 de diciembre. Con todo, esta afirmación no puede entenderse de forma automática, pues como la ha afirmado el TC, “*La existencia de una relación de sujeción especial no basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, ya que dichas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal*”. Véase CANO CAMPOS, *Las sanciones...* cit. p. 178. Para el autor, el principio continúa vigente en el caso de las relaciones especiales de sujeción, no obstante que puedan presentar casos en los cuales no concurra la identidad de *causa petendi*. En el mismo sentido véase sentencia dictada por la SCA de 9-VII-2002 en proceso bajo referencia 175-A-2000. Este criterio también es compartido por la SCA: “*Lo anterior implica, que para que exista tal doble enjuiciamiento es preciso que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, y por tanto, susceptible de dos sanciones distintas a la misma persona, pero además, las dos sanciones deben tener el mismo fundamento, es decir, encauzadas a la protección del mismo -o al menos semejante- bien jurídico*”.

³⁶⁴ Véase PÉREZ-PIAYA MORENO, C., *op. cit.* p. 50. Para la autora, esta regla conlleva la preferencia y prevalencia del juez penal sobre la Administración para sancionar una misma conducta, por lo que una sentencia condenatoria debe inhibir a dicha Administración de imponer un nuevo castigo. Discrepamos de tal criterio en tanto realiza un examen parcial de la triple identidad, ya que únicamente se centra en el sujeto y el objeto, y deja de lado la identidad de fundamento. Por ende, dicho enunciado no puede considerarse como parámetro de aplicación de la regla bajo estudio.

³⁶⁵ Véase ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía del non bis in idem...* cit. p. 109. Se señala la existencia de un deber de la Administración de no tramitar procedimientos sancionadores paralelos a procesos judiciales penales. Al considerársele un deber, se entiende que la Administración está obligada a cumplirlo. Al igual que el Art. 133 de la Ley 30/1992 española, la el Art. 31. 1 de la nueva Ley 40/2015 de uno de octubre, no contempla este deber de forma expresa y se limita a enunciar el principio de *bis in idem*, bajo el siguiente literal “*Concurrencia de sanciones. 1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*”.

³⁶⁶ Véase DE LEÓN VILLALBA, *op. cit.* p. 562. Para el autor, esta regla no constituye un efecto directo del principio, sino que refleja la preocupación por garantizar una actuación unitaria evitando contradicciones entre los entes con potestad sancionadora y como resultado de extrapolar los efectos de la cosa juzgada. Véase

también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho... cit.* p. 192. El autor plantea el problema desde la “doctrina de las dos verdades”, las cuales enuncia como la posibilidad que unos mismos hechos puedan estimarse de un modo por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionadora. Véase también STC 77/1983, de 3 de octubre. Al referirse a la subordinación a la autoridad judicial como uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el TC dedujo la necesidad de respetar la cosa juzgada, en tanto esta emana un efecto positivo “(...) *de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica (...)*” y otro negativo “(...) *que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema (...)*”.

CAPÍTULO VI. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 20. Reconocimiento constitucional. 21. Contenido. 21.1. Subprincipio de Idoneidad. 21.2. Subprincipio de Necesidad. 21.3. Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto. 22. El alcance del control judicial de la proporcionalidad de las sanciones. 22.1. Los criterios de graduación de las sanciones: en especial sobre la intencionalidad y el daño causado. 22.1.1. Intencionalidad. 22.1.2. Daño. 22.2. La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y precedentes administrativos. 22.3. Normas administrativas sancionadoras inherentemente desproporcionadas.

19. Reconocimiento constitucional

La formulación de este principio se remonta al Art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a partir del cual ha sido comprendido como un principio general del derecho³⁶⁷, como una consecuencia derivada del valor justicia, o como base del Estado Constitucional de Derecho³⁶⁸. Sin embargo, este principio no siempre ha sido recogido expresamente por los distintos ordenamientos jurídicos.

La CE no lo contempla expresamente³⁶⁹ pero el Art. 131 LRJAP sí conceptualiza y delimita su contenido como la “*adecuación entre la gravedad de hecho constitutivo de la infracción*”

³⁶⁷ Véase STC 62/1982 de 15 de octubre. En ella, el TC reconoce el principio de proporcionalidad como principio general del derecho cuya formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación al aplicador de la norma.

³⁶⁸ Véase SÁNCHEZ GIL, R., *El principio de proporcionalidad*, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 17. El “orden fundamental liberal democrático” que sustenta al Estado Constitucional de Derecho inyecta a esta el ideal de proscribir “*todo dominio de la fuerza y la arbitrariedad*”. En su lugar, encontramos la libertad e igualdad dentro del orden democrático de una sociedad plural y abierta. En este ideal de sociedad quedan desterradas las decisiones <políticas y jurídicas> fuera de la autoridad. Por ello, el ejercicio del poder será legítimo cuando tenga a su base la razón. En este modelo encontramos en un mismo nivel el cumplimiento del derecho y su claridad, así como también el que este haya sido creado de buena fe y materialmente correcto y justo. En consecuencia, al Estado Constitucional de Derecho también lo definen la proscripción de la arbitrariedad y el exceso en el ejercicio del poder. Esto determina la admisión exclusiva del ejercicio razonable del poder público, promovido en todo ámbito social a través del orden jurídico. En el mismo sentido véase FUENTES CUBILLOS, H., “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena” publicado en *Revista Ius Et Praxis*, 2008, No. 2, pp. 15-42.

³⁶⁹ ANDRÉS PÉREZ, M., *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 10. La autora sostiene que el principio de proporcionalidad se deriva del valor justicia que informa a la Constitución: “*La Constitución española, aunque no se refiere expresamente a este principio, sí que lo asume implícitamente en la idea de justicia como valor superior del ordenamiento jurídico*”.

y la sanción aplicada³⁷⁰. En el caso salvadoreño, ni la CN ni la Ley del Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos estatuyen manifiestamente este principio³⁷¹. Esto no ha sido óbice para que el mismo haya sido objeto de desarrollo por parte de la jurisprudencia de la SCA³⁷² y de la SCN³⁷³ y el legislador secundario, quien en distintos cuerpos normativos que

³⁷⁰ Véase Art. 131 LRJAP: Principio de proporcionalidad: 1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

³⁷¹ Véase Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador. El Anteproyecto aspira a corregir esta deficiencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño bajo la siguiente fórmula: “Art. 140. Criterios para la imposición de la sanción: En aplicación del principio de proporcionalidad, se considerarán como principales criterios para la graduación de la sanción la intencionalidad del infractor, la reincidencia al cometer en el término de un año más de una infracción de la misma naturaleza declarada por resolución firme, la capacidad económica del infractor, la naturaleza de los perjuicios causados y las circunstancias en que la infracción se cometa, según el caso”.

³⁷² Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 337. El principio de proporcionalidad alza para las autoridades correspondientes una frontera o límite a su actuación represiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, de forma que cuando los fines buscados con su adopción puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá de imponerse la utilización de estas últimas. Por su parte, la SCA ha adoptado las ideas expuestas por el profesor GARBERÍ LLOBREGAT. Véanse como ejemplos las sentencias pronunciadas por la SCA de 3-IV-2009 en proceso bajo referencia 78-2006 y de 03-IV-2009 en proceso bajo referencia 78-2006. También la SCN ha adoptado esta postura en su sentencia de 12-VII-2005, proceso de inconstitucionalidad 59-2003. Véase también sentencia pronunciada por la SCA de 24-II-2006 en proceso bajo referencia 63-I-2001. La SCA alude a la funcionalidad del principio cuando sostiene que este tiene carácter relativo, ya que compara dos magnitudes y se concentra en confrontar los medios previstos por la norma jurídica y su correlación con los utilizados por los poderes públicos. En contraposición véase TIRADO BARRERA, J., “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional” publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2011, No. 67, pp. 457-467. Algunos autores rechazan la aplicación de esta clasificación al Derecho Administrativo Sancionador por considerar que la misma es confusa, innecesaria e imprecisa. Se sostiene por confusión por considerar que el desarrollo teórico del principio es lo suficientemente sólido. Además, se predica su innecesidad e imprecisión porque requiere la constatación de un juicio de proporcionalidad sobre la base de tres criterios a los cuales se les ha otorgado un contenido distinto.

³⁷³ Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-04-2006. La Constitución salvadoreña recoge materialmente este principio –aunque no de forma expresa– en su Art. 246 inc. 1º el cual dispone: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.” A partir de esta norma, la SCN ha manifestado que este principio constituye una herramienta que establece la graduación entre el control de constitucionalidad y la libertad de configuración legislativa: “Dicho principio, a diferencia de otros países, no ha recibido una tipificación expresa en la Constitución salvadoreña, es decir, no existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Sin embargo, ello no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional. Para la SCN, el artículo 246 de la Constitución establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales, no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones

regulan infracciones y sanciones, ha establecido parámetros que ayudan al aplicador de la norma a encontrar la dosimetría sancionatoria³⁷⁴. Podemos citar como ejemplo los Art. 261 y 262 del Código Tributario salvadoreño³⁷⁵, y el Art. 30 inciso 2º de la Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas³⁷⁶.

El principio de proporcionalidad no constituye un nuevo derecho subjetivo para el ciudadano. Este principio presupone la existencia de un derecho respecto del cual funciona como un escudo³⁷⁷. Su vigencia exige inexorablemente que los medios empleados en el ejercicio de la actividad administrativa correspondan al resultado obtenido en la satisfacción del bien público que tutela³⁷⁸.

Este principio vincula tanto al legislador (proporcionalidad en abstracto) como al aplicador de la norma (proporcionalidad en concreto). En consecuencia, busca que tanto la descripción

constitucionales se realicen. Y es que, la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo -regular el ejercicio- de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene”.

³⁷⁴ Véase RAMÍREZ TORRADO, María-Lourdes, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador colombiano” publicado en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, pp. 155-172. La autora señala la deficiencia normativa general en el ámbito administrativo sancionador en relación a la normatividad del principio para efectos de graduar las sanciones. A diferencia del Derecho Penal en donde cada injusto es ponderado para establecer penas mínimas y máximas, en el Derecho Administrativo Sancionador se establecen clasificaciones generales (leves, graves, muy graves, etc.) en las que puedan quedar subsumidos los diferentes ilícitos.

³⁷⁵ Véase Código Tributario, D. L. N° 230 de 14-XII-200, publicado en D.O. N° 241, T. 349 de 22-XII- 2000.

³⁷⁶ Véase Art. 30 inciso 2º Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas. *La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo al daño causado, a la reincidencia y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuricidad presente en la concreta actuación infractora”.* No obstante, este artículo constituye letra muerta por cuanto el Art. 30 de este mismo cuerpo normativo establece sanciones inherentemente desproporcionadas, tal y como estudiaremos en párrafos venideros.

³⁷⁷ Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-04-2006. La SCN sostiene que el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales -de poca densidad normativa- y las concreciones interpretativas sobre las mismas.

³⁷⁸ Véase SÁNZ RUBIALES, I. “Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial” publicado en AA. VV. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial de infracciones administrativas*, Valladolid, Lex Nova, 2012. pp. 257-290. Conforme este principio, el daño producido puede considerarse como parámetro para valorar las sanciones pecuniarias que hayan de imponerse. En el mismo sentido véase PARADA, Ramón, *Derecho... cit.* tomo I, p. 374. Véase LOPERA MESA, G., “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”, publicado en *Revista de Derecho* (Valdivia), 2011, No. 2, pp. 113-138. Para la autora, el principio de proporcionalidad constituye una estructura argumentativa que permite al juzgador fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales les ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, entendiendo por tales aquellos en los que se presenta una colisión entre principios constitucionales que proveen razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en los derechos fundamentales del individuo.

típica del ilícito y su correspondiente castigo, como la imposición concreta de este último estén informados por un ejercicio de ponderación con el hecho que se juzgue³⁷⁹. Concretamente, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el principio de proporcionalidad se traduce como la ineludible correspondencia entre la infracción y la sanción, proscribiendo toda medida innecesaria o excesiva³⁸⁰.

Toda limitación a un derecho fundamental debe respetar el principio de proporcionalidad³⁸¹. En el Derecho Administrativo Sancionador este principio cobra preponderancia tanto en el ejercicio concreto de la potestad sancionadora, que se materializa al dictar el acto de imposición de la sanción, como también al establecerse normativamente de carácter general la correspondiente sanción o consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que se considera injusto. Es decir que están obligados a respetar este principio tanto el aplicador de la sanción, en este caso la Administración Pública, como el Legislador al momento de prever normativamente el supuesto de hecho a castigar y su correspondiente sanción³⁸².

³⁷⁹ Véase GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 289. “El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de pena (proporcionalidad en concreto) que carezca de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significación global. Tiene en consecuencia un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste)”. En el mismo sentido véase CANO CAMPOS, T., *Las sanciones...* cit. p. 145.

³⁸⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, *Curso de Derecho...* cit., p. 175. En la actualidad, este principio ha comenzado a encontrar correspondencia normativa entre algunas normas que establecen criterios para la graduación de la sanción, entre ellas, el Art. 49 de la Ley de Protección al Consumidor y Art. 37 de la Ley de Competencia.

³⁸¹ Véase también ARIAS HOLGUÍN, D., “Proporcionalidad, pena y legalidad”, en *Revista de Derecho*, 2012, No. 38, Barranquilla, Colombia, Universidad del Norte, 2012. La aplicación de este principio se traduce en el juicio de proporcionalidad. Este consiste en un ejercicio argumentativo entre la racionalidad de los medios y los fines pretendidos, a la vez que exige la justificación de la actividad del Estado cuando esta implique la limitación de derechos fundamentales: “La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales”.

³⁸² Véase STS de 20 de noviembre de 2007. Dado que el ejercicio de la potestad sancionadora implica por sí mismo la limitación de los derechos de los ciudadanos, es lógico sostener que este se encuentra informado tanto en el plano normativo como en el aplicativo por el principio de proporcionalidad, al cual importa ofrecer a cada caso la respuesta más ajustada. Véase también ANDRÉS PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 12. Apoyado en la STS de 26 de mayo de 2003, la autora sostiene que no es posible derivar un derecho fundamental aislado a la proporcionalidad abstracta de la pena, en tanto esto es competencia del legislador. Sin embargo, esto no impide que el principio de proporcionalidad en la sanción pueda ser apreciado por el juzgador.

20. Contenido

El principio de proporcionalidad brinda parámetros de decisión a los órganos del Estado cuando estos se ven en la necesidad de armonizar principios o bienes jurídicos que colisionan³⁸³. Dicho principio a su vez está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁸⁴.

Esta conjunción de subprincipios exige comprobar si una medida que impide el ejercicio de un derecho es proporcional o no, mediante la constatación de los siguientes requisitos: (i) debe evaluarse si la medida objeto de estudio es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; (ii) si su adopción es necesaria en tanto no exista otra medida más moderada -en relación a la afectación de un derecho- para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y (iii) si la medida evaluada es proporcionada, en sentido estricto. Esto equivale a determinar si era ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto³⁸⁵.

³⁸³ Véase SÁNCHEZ GIL, R., *op. cit.* p. 29. El autor sostiene que este principio obliga a los órganos estatales a adoptar pautas de decisión para armonizar principios y bienes jurídicos cuando estos se contraponen: "(...) los conflictos entre derechos y particularmente los establecidos por la ley fundamental, deben resolverse por los jueces y el legislador -a quienes toca en sus respectivos ámbitos la adecuación de los mismos- optimizando las consecuencias normativas de cada uno de ellos, para lo cual <deben buscar la compatibilidad y la armonía y los derechos antes que la oposición, hasta donde sea posible>". Cita del autor corresponde a Serna y Toeller. Véase ARIAS HOLGUÍN, D., *op. cit.* pp. 142-171. La autora aborda el principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa para resolver los casos difíciles y considera como tal la imposición de la pena. Por ello, el juzgador puede utilizar el referido principio, en tanto la decisión de castigar implica resolver la tensión entre razones a favor y en contra de la imposición de la pena. Dicha tensión puede ser enmarcada entre la dicotomía que forman los derechos fundamentales afectados y los fines que el legislador pretende alcanzar con su conminación, su posterior imposición y probable ejecución, es decir, la protección de bienes jurídicos.

³⁸⁴ Véase BERNAL PULIDO, C., *op. cit.* pp. 686-687. Desde la perspectiva del análisis de constitucionalidad de las normas, el autor presenta esta clasificación de subprincipios bajo el siguiente orden argumentativo: (i) el tribunal constitucional debe verificar si la norma legal que interviene el derecho fundamental es idónea. (ii) Luego, debe estudiar su necesidad; y (iii) finalmente, procederá a analizar la proporcionalidad en sentido estricto. Si en algún momento del análisis se determina la carencia de uno de estos requisitos, la norma debe ser declarada inconstitucional. Véase también Véase SÁNCHEZ GIL, R., *op. cit.* p. 37. El autor resalta esta clasificación en cuanto ofrece pautas objetivas y precisas para juzgar la intervención legislativa sobre los derechos fundamentales.

³⁸⁵ Véase SSTC 20/1990 de 15 de febrero; 66/1995 de 8 de mayo; 66/1996 de 28 de marzo. Véase también STS de 26 de mayo de 2003. En el mismo sentido véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-04-2006. La SCN salvadoreña se ha plegado a la postura española exponiendo que a este principio se alude, sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. Y aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

20.1. Subprincipio de Idoneidad

Si partimos de la premisa de que toda actividad del Estado está encaminada a la satisfacción de un interés general, entonces podemos afirmar que cualquier acción gubernamental que afecte los derechos fundamentales de los ciudadanos debe ser la idónea para la consecución de dicho fin. En tal sentido, el análisis sobre la idoneidad de una medida estatal pasa por establecer la finalidad que persigue y su correspondencia con el ideario establecido por la CN³⁸⁶. Es decir que debe buscarse en la medida estatal su capacidad para satisfacer el interés general pretendido³⁸⁷.

En el Derecho Administrativo Sancionador, el subprincipio de idoneidad exige que la medida sancionadora demuestre la capacidad de alcanzar el fin perseguido con su implementación³⁸⁸.

El contenido de este subprincipio varía según se analice respecto de la sanción o la infracción, consideradas ambas categorías como normas de conducta. Cuando se analiza la infracción, se debe constatar que la conducta típica sea capaz de afectar el bien jurídico que se pretenda tutelar. Esto equivale a adoptar las pautas del principio de lesividad y las conductas a reprimir deben ser susceptibles de causar modificaciones en el mundo exterior y si esto conlleva al menos un peligro abstracto para el bien jurídico que demanda la intervención legislativa. Cuando el subprincipio de idoneidad se predica de la sanción es necesario validar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Es decir, si

³⁸⁶ Véase BERNAL PULIDO, M., *op. cit.* p. 687. El subprincipio de idoneidad exige que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este análisis presupone la existencia de una finalidad y la colisión de derechos o principios jurídicos, los cuales sirven de parámetro para efectuar el examen de proporcionalidad de la medida evaluada.

³⁸⁷ Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-04-2006. La SCN, plegándose a las ideas de BERNAL PULIDO, ha manifestado que únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enunciarse que la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización. Dicho en otras palabras, la aplicación del subprincipio en comento consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido -la limitación- para fomentar esa finalidad. Básicamente es un análisis de la relación entre el medio legislativo y el fin constitucional, el primero permite la concreción del fin, y éste, por su parte, ofrece una fundamentación al medio. Para emprender este análisis de idoneidad resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de uno constitucionalmente legítimo. Véase LOPERA MESA, G., *op. cit.* p. 162. Este principio viene a constatar que la medida legislativa constituya un medio idóneo para alcanzar el fin pretendido. Esto implica que sea posible establecer un nexo de causalidad positiva entre la medida legislativa y la generación un estadio en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación al momento anterior a la existencia de la medida analizada.

³⁸⁸ Véase GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 344. El autor fija la idoneidad como uno de los requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad. Para él, el examen de idoneidad exige que la medida sancionadora o restrictiva de derechos ha de mostrarse capaz de conseguir los fines perseguidos con su adopción.

el medio escogido detenta eficacia preventiva para disuadir al destinatario de cometer la acción ilícita³⁸⁹.

Ahora bien, la idoneidad de la medida estatal no debe valorarse desde la premisa de directrices constitucionales. Es decir, la idoneidad no depende del desarrollo de lo prescrito por la norma fundamental. Basta con que cualquier fin perseguido por la medida estatal no contravenga la CN para ser considerado como legítimo³⁹⁰.

20.2. Subprincipio de Necesidad

El subprincipio de necesidad obliga al órgano estatal a emplear la medida que sea menos gravosa entre todas aquellas que permitan alcanzar el fin pretendido³⁹¹. Es decir, que la medida a adoptarse debe ser la más benigna posible³⁹². Esta formulación del subprincipio de necesidad presupone la existencia de un parámetro de comparación. Por ello, para el análisis de la necesidad de la medida será necesario contar con al menos otra medida alternativa con la cual pueda contrastarse la medida enjuiciada³⁹³.

³⁸⁹ Véase LOPERA MESA, G., *op. cit.* p. 162. En materia penal el margen para evaluar la necesidad del castigo (privación de libertad) es bastante reducido, quedando circunscrito a dos aspectos: i) que el legislador no logre respaldar sobre premisas de experiencia, razón o técnicas que su intervención puede contribuir a la protección del bien jurídico; y ii) que se establezca que la intervención penal es contraproducente para alcanzar el fin pretendido.

³⁹⁰ Véase BERNAL PULIDO, M., *op. cit.* p. 692. La Constitución constituye un límite a la actuación del legislador. En tal sentido, si bien la norma constitucional conlleva un programa o ideario de acciones a desarrollar por el Estado, el legislador cuenta aún con un margen de actuación en tanto no contravenga la norma fundamental. Señala el autor que *“El convencimiento de que sólo los principios constitucionales pueden erigirse como fundamentales, implica negar que el Legislador dispone de una competencia para fijarse objetivos propios, diversos de aquellos que aparecen en el texto de la Constitución”*. Véase sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ en proceso bajo referencia 11-2004, del 25-IV-2006. La SCN sostiene que la legitimidad de los fines de las intervenciones legislativas no debe ser concebida de modo positivo, con respecto a lo prescrito por la Constitución. En tal sentido, no debe entenderse que el Legislador sólo está habilitado a perseguir los fines estatuidos en el texto de la CN. Por el contrario, cualquier fin legislativo es legítimo salvo que esté prohibido expresa o implícitamente por la CN.

³⁹¹ Véase sentencia dictada por la SCA de 31-III-2008, proceso bajo referencia 8-2005. Para la SCA, el examen de necesidad conlleva que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar el objetivo pretendido. Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de 12-II-2002 en proceso bajo referencia 183-2000. Por su parte, la SCN define la idoneidad en el juicio de proporcionalidad como la exigencia de que toda intervención en los derechos fundamentales sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

³⁹² El principio de necesidad es el único que ha sido definido por norma legal expresa en el ordenamiento jurídico salvadoreño bajo la siguiente fórmula: Art. 5 Pn: *Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado*.

³⁹³ Véase BERNAL PULIDO, M., *op. cit.* p. 736. El subprincipio de necesidad exige al legislador que adopte la medida menos gravosa de entre aquellas que sean igualmente eficaces. El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato; y, en segundo lugar, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Si existe un medio

Ahora bien, el análisis de la necesidad de la medida no debe concebirse en un grado óptimo. Es decir que la constitucionalidad de la medida no se pondera bajo el parámetro de la mayor idoneidad de la misma. Basta con que se trate de una que permita alcanzar el fin pretendido con una intervención sobre los derechos fundamentales menor a la examinada. Para ello, debemos plantearnos, al menos, las siguientes interrogantes: (i) Entre las medidas analizadas ¿la escogida es la menos gravosa entre las igualmente idóneas?, y (ii) ¿Existen otras opciones para satisfacer el fin perseguido³⁹⁴?

20.3. Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto

El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* determina si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esta definición implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, nuevamente, de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre ambos³⁹⁵.

alternativo -aun hipotético- que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. En el mismo sentido véase Véase LOPERA MESA, G., *op. cit.* p. 164. El juicio de idoneidad trata de establecer la eficacia de la medida. Pero el juicio de necesidad implica un examen de eficiencia. Esto conlleva comparar su capacidad de alcanzar el objetivo pretendido con otros medios igualmente idóneos para alcanzar dicha finalidad.

³⁹⁴ Véase SANCHEZ GIL, R., *op. cit.* p. 45. El subprincipio de necesidad exige que la medida escogida por el ente estatal sea “*estrictamente indispensable*” para cumplir la finalidad que se yuxtapone al derecho fundamental restringido. Para ello, deberá escogerse aquella menos gravosa para el derecho afectado de entre las que guardan igual idoneidad. Además, deberá ponderarse que no existan opciones alternas para satisfacer el interés general que se pretende tutelar. En el mismo sentido véase BERNAL PULIDO, M., *op. cit.* p. 738. Mediante el análisis de la necesidad no se busca la existencia de una medida más idónea, sino de una menos gravosa. Es decir, la mayor idoneidad de un medio alternativo no es por sí solo un dato que implique la inconstitucionalidad de la medida legislativa adoptada, sino que debe cumplirse con la exigencia constitucional de ser una intervención de menor intensidad a la examinada.

³⁹⁵ Véase LOPERA MESA, G., *op. cit.* p. 172. El juicio de proporcionalidad estricta pondera los principios jurídicos fundamentales comprendidos dentro de la infracción y su castigo en contraposición a aquellos bienes jurídicos que se pretende tutelar mediante la intervención legislativa. El análisis se centra en determinar si la magnitud de afectación de los primeros se compensa por la magnitud de satisfacción de los segundos. Véase también PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación constitucional” publicado en AA. VV. *En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 81-113. El juicio de ponderación conlleva la consideración imparcial de los elementos opuestos de una cuestión o equilibrio entre el peso de dos cosas. La ponderación implica entonces la existencia de pugnas entre intereses contrapuestos. En el Derecho, el resultado de este análisis no necesariamente debe devenir en el equilibrio perfecto entre los extremos en contienda, pudiendo resultar el triunfo de uno sobre otro. Véase STC 320/1994, de 28 de noviembre. Para el TC ponderar no conlleva establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*. Ponderar implica conjugar, desde una situación jurídica concreta, ambos derechos o libertades los cuales serán pesados en su eficacia recíproca.

La aplicación de este subprincipio conlleva un juicio de ponderación en el cual los objetos normativos que se ponderan son, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por la otra, el principio constitucional que fundamenta la intervención u objetivo mediato que la justifica. La ponderación se verifica entre la importancia de la afectación negativa que la intervención legislativa genera en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue³⁹⁶.

En esta etapa del análisis se interrelacionan diversos elementos: la intensidad de la *intervención legislativa*, por un lado, que condiciona el *peso del derecho fundamental* afectado en la *ponderación*; porque mientras más intensa sea la intervención en el derecho, mayor peso tendrá éste en el juicio de ponderación. Y por otro, mientras más efectiva sea la *medida legislativa* en la consecución del *fin inmediato*, mayor peso habrá que otorgarle a éste en dicha ponderación³⁹⁷.

En todo caso, el ámbito de libertad del individuo es, en principio, ilimitado y como consecuencia, el Estado debe justificar las intervenciones que practique dentro del mismo. Si una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes, que hagan constar el grado de equivalencia de la realización del fin legislativo, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la intervención debe considerarse desproporcionada.

En el caso de las sanciones administrativas, la intensidad de estas debe adecuarse a su finalidad de prevención y restablecimiento del ordenamiento jurídico administrativo³⁹⁸. Como

³⁹⁶ Véase PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.* p. 95. A diferencia de otros métodos de hermenéutica jurídica, la aplicación de este subprincipio potencia la interpretación de las normas constitucionales desde una perspectiva de continuidad y efectos recíprocos. Así, el resultado dependerá de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna. La ponderación conduce entonces a una exigencia de proporcionalidad que demanda fijar un orden preferencia para cada caso concreto. Véase también GUASTINI, Riccardo, "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales" publicado en AA. VV. *En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 71-79. El autor define la ponderación como el establecimiento de una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto. Esta jerarquía axiológica es creada por el juez constitucional a través de un juicio comparativo de valores que da como resultado la atribución de mayor valor a uno de los principios sopesados. La movilidad de esta jerarquía determina su valor únicamente para el caso concreto en tanto el juicio o ponderación no se realiza entre dos principios en abstracto, sino a la luz de hechos determinados.

³⁹⁷ Véase NUÑEZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.* pp. 165-187. A este ejercicio se le conoce también como el *test de los sacrificios*. Según este, toda limitación idónea y necesaria de un derecho debe ser adoptada solo si las ventajas obtenidas son superiores a los sacrificios. Es decir que la medida restrictiva debe justificarse por la protección de un bien jurídico que es tanto o más importante que el afectado. De este modo, la intensidad de la medida, tanto en la obtención del fin, como en la restricción al derecho, es el concepto que determina el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues a partir de ella se entabla la relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan. Así, cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho, mayor o por lo menos equivalente, debe ser la intensidad de la realización del fin o principio constitucional que justifica dicha intervención. Es decir, si la gravosidad en el derecho es mayor que los frutos alcanzados con la medida, ésta resulta desproporcionada y deberá declararse inconstitucional.

³⁹⁸ Véase AGUADO CORRERA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Editorial EDERSA, 2006. El análisis de la proporcionalidad en sentido estricto del castigo conlleva el análisis de este

hemos expuesto en apartados anteriores, las distintas leyes sectoriales contemplan los criterios de graduación del castigo a imponer. Estos constituyen, entonces, los lineamientos a los cuales debe ceñirse el aplicador de la norma. Pero dicho ejercicio no debe ser meramente enunciativo. Como parte de su obligación de motivar los actos administrativos, la Autoridad debe realizar un ejercicio de valoración de los distintos elementos que determinan la dosimetría punitiva del ejercicio de su potestad sancionadora³⁹⁹.

21. El alcance del control judicial de la proporcionalidad de las sanciones

El principio de proporcionalidad como límite al *ius puniendi* estatal alcanza tanto al legislador de la norma sancionadora como a su aplicador⁴⁰⁰. Las diferencias entre uno y otro ámbito provocan la exigencia en distintos grados de los subprincipios que lo integran⁴⁰¹. Pero más

en relación a su gravedad. También incluye la ponderación de la carga coactiva y el fin perseguido por la conminación sancionadora. Se establece entonces una concordancia material entre la acción y la reacción, es decir, entre la causa y la consecuencia del ilícito penal.

³⁹⁹ Véase ARNOLD R., y otros, "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" publicado en *Revista de Estudios Constitucionales*, 2012, No. 1, pp. 65-116. La evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto del castigo pondera si la intervención es la adecuada a su objeto. Esto conlleva determinar si los instrumentos y los medios aplicados justifican su gravedad en razón de la urgencia o necesidad de los objetivos. Por ende, si no se determina su urgencia o necesidad, entonces deben utilizarse otros de menor intensidad. En definitiva, luego de analizar los subprincipios de idoneidad y necesidad, la proporcionalidad en sentido estricto resulta capital en la protección de la libertad del individuo sometido al castigo. Véase también FERNÁNDEZ NIETO, J., *op. cit.* p. 397. Se introduce al análisis del canon de control de proporcionalidad el principio de interpretación más favorable o *<indubio pro libertate>* o *<favor libertatis>*. Este criterio obliga a interpretar la norma jurídica o la medida administrativa en el sentido que sea más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. Por ende, se constituye en un criterio de interpretación de los propios derechos fundamentales debiendo entender estos de tal modo que no queden vacíos en su contenido o que resulten más eficaces. Como ejemplo apropiadísimo de la aplicación de este criterio, citamos el caso de Amílcar Aguilar, un ciudadano guatemalteco que hurtó el equivalente a 15 quetzales (1.9 USD aproximadamente a la fecha) de pan dulce para alimentar a su familia. Noticia disponible en <http://www.lapagina.com.sv/internacionales/110314/2015/09/19/Liberan-a-hombre-que-robo-cesta-de-pan-dulce-para-alimentar-a-su-familia>. Consultada el 13 de octubre de 2015. Tal y como se enuncia, el señor Aguilar hurtó pan dulce para alimentar a su familia. Si bien, el derecho de propiedad del dueño del pan dulce se ve afectado, la magnitud del castigo sobre el derecho a la libertad ambulatoria del señor Aguilar es desproporcionado en razón de la afectación del bien jurídico tutelado. Esto fue reconocido por los vecinos del lugar quiénes, según la noticia, pagaron la fianza correspondiente para luego hacer ver al imputado lo reprochable de su acción y después le brindaron víveres y trabajo.

⁴⁰⁰ Véase NIETO, Alejandro., *op. cit.* p. 515. La proporcionalidad se predica de la norma jurídica y de su aplicación. En el ámbito normativo, las sanciones asignadas a cada tipo de infracción deben guardar una relación de proporcionalidad. En el ámbito de aplicación, la proporcionalidad demanda que la sanción impuesta a un hecho concreto debe ser proporcional al desvalor de éste.

⁴⁰¹ Véase TIRADO BARRERA, J., *op. cit.*, p. 458. El ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad *<plano normativo o de aplicación>* determina la intensidad del grado de exigencia de los subprincipios. Tratándose de un acto de aplicación, el control jurisdiccional del mismo deberá primero verificar su conformidad con la ley y los principios jurídicos. Luego, el respeto a las zonas reservadas a la ley. Posteriormente, la adecuación del uso de la potestad discrecional y finalmente, los elementos de la proporcionalidad. Este diagrama de análisis responde en buena medida al hecho de que la Administración Pública se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, por ende, tiene un margen de acción reducido dentro de un ordenamiento que goza del principio de regularidad jurídica. Por su parte, con relación a la exigencia de la proporcionalidad en el plano normativo, el control jurisdiccional debe respetar el margen de

allá del grado de exigencia, la omnipresencia del principio de proporcionalidad en toda la fase sancionadora -desde la ley y el reglamento hasta los actos de aplicación- habilita el control judicial de la observancia del principio en cualquiera de estas facetas. La graduación de las sanciones no solo debe responder al principio de proporcionalidad, sino que debe a su vez cumplir con el principio de tipicidad, especificando los criterios que determinan la dosimetría punitiva⁴⁰².

21.1. Los criterios de graduación de las sanciones: en especial sobre la intencionalidad y el daño causado

El Ordenamiento Jurídico salvadoreño no cuenta con una norma de carácter general que determine los parámetros que las autoridades administrativas deben observar para la imposición de sanciones administrativas⁴⁰³.

Muchas leyes sectoriales recogen algunos elementos muy propios de la materia que regulan⁴⁰⁴ y en ocasiones otros muy generales⁴⁰⁵. Todos son manifestaciones del principio de proporcionalidad⁴⁰⁶.

apreciación del legislador que es más amplio que el de la Administración Pública. Por ello, el análisis de proporcionalidad de la norma no debe exigir un óptimo de constitucionalidad. Bastará con que la norma no contravenga el ideario constitucional para tenerla por legítima.

⁴⁰² Véase STC 60/2000, 2 de marzo. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una *lex previa*, a la de una *lex certa* (...). El reglamento, por tanto, puede colaborar con la ley introduciendo especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones pero no puede crearlas «ex novo». Véase también STS de 29 de marzo de 1990. El principio de legalidad impone la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes. Este menester conlleva, a su vez, la exigencia de la tipificación de las infracciones, la graduación y la escala de las sanciones y la correlación entre unas y otras. Lo anterior a efectos de que el conjunto de normas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta. Véase también CASINO RUBIO, M., "La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida" publicado en *Revista de Documentación Administrativa*, 2015, No. 2. Al comentar el Art. 27.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público española que permite la colaboración reglamentaria para el establecimiento de parámetros de graduación de las sanciones, el autor cuestiona la permisividad de esta intromisión en el ámbito de las sanciones y su proscripción en el ámbito de las infracciones: "(...) *la imprevisibilidad o inseguridad jurídica que plantea esta forma de tipificación de las infracciones se resume, a fin de cuentas, en un problema asimismo de relativa inseguridad sobre la sanción que finalmente ha de corresponder a la infracción cometida. En consecuencia, en este tipo de asuntos la imprecisión está principalmente en la consecuencia jurídica, no en el supuesto de hecho de la norma y, por tanto, apunta directamente a la tipicidad de las sanciones, no de las infracciones*".

⁴⁰³ Véase Artículo 29.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre. En el caso español, la norma citada establece como parámetros a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. El anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreño recoge estos parámetros en su actual Art. 140 y además agrega la capacidad económica y las circunstancias bajo las cuales se comete la infracción.

Lo usual es que las normas punitivas establezcan intervalos de sanciones mínimas y máximas con los cuales el aplicador de la norma puede decidir castigar a quien infringió el ordenamiento jurídico administrativo⁴⁰⁷. De forma previa a este ejercicio, el legislador usualmente califica las infracciones en leves, graves y muy graves para informar al aplicador de la norma sobre el grado de desvalor de la acción a castigar⁴⁰⁸.

Estos límites del castigo constituyen el elemento reglado en el ejercicio de la potestad sancionadora. Al determinar el castigo que corresponde, la Administración no cuenta con un

⁴⁰⁴ Véase por todos Art. 37 Ley de Competencia: “Art. 37.- *Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia*”. Véase también SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., *op. cit.* p. 79. En ocasiones el legislador escoge como criterios de graduación de las sanciones elementos poco meditados o reminiscencias de textos anteriores que resultan ser poco precisos o incluso contradictorios. Véase como ejemplo Art. 28 Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas, Decreto No.: 661 de 31-III-2011, D.O. No. 80, Tomo No. 391 de 30-IV-2011. El inciso tercero de dicha disposición expresa: “*Para la imposición de las sanciones, el Delegado llevará a cabo el procedimiento valorando los Principio de Legalidad y de Proporcionalidad, conforme a la gravedad del hecho cometido, la pertinencia de la sanción y valorando como opción privilegiada el procedimiento por medio de la mediación, conciliación o reparación del daño causado*”. El legislador mezcla el ejercicio de la potestad sancionadora (derecho público) con mecanismos alternos de solución de conflictos (derecho privado) como elementos a ponderar para la imposición de sanciones.

⁴⁰⁵ Véase STS de 22 de noviembre de 2004. El TS sostiene que la existencia de múltiples parámetros de graduación en una norma jurídica no implica la obligación al aplicador de ponderarlos todos y cada uno de ellos, debiendo atenderse a las circunstancias del caso.

⁴⁰⁶ Véase STS de 10 de junio de 2014. Las circunstancias agravantes deberán evaluarse íntegramente, tomando en consideración que puede concurrir más de una y cada una de ellas aportará a la cuantificación de la sanción correspondiente, sin embargo, esto no implica una obligación de que todas concurren y que la justificación requerida para la cuantificación sea extensa: “*(...) no se deduce que, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad, el designio del legislador sea exigir la concurrencia de tres circunstancias específicas de agravación para que se pueda imponer la sanción pecuniaria de multa (...)*”.

⁴⁰⁷ Véase MARTÍN VALDIVIA, S., “El Derecho Administrativo Sancionador en materia de consumo: de sarcasmos y aporías” publicado en AA. VV. *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, Dyckinson, 2013, pp. 623-651. Cualquier indefinición de la graduación de las infracciones debe ser anulada por no satisfacer las exigencias de la *lex certa*, por cuanto la norma ha de contener especificaciones muy concretas: por un lado, los criterios de graduación de la sanción y, por el otro, el límite de una posible cuantía máxima cuando se trata de sanciones pecuniarias, así como la correlación entre unas y otras. Véase también STS de 28 de abril de 1998. El TS sostiene que cuando la norma no contiene esa escala gradual o le falta el límite máximo, no se puede acudir a la discrecionalidad de la administración.

⁴⁰⁸ Véase SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., *op. cit.* p. 79. Este esfuerzo conlleva la delimitación de la antijuricidad desde un nivel normativo que también sirve de guía para que el aplicador de la norma pondere la intensidad de la sanción a imponer. En el caso de la categorización de infracciones leves, esta es utilizada para describir conductas generales que usualmente se remiten a otras normas jurídicas (leyes penales en blanco) para completar la descripción del tipo. Las categorías de “graves” y “muy graves” suelen arropar conductas ilícitas mejor definidas por el legislador: “*El legislador ha realizado un esfuerzo, con una enumeración muy detallada, para tipificar y calificar como leves, graves o muy graves las diversas infracciones administrativas relativas al correspondiente sector regulado. No obstante con relativa frecuencia se acude a la técnica de las “normas en blanco” que incluso en algunos casos se aplica para todas las faltas calificadas como leves, ya que el esfuerzo del legislador se ha limitado solamente a la descripción minuciosa de los ilícitos que se califican como graves y muy graves*”. Véase Arts. 72, 74, 75, 7678, 79, 80 y 83 Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial D.L. No. 644, de 11-III-2011. D.O. N.143. Tomo No. 392 de 29-VII-2011. Las disposiciones citadas constituyen un buen ejemplo del manejo del principio de proporcionalidad en el plano normativo. El legislador califica y gradúa las sanciones entre graves y muy graves. Luego establece agravantes y atenuantes, así como la forma en que estos operan en caso de presentarse.

margen de apreciación que le permita escoger por sí misma el tipo o monto del castigo para determinar qué conviene más al interés público que se le ha encomendado proteger⁴⁰⁹. La Administración debe realizar un ejercicio de ponderación jurídica de los hechos que le permita determinar cuál es la sanción más adecuada -proporcionada- a la gravedad y magnitud de ilícito y para ello dispone efectivamente de un margen de apreciación o discrecionalidad⁴¹⁰.

El principio de proporcionalidad exige que la intensidad del castigo con que se decida sancionar al ciudadano, esté informado por parámetros que permitan ponderar su racionalidad⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Véase STC 102/1995 de 26 de junio. Para que una sanción se encuentre legalmente completa deberá establecer cuál es el ilícito administrativo en cuestión y además incluir las graduaciones y la correlativa sanción. Estas graduaciones no podrán entenderse de forma abstracta, sino que deberá indicarse la proporción en la que afectan la sanción. Este es un deber legislativo, aun y cuando pudieran contemplarse las ponderaciones de las sanciones por vía reglamentaria, al menos los criterios deberán plasmarse en la ley.

⁴¹⁰ Véase CANO CAMPOS, T., *Las sanciones...* cit. p. 368. En la determinación de la sanción, el aplicador de la norma cuenta con elementos reglados (criterios de graduación) y un margen de apreciación, el cual podrá ser más o menos amplio, pero nunca absoluto. El legislador tiene la obligación de predeterminar la posible sanción o los parámetros para graduarla. Este elemento reglado deberá servir de guía al aplicador de la norma para ejercer el elemento discrecional de la potestad sancionadora que le corresponde. En el mismo sentido véase STC 207/1990, de 17 de diciembre. El autor expone que la doctrina y la jurisprudencia toman caminos distintos al decidir sobre la existencia o no de una potestad reglada en relación a la adecuación de la sanción. Empero, la discrepancia surge más bien sobre lo que debemos entender por "discrecionalidad", la cual se suscita no solo cuando un individuo puede decidir entre varias opciones dentro de un ámbito de decisión propio, sino también cuando se alude a supuestos en los que el titular de la potestad realiza elecciones como algo necesario e inevitable para el desarrollo de la potestad en cuestión, pero sin que en el legislador le haya atribuido un ámbito de decisión propia. Véase RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pp. 141-170. El autor nos recuerda los orígenes del concepto de la siguiente manera: "Para ello lo mejor es empezar por el principio, esto es, precisando en qué consiste el poder discrecional y a qué se debe. La cita de KELSEN es en este punto obligada. Fue él quien subrayó por vez primera que el Derecho está siempre indeterminado en una u otra medida, indeterminación de la que resulta una discrecionalidad, mayor o menor, de las autoridades, administrativas o judiciales, llamadas a aplicar las normas. La indeterminación y, por lo tanto, el margen de libre apreciación al que da lugar pueden deberse pura y simplemente a las imperfecciones del sistema jurídico, esto es, a la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, a las lagunas que a veces dejan las normas o a las contradicciones o discordancias que puedan existir entre estas. Hay, sin embargo, una indeterminación deliberada, consciente, intencional, buscada de propósito por el autor de la norma superior, que como «no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada... deja un margen más o menos amplio de libre apreciación y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar»".

⁴¹¹ Véase STS de 23 de septiembre de 2002. El TS distingue entre proporcionalidad e individualización de la sanción de la siguiente manera: "(...) <la proporcionalidad> juega como regla de elección de la más adecuada entre las posibles sanciones a imponer a la conducta contemplada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será precisamente la entidad y circunstancias de la infracción genéricamente contemplada. (...) <la individualización> es la singularización del caso o especificación de las circunstancias humanas, profesionales o ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad al caso particularizado". Véase Dictamen de Consejo de Estado N° 3306/1998 de 10 de septiembre de 1998, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan las disposiciones s/ Reglamento General de la Inspección de los Tributos. Al analizar el Art. 15 que regula los criterios de graduación de las sanciones, el Consejo de Estado sostuvo que debían tomarse en cuenta los principios que consagra el Art. 2 de la Ley 1/1998, en tanto estos restan discrecionalidad a la decisión sobre la magnitud del castigo al introducir referencias regladas. Estas referencias regladas surgen como una manifestación de la proporcionalidad que debe orientar sobre el grado en que se aplicarán las multas dentro del máximo y el mínimo establecidos, atendiendo, entre otros criterios, a la trascendencia económica de la infracción, a la intencionalidad, reiteración o a la naturaleza de los perjuicios causados.

Este análisis de los criterios de graduación debe predicarse respecto de todos los tipos de sanciones y no solo de aquellas de contenido económico⁴¹².

21.1.1. Intencionalidad

Abordaremos en un capítulo venidero el papel del dolo y la culpa como elementos normativos integrantes del tipo penal. A continuación, estudiaremos la intencionalidad concurrente en la acción del infractor como parámetro de graduación del castigo a imponer.

La consideración de intencionalidad para ponderar la magnitud del castigo constituye una manifestación del principio de proporcionalidad. Ello obliga a diferenciar la pena dependiendo del grado de intencionalidad (voluntad-conocimiento) con el cual se hubiera cometido el hecho⁴¹³. La intencionalidad en el ámbito administrativo sancionador equivale al dolo en el ámbito penal⁴¹⁴ y conlleva la voluntad y conocimiento del sujeto activo de su acción y el resultado esperado de ella. Por ende, los diferentes grados de culpabilidad e intencionalidad deberán ser considerados para la individualización del castigo⁴¹⁵.

El elemento volitivo de la acción cumple un doble papel en la determinación del castigo administrativo. Por una parte, sirve como atenuante⁴¹⁶ o agravante del castigo a imponer dentro de aquellos límites establecidos por legislador. La Administración debe considerar el grado de culpa que informó la comisión de la conducta ilícita para individualizar el castigo. De tal manera que si el tipo de la infracción requiere únicamente culpa levísima (o simple inobservancia en la jerga

⁴¹² Véase STS de 12 de abril de 2007. El TS fija los criterios de imposición de sanciones que podrán extrapolarse a otras formas de sanción más allá de las económicas: *“Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia”*.

⁴¹³ Véase STS de 7 de marzo de 1996, así lo reconoce el TS español cuando afirma que la voluntariedad del resultado de la acción es un factor de graduación de la sanción a imponer para que la misma guarde la debida proporcionalidad con el hecho que lo motiva. En el mismo sentido véase ANDRÉS PÉREZ, M, *op. cit.* p. 16.

⁴¹⁴ Véase CORDERO SAAVEDRA, L., y otros, *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Madrid, Colex, 2001, p. 326. El término negligencia es usualmente equiparado a la culpa. Sin embargo, esta falta de precisión terminológica es la que origina los criterios interpretativos que más adelante dan pie a errores sobre la consideración del principio de culpabilidad en su faceta de elemento normativo de la infracción. Como sabemos, la culpa en sentido estricto puede ser de tres clases: lata, leve y levísima. Por ende, el término imprudencia o negligencia no debe ser utilizado como sinónimo de culpa sin hacer referencia a la faceta concreta de esta a la que se hace alusión.

⁴¹⁵ Véase SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., *op. cit.* 107. La intencionalidad del sujeto activo puede ser específica en relación a infringir el precepto legal o eventual. Esto último equivale a la ausencia del ánimo directo de infringir la norma, pero tal situación constituye un medio necesario para alcanzar el fin pretendido.

⁴¹⁶ Véase STC 76/1990, de 26 de abril. El TC español ha reconocido que la graduación de las sanciones no equivale a su agravación, admitiendo la existencia de un papel atenuante cuando el principio de proporcionalidad así lo demande: *“(…) se entiende que graduar supone tanto agravar como atenuar la sanción, y ello permite, en consecuencia, no sólo aumentar sino también disminuir la cuantía de las multas”*.

española), el castigo que merezca deberá situarse en la escala inferior de aquella establecida por el legislador. Pero si bajo estas circunstancias normativas concurre un grado superior de culpabilidad (culpa leve, lata o dolo), entonces el castigo deberá aumentarse de forma proporcional en dicha escala⁴¹⁷.

Por otra parte, el elemento volitivo de la acción también funciona como elemento diferenciador entre la calificación normativa de los distintos tipos de infracciones. En ella, el legislador determina objetivamente la gravedad del castigo que merece la acción a partir de la consideración de la intencionalidad para calificar la infracción como leve, grave, muy grave u otras denominaciones análogas⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Véase MARTÍNEZ LUCAS, J., *Infracciones y sanciones en materia de seguridad social y empleo*, Madrid, Editorial Derecho Reunidas, 1999, p. 383. Si damos por sentada la proscripción de la responsabilidad objetiva o *pena sin culpa*, entonces la Administración deberá ponderar su decisión de castigo en función de la mayor o menor culpabilidad. Así, a mayor culpabilidad o grado de culpa, mayor castigo y viceversa. Se destaca así el papel de la intencionalidad como elemento de control judicial de las decisiones de la Administración en materia sancionadora. Véase SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., *op. cit.* p. 108. El autor denomina a esta función de la intencionalidad como la teoría gradualista de la culpa. La intencionalidad o negligencia en la comisión de la infracción constituye un elemento consustancial de ésta, en tanto no puede existir castigo sin culpa. En otras palabras, la intencionalidad es un requisito *sine qua non* para la aplicación de la sanción. Además, la intencionalidad funge como criterio de graduación del castigo, de tal manera que cuando la acción ilícita esté informada por un grado superior de culpabilidad al exigido por el tipo de infracción para su configuración, este mayor grado de intencionalidad debe suponer, dentro del intervalo establecido por la Ley, la imposición de una sanción más alta o más gravosa que en el supuesto de negligencia. Véase también GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2019. También se ha entendido que, si la intencionalidad constituye un elemento de graduación del castigo, entonces ésta puede no ser considerada en la estructura normativa del tipo dando paso a la existencia de infracciones sin intencionalidad. En este sentido véase LOYOLA SANTOS, Carlos, "Derecho Administrativo Sancionador y Responsabilidad Objetiva", publicado en AA.VV. *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del cuarto congreso nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 746-754. En el caso peruano se entiende que cuando la norma no establezca expresamente el grado de culpabilidad necesario para tener por configurada la infracción, entonces deberá entenderse que basta con la mera acción para entender por cometida la infracción. Luego, dentro del proceso sancionatorio deberá evaluarse el grado de intencionalidad únicamente para efectos de graduación de la pena, mas no para su configuración. El criterio de intencionalidad constituye, entonces, únicamente la manifestación del principio de proporcionalidad y, por ende, la ausencia de intencionalidad no devendrá en una ausencia de castigo, pero sí en uno menos gravoso que aquél cometido con dolo. Véase HUERGO LORA, *op. cit.* p. 439. Posiblemente esta postura tenga más eco en el ordenamiento jurídico español cuya Constitución no recoge expresamente el principio de culpabilidad. Por ende, la intencionalidad como elemento de graduación del castigo constituye únicamente una manifestación del principio de proporcionalidad, pues si va a tomarse la responsabilidad objetiva como título de imputación, al menos en cuanto a la sanción, esta debe responder a la situación concreta del sancionado, diferenciando su pena dependiendo del grado de intencionalidad (voluntad-conocimiento) con el cual se hubiera cometido: "Y aun cuando la voluntariedad del resultado de la acción no sea elemento constitutivo esencial de la infracción administrativa, si es en cambio factor de graduación de la sanción a imponer para que la misma guarde la debida proporcionalidad con el hecho que lo motiva". Pero en el caso salvadoreño esta teoría no tiene cabida en tanto ignora el papel normativo de la culpabilidad en el establecimiento de infracciones y el reconocimiento expreso del principio en la CN que conlleva la proscripción de la responsabilidad objetiva desde la norma fundamental.

⁴¹⁸ Véase SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., *op. cit.* p. 109. En este supuesto se indica que la concurrencia de un ilícito administrativo lleva una carga inherente de intencionalidad, sin embargo, este será tomado únicamente como un criterio para graduar la sanción cuando la concurrencia de ciertos hechos lleve

21.1.2. Daño

A diferencia del Derecho Penal, en el ámbito de las infracciones administrativas el resultado no es usualmente considerado como parte del tipo. Por ello se entiende que el ilícito se configura objetivamente con la sola transgresión al ordenamiento jurídico administrativo. No obstante, existen abundantes casos en los cuales el legislador sí introduce el resultado como parte del tipo. Ejemplos de unos y otros los encontramos en el Art. 40 LRSSF y el Art. 44 letra d) LPC. En el primer caso, la norma en cuestión establece como infracción administrativa la violación a una serie de cuerpos normativos propios del mercado financiero regulado, sin importar la existencia o causación de un resultado derivado de la acción considerada ilícita⁴¹⁹. En el segundo caso nos referimos a la prohibición de realizar cobros indebidos en el ámbito del Derecho de Consumo. Aquí el resultado “cobro indebido” puede traducirse como la existencia de un perjuicio económico en el patrimonio del consumidor y un aumento en el patrimonio del proveedor.

21.2. La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y precedentes administrativos

La aplicación del principio de proporcionalidad y su contenido puede resultar engorrosa para la Administración Pública. Ello debido a que su especialización natural es administrar y no castigar. Son múltiples los casos en los cuales los entes gubernamentales imponen sanciones sin exponer la motivación respecto de los elementos de graduación que su ley sectorial les exige para determinar la magnitud del castigo⁴²⁰. Sin embargo, existen casos que demuestran que la

a una intencionalidad mayormente manifiesta o agregue una mayor carga de antijuricidad al hecho. A esto se le conoce como la teoría de la intencionalidad especialmente cualificada.

⁴¹⁹ Véase ALCALÉ SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad” publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002, No. 10, pp. 11-45: “(...) los delitos de mera actividad son aquellos en los que dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento pero no ha prestado atención, esto es, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo”. Véase SILVA SÁNCHEZ, J. *op. cit.* p. 126. En razón de la naturaleza y los fines de prevención general que persigue del Derecho Administrativo Sancionador, este tiende a tipificar infracciones y establecer sanciones desde enfoques generales. El análisis de la lesividad o peligrosidad no atiende al caso concreto. Basta con que el género de conductas tipificadas como infracción resulten en un peligro para el buen orden del sector de que se trate. Este peligro no necesita ser concreto o abstracto. Es suficiente la existencia de un peligro presunto, estadístico o global. Véase CANO CAMPOS explica: *El Derecho Administrativo Sancionador es así el derecho del daño acumulativo, del daño derivado de la repetición, lo que en general exige de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un determinado género de conductas si éstas se estimaran lícitas o no sancionables. Como señala el mismo autor, y ello es muy pertinente en el sector del tráfico, la pregunta clave es la siguiente: ¿Qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita? Pregunta que adquiere todo su sentido desde perspectivas de gestión de un determinado sector”.*

⁴²⁰ Véase IVARS RUIZ, J., “Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador en materia de seguridad vial”, publicado en *Revista de Derecho vLex*, 2015, disponible en Id. vLex: VLEX-102984 <http://vlex.com/vid/102984>. La sanción debe guardar proporción a las circunstancias objetivas y

Administración Pública puede cumplir con dicho principio de manera adecuada. Por ello, nos referiremos a continuación a la resolución pronunciada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia por medio de la cual sancionó agentes económicos⁴²¹.

En el marco de un procedimiento administrativo sancionador instruido por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, la SC solicitó a los agentes económicos investigados que proporcionasen determinados documentos, informes y bases de datos. Alegando diversas circunstancias, los agentes económicos no pudieron cumplir a cabalidad con la orden administrativa y por ello se les instruyó un nuevo procedimiento sancionador. Finalmente, el Consejo Directivo tuvo por establecida la infracción y procedió a sancionar⁴²².

Para determinar el monto de la multa, el Consejo Directivo tuvo en cuenta el Art. 36 LC que establece el monto máximo de la multa (10 salarios mínimos) y los criterios que para tales efectos brinda el Art. 37 LC, a saber, la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia⁴²³. Inició su análisis exponiendo los rangos de la posible multa en relación a su gravedad, estableciendo que al rango de menor gravedad corresponde de 1 a 3 salarios mínimos. Para la gravedad intermedia de 4 a 6 salarios mínimos y para la mayor gravedad de 7 a 10 salarios mínimos. Aunque este parámetro no se encuentra expreso en la norma, su construcción

subjetivas del ilícito a castigar. Mediante este ejercicio es posible la corrección de los excesos legales que suponen ejercer la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo. El autor señala que la desviación en el ejercicio de la potestad punitiva en materia de seguridad vial usualmente queda impune debido a la cuantía de la multa desproporcionada frente a los costos de transacción que el individuo debe soportar para impugnarla. Por ello, sostiene, el ejercicio de dicha potestad de manera desproporcionada en materia de seguridad vial termina por perder de vista el objetivo de la sanción -la prevención- para convertirse en un instrumento de recaudación. Véase GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo. Monografías: La jurisdicción contencioso administrativo. El acto administrativo, monografías*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001, p. 26. La motivación constituye el requisito de forma más importante del acto administrativo en tanto permite conocer las razones de hecho y de derecho que dan paso a su emisión. La motivación constituye las razones que fundamentan el acto administrativo. Este elemento del acto administrativo cobra importancia capital para tutelar el derecho de defensa del ciudadano. Véase sentencia de la SCA de 20-III-98, dictada bajo ref. 75-A-95. La SCA estima como un elemento ineludible la motivación en los actos administrativos desfavorables hasta catalogar su ausencia como una causal de invalidez. Véase STC 77/2000 de 27 de marzo. El TC estima la importancia de la motivación de los actos administrativos sancionadores, en tanto permite conocer el fundamento del castigo y potencia su respectivo control.

⁴²¹ Véase resolución de 12-III-2014 pronunciada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en el expediente bajo referencia SC-007-0/M/NR-2014. Para centrarnos en el objeto de nuestro estudio, omitiremos referirnos a las circunstancias que llevaron al Consejo Directivo a imponer la multa y a la defensa de los agentes económicos.

⁴²² Véase auto de admisión de 3-V-2014, pronunciado por la SCA en proceso bajo referencia 151-2014. Esta resolución administrativa ha sido sometida al control de la SCA debido a que el agente económico sancionado sostiene que la misma es ilegal sobre circunstancias ajenas al punto que hoy estudiamos.

⁴²³ Véase STC 136/1999, de 20 de julio. La constitucionalidad del castigo demanda que la magnitud de este no constituya un sacrificio innecesario que conlleve un desaliento en el ejercicio y desarrollo del contenido esencial del derecho involucrado.

dentro de la motivación del acto administrativo desfavorable resulta lógica y atinada en tanto permite establecer parámetros vinculados a la gravedad de la infracción⁴²⁴ y brinda certeza al presunto infractor a quien se le permite conocer la ponderación que la Administración hace sobre su acción ilícita⁴²⁵.

La jurisprudencia de la SCA ha reconocido la necesidad de motivar los actos administrativos sancionadores y entiende que dicha motivación no es otra que expresar las razones que llevan a la Administración a establecer la magnitud del castigo⁴²⁶. La lógica de esta premisa radica en la funcionalidad misma del principio de proporcionalidad como escudo de las demás categorías jurídicas. La aplicación de este principio requiere el examen de proporcionalidad que pasa por el análisis de los tres subprincipios. Este análisis no puede radicar únicamente en la mente del funcionario de turno, sino que debe plasmarse con claridad en el acto administrativo. Sin embargo, salvo casos excepcionales como el que se estudia, la Administración Pública omite por completo cumplir con dicho requisito.

Como contrapartida al caso expuesto encontramos la sentencia dictada por la SCA de 31-VIII-2015, referencia 458-2013. La SCA conoció de la legalidad de los actos administrativos pronunciados por el Instituto de Acceso a la Información Pública de 18-IX-2013 y 30-IX-2013, ambos bajo referencia 25-A-2013. Ante la solicitud de un ciudadano por conocer información relacionada a los asesores legislativos, el TEG dictó como medida cautelar que la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa le entregase a dicho ente administrativo la información en comento. La Junta Directiva de la Asamblea Legislativa incumplió la medida cautelar y por ende el IAIP le sancionó.

⁴²⁴ Véase también STS de 25 de septiembre de 2003. El ejercicio de la potestad de castigo está exento de discrecionalidad. Por ello, al constatarse la comisión de la infracción, la decisión del castigo que supere el mínimo posible previsto por el legislador deberá ser debidamente motivado. El TS ha expresado: “(...) *la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional y esto conlleva que, cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tiene en cuenta para elegir ese mayor castigo*”.

⁴²⁵ Véase SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., op. cit., p. 74. El cumplimiento del deber de motivación de los actos administrativos permite al administrado conocer las reflexiones del juzgador como factor de racionalidad del ejercicio de la potestad administrativa. Además, permite su control por parte del Órgano Judicial e incluso, de otras instancias en el seno mismo de la Administración cuando procede. Véase STC de 13 de enero de 1998. La motivación del acto administrativo punitivo constituye un derecho instrumental para la tutela del resto de garantías constitucionales.

⁴²⁶ Véase sentencia dictada por la SCA de 06-II-2008, en proceso bajo referencia 68-2006. “*El principio de proporcionalidad de la sanción, implica que al momento de imponerse una sanción deberá guardarse la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, y la reincidencia*”.

Al conocer sobre la legalidad de la sanción, la SCA ponderó la aplicación del principio de proporcionalidad⁴²⁷, no en razón de la sanción misma, sino desde la perspectiva de la medida cautelar incumplida. Para ello, realizó un desarrollo de los tres subprincipios (o test de proporcionalidad⁴²⁸) que integran la garantía desde las bases jurisprudenciales sentadas por la SCN. Luego aplicó dichas bases a las distintas medidas legislativas contempladas en el Art. 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública⁴²⁹ y estimó que existía una medida menos gravosa (pedir al ente obligado a resguardar él mismo la información), por lo que declaró ilegal la multa.

Este ejercicio efectuado por la SCA constituye una aplicación errónea del principio de proporcionalidad. Primero, porque la alegación sobre dicho principio se realizó desde la perspectiva de la sanción, no de la medida cautelar. Segundo, porque el principio de proporcionalidad no puede ser utilizado de excusa por la SCA para administrar, sobre todo porque el contenido del principio de proporcionalidad no exige que la medida sea la más proporcional de todas las posibles, sino únicamente que no sea desproporcionada⁴³⁰. Tercero y más importante,

⁴²⁷ Véase PRIETO SÁNCHEZ, L., *op. cit.*, pp. 81-113. El autor se refiere a este ejercicio o *juicio de ponderación* como un mecanismo de resolver conflictos entre principios. En tal sentido, la ponderación es entendida como la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. Este ejercicio presupone la existencia de razones e intereses en pugna, bienes en conflicto o incluso normas que no suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. El autor aclara que el resultado de la ponderación no necesariamente conlleva un equilibrio entre posiciones opuestas cuando estas no pueden ser conciliadas.

⁴²⁸ Véase GARCÍA YZAGUIRRE, J., *op. cit.*, pp. 285-286. El test de proporcionalidad constituye un criterio para determinar qué razón ha de seguirse para ejecutar una acción u omisión en caso de conflicto de valores y fines. Desde esta perspectiva, la argumentación jurídica pretenderá demostrar la validez de las decisiones judiciales o administrativas. Por ello, a través del test de proporcionalidad será posible determinar el contenido de los derechos. No debemos perder de vista que la aplicación de este test de proporcionalidad parte del presupuesto de la existencia de un conflicto de valores, aspecto sobre el cual comentaremos en breve. El autor define el test de proporcionalidad de la siguiente manera: "(...) *el Test de Proporcionalidad es la versión metodológica de la ponderación, como mecanismo de solución de controversias entre principios constitucionales. (...) constituye una metodología argumentativa, en tanto, pretende formular una estructura mediante la cual los participantes en un sistema jurídico puedan ordenar la motivación (o analizar con cierto orden) en base a etapas que poseen sus propias exigencias, a fin de comprobar la optimización a nivel fáctico y jurídico por parte de una medida para beneficiar un determinado fin*".

⁴²⁹ Véase Art. 85 LAIP: Medidas Cautelares. "El Instituto podrá adoptar las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales en cualquier momento del procedimiento, mediante resolución motivada. En particular, podrá: a. Notificarse al superior jerárquico del infractor de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del recurso ante el Instituto. b. Solicitar al titular de la entidad la adopción de medidas especiales de resguardo y copia de seguridad de la información de que se trate. c. Solicitar una copia de la información objeto de la apelación excepto si es de naturaleza reservada, la copia será resguardada de manera confidencial por el Instituto y devuelta al final del incidente de apelación. Estas medidas se tomarán con resguardo de los derechos de los particulares a la protección de sus datos personales cuando éstos pudieran ser afectados. Se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad de la medida con los objetivos que se pretendan alcanzar en cada supuesto".

⁴³⁰ Véase ANDRÉS PÉREZ, M., *op. cit.* p. 24. El principio de proporcionalidad se distingue por dos características esenciales: relatividad y negatividad. En cuanto a su relatividad, si bien el principio detenta un carácter teórico, este solo puede ser verdaderamente desarrollado en función de un caso concreto y las

porque no existen derechos, valores o fines en conflicto que deban ser ponderados bajo este método.

Como hemos dicho, el principio de proporcionalidad debe ser utilizado para resolver derechos en colusión o conflicto. Pero en el caso de mérito, no existe tal conflicto: la información a resguardar es inherentemente pública. La Administración Pública no puede exigir para sí un derecho sobre este particular. La medida cautelar tendía a proteger la información. Esta debía ser entregada al IAIP para su resguardo cautelar en tanto el Art. 85 LAIP así le faculta. No se puede entender que existe un conflicto entre dos derechos o principios. Por eso, es erróneo que la SCA entienda que la forma menos gravosa de proceder es pedir al ente obligado que resguarde él mismo la información.

Lo cierto es que, en el caso bajo estudio, el test de proporcionalidad no es siquiera aplicable desde la perspectiva que lo hizo la SCA⁴³¹. Dicho Tribunal llegó, incluso, a analizar el caso desde la perspectiva de *“la afectación de un derecho fundamental”*, pero nunca llegó a enunciar a qué derecho se refería. El análisis de la SCA se limitó a comparar las medidas cautelares reguladas en las letras a) y b) del Art.85 LAIP desde la perspectiva de cuál representa una menor o mayor carga burocrática para el ente obligado. Y a partir de ahí concluyó: *“Es evidente que la entrega de información al instituto genera un grado mayor de exigencia, en el sentido que la entrega de la información es en sí el objeto del procedimiento, y la entrega de la misma es el fin que se pretende”*. Pero es que resulta obvio que el IAIP no solicita cautelarmente

conclusiones que se extraigan de esta aplicación específica no necesariamente son aplicables a otros casos. En cuanto a la negatividad, el principio de proporcionalidad no exige un grado de proporcionalidad óptima (*la más proporcional*), sino simplemente que la medida evaluada no sea desproporcionada. Para el caso en mención, El IAIP actuó dentro del marco de su competencia (Art. 85 LAIP) al dictar una medida cautelar nominada por su ley sectorial. La SCA utilizó el test de proporcionalidad como pretexto argumental para declarar ilegal la multa sin brindar un razonamiento claro sobre las razones por las cuales se incumplió dicho principio. En el apartado 2.2.4. de su sentencia, la SCA acudió primero a uno de los presupuestos de adopción de medidas cautelares (peligro en la demora) para sostener de forma dogmática que el mismo no fue acreditado por el IAIP dentro del procedimiento administrativo. Luego, a partir de ello aludió al principio de proporcionalidad y desde la jurisprudencia de la SCN, citó el principio de necesidad para exigir que la medida cautelar adoptada sea la menos gravosa.

⁴³¹ Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de 9-V-2010, bajo referencia 35-2009. El test de razonabilidad comporta la exigencia de exponer los motivos que dieron lugar a la elección de una determinada acción, justificando las medidas adoptadas, mediante la aportación de razones objetivas para demostrar que la afectación, limitación o perjuicio de otros derechos o bienes es adecuada. En el mismo sentido véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de 23-X-2007, referencia Inc. 35-2002. Sobre la forma de probar estos extremos, la SCN alude a ejemplos como documentación en forma seria y suficiente de los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad - según la naturaleza de los asuntos que se trate y las exigencias de la disposición constitucional que sirva de parámetro que permitan justificar, argumentar o demostrar la razonabilidad de una medida.

la información porque desee conocerla para sus propios fines, sino a raíz de la solicitud de un ciudadano a quien le será entregada únicamente si su solicitud es aceptada⁴³².

Continuó exponiendo la SCA que “(...) *el resguardo de la información por parte del presidente del ente obligado, genera una obligación con la cual se debe proteger de forma especial tal información, y evita la entrega de la misma, considerando, incluso su confidencialidad – en sentido amplio-*”. Esta frase nebulosa parece insinuar que la única medida cautelar posible en estos casos es que el mismo ente obligado resguarde la información y no el IAIP, pues esta segunda opción siempre será más gravosa. Esto no tiene sentido: la Administración Pública está siempre obligada al resguardo de la información oficial, sea cual sea su clasificación. Pero puede suceder que el funcionario esté tentado a alterarla para favorecer sus propios intereses personales o para evadir responsabilidades propias o de terceros. Por ello, el IAIP puede cautelarmente resguardar la información con absoluta confidencialidad.

La sentencia analizada constituye entonces una aplicación errónea del principio de proporcionalidad que debe ser evitada por los Tribunales y la Administración Pública. El principio de proporcionalidad no debe ser instrumentalizado para estirar argumentos o motivar decisiones que no pueden ser motivadas⁴³³.

21.3. Normas administrativas sancionadoras inherentemente desproporcionadas

La sanción administrativa más usual es la multa pecuniaria porque permite establecer una escala de intensidad⁴³⁴ directa que sirve al aplicador de la norma para graduar su magnitud en

⁴³² Véase auto de 26-II-2016 dictado por la SCN en proceso de amparo bajo referencia 713-2015. Este tipo de medida cautelar no es extraordinaria en estos procesos. Para el caso bajo cita, un ciudadano solicitó conocer la información de los viajes del Presidente de la República y su esposa (período 2009-2014) y el IAIP denegó la solicitud por considerarle información reservada. El ciudadano acudió en amparo ante la SCN quien, como medida cautelar, ordenó a la Presidencia de la República que le proporcionase dicha información. Luego de varios vaivenes, el ente obligado adujo que la información no existía. Por ello, mediante auto de 9-III-2016, la SCN delegó un juez para instruir la investigación y obtener la información requerida.

⁴³³ Véase GARCÍA YZAGUIRRE, J., *op. cit.* p. 286. La aplicación del principio mediante el test de proporcionalidad permite establecer un filtro de legalidad y licitud constitucional de toda medida, habilitación o prohibición que sea inútil, innecesario o demanda un sacrificio exagerado de los derechos fundamentales. La aplicación de este principio subyace sobre la idea de justicia que se funda en la proscripción y el repudio a lo excesivo y el anhelo de equilibrio. Precisamente es esto lo que falta al análisis de la SCA en la sentencia bajo mención. “*La ponderación no es un método nacido o diseñado por el Derecho, no tiene origen en las ciencias jurídicas sino en el sentido común, en la intuición y en aquello que comúnmente se considera razonable*”.

⁴³⁴ Véase CARLÓN RUIZ, M., “Principio de Proporcionalidad”, en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel, 2010, pp. 741-757. El principio de proporcionalidad debe manifestarse a nivel normativo en el plano sancionador en dos dimensiones. La primera de ellas, en abstracto para la consideración aislada de las conductas tipificadas y las sanciones establecidas. En este plano, el principio de proporcionalidad opera junto con el principio de mínima intervención para dejar fuera conductas que son jurídicamente irrelevantes. Luego, en el plano concreto, debe

razón de los hechos a castigar⁴³⁵. Existen casos en los cuales la Administración queda vinculada al ejercicio de la potestad sancionadora a través de una norma inherentemente desproporcionada⁴³⁶. Tal es el ejemplo del Art. 30 Ley de Regulación de los Servicios de Información Sobre Historial de Crédito de las Personas⁴³⁷.

Dicha norma contiene dos rangos de multa, uno para infracciones graves y otro para infracciones muy graves. El primero -graves- contenido en el literal a) de esta norma, inicia desde cien hasta trescientos salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios. Por su parte el literal b) -muy graves- del artículo 30 LRSISHCP prevé que este tipo de infracciones serán sancionadas con multa mensual desde trescientos uno hasta quinientos salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios.

El artículo 30 LRSISHCP ha eliminado la posibilidad de castigar con una sanción menor a los 100 salarios mínimos, lo cual impide al aplicador de la norma encontrar la graduación de la

existir una adecuada graduación entre la conducta tipificada y la sanción que le es asignada en relación a la gravedad del hecho.

⁴³⁵ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2033. La apreciación económica del castigo permite graduar la reparación y el daño causado. En todo caso, no debe perderse de vista la finalidad disuasoria de la pena. El objeto de la predeterminación del castigo no se limita a su imposición, sino que se extiende a intentar que la infracción no se produzca. Como advierten los autores, es deseable evitar castigos que se conviertan en incentivos a cometer la infracción. Este efecto puede devenir de un mal diseño de la pena que produzca en el administrado un análisis costo beneficio en el cual le sea más beneficioso aceptar el castigo que abstenerse de cometer la infracción. En el caso específico de la multa, su diseño "(...) debe tener en cuenta que el *minuendo – beneficio obtenido con la sanción- no sea mayor que el sustraendo – importe de la multa-*, porque en tal caso el resultado de la resta seguirá beneficiando al infractor, con lo que la *eficacia disuasoria de la multa será nula*".

⁴³⁶ Véase ARIAS HOLGUÍN, D., *op. cit.* p.154. Al analizar la vinculación del principio de proporcionalidad a la legalidad de la pena en materia penal, se sostiene que en un Estado Constitucional no es posible sostener que un juez esté obligado a imponer una pena desproporcionada por el solo hecho de que así ha sido consagrada en una disposición legal. Esta afirmación puede ser extrapolada al ordenamiento jurídico salvadoreño, en tanto los jueces tienen a su cargo el control difuso de la Constitución. Sin embargo, se debate sobre si la Administración Pública al ejercer potestades jurisdiccionales puede también invocar una atribución similar para apartarse del texto legal que la rige y que, bajo la aplicación del principio de regularidad jurídica, se entiende válida en tanto no haya sido declarada inconstitucional por la SCN. Véase también CARLÓN RUIZ, M., *op. cit.* p. 743. La desproporcionalidad de la sanción también puede derivar de su exigüidad o escasez. En tal sentido, ante sanciones de montos pequeños, el destinatario de la norma puede realizar un análisis costo-beneficio del incumplimiento para determinar qué le es más provechoso o eficiente incumplir. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en la aún vigente Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, D.L. No. 2833 de 24-IV-1959, D. O. No. 87, Tomo No. 183 de 18-V-1959. El Art. 3 de dicho cuerpo normativo obliga a los funcionarios públicos a presentar su declaración patrimonial. Conforme el Art. 17, el incumplimiento de dicha obligación conlleva la imposición de una multa de cinco mil colones equivalente a quinientos setenta y un dólares. Y si el funcionario detenta su cargo por elección popular, entonces no puede ser suspendido del ejercicio de su función (Art. 18)

⁴³⁷ Véase Art. 30 Ley de Regulación de los Servicios de Información Sobre Historial de Crédito de las Personas. *Las infracciones a esta Ley se sancionarán de la siguiente manera: a. Las infracciones graves serán sancionadas con multa desde cien hasta trescientos salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios. De existir reincidencia en estas infracciones, las subsiguientes se consideraran muy graves. b. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa desde trescientos uno hasta quinientos salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios.*

sanción que sea efectiva pero menos restrictiva del derecho de propiedad y que se adecue a la antijuricidad intrínseca del hecho que se pretende sancionar⁴³⁸. Debemos recordar que la finalidad de las sanciones administrativas es buscar el cumplimiento coactivo de la regulación policíaca y de control social a cargo de la administración. Pero no puede llegar al punto de ser afflictiva⁴³⁹ cuando existe una segunda opción que es más benigna y reviste la misma idoneidad para contribuir al cumplimiento de la regulación.

Pero con los parámetros previstos por el artículo 30 LRSISHCP, cualquier sanción que se imponga, por cualquier hecho, con cualquier resultado, será siempre afflictiva, violará el derecho de propiedad y, por ende, será desproporcionada⁴⁴⁰.

Estos parámetros de sanción fueron establecidos sin justificación alguna por la Asamblea Legislativa, lo cual se comprueba de la lectura del expediente de la Comisión Financiera con número de referencia 1102-10-2010-1. En dicho expediente está contenida la redacción original del proyecto de ley, el cual contemplaba rangos distintos que permitían al aplicador encontrar una sanción adecuada para el hecho a juzgar. Pero las sanciones fueron aumentadas excesivamente sin que se hiciera constar en los expedientes de trabajo alguna justificación para estos rangos tan

⁴³⁸ Véase LOPERA MESA, G., *op. cit.* pp. 164-172. El subprincipio de necesidad se proyecta tanto respecto de la infracción como de la sanción. En relación a la primera, este subprincipio exige demostrar que i) no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para tutelar el bien jurídico; y ii) que no existe otra alternativa menos lesiva para el derecho fundamental intervenido por la prohibición legislativa. En relación a la sanción, el subprincipio de necesidad demanda la búsqueda de alternativas a las medidas sancionadoras y en caso de encontrarse, se debe constatar que la magnitud de la sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva. En este punto se trata de identificar castigos alternativos entendiendo por tal un castigo menor, ya sea en relación a su clase o intensidad respecto de la norma analizada. En todo caso, debe tomarse en cuenta que la búsqueda de penas alternativas no debe llevarnos a determinar una que represente al destinatario un contenido afflictivo menor al de realizar el ilícito. Bajo este supuesto, también se incumpliría el principio de proporcionalidad por defecto de la norma.

⁴³⁹ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo. Los sujetos... cit.*, Tomo 2, p. 664. En el Derecho Administrativo Sancionador, la proporcionalidad equivale a la prohibición de excesos en el establecimiento de las consecuencias de la infracción. En tal sentido, si el castigo conlleva un resultado afflictivo que no guarda relación de gradualidad con el reproche que merece la conducta, estaremos ante un exceso.

⁴⁴⁰ Véase STC 66/1995, de 8 de mayo. El TC ha sostenido que "(...) para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración del principio de proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento de análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes (...). En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena".

elevados y mucho menos para elevar el piso de la sanción a los 100 salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios⁴⁴¹.

Al estudiar el derecho comparado encontramos casos similares que conviene ahora traer a estudio. En Panamá, por citar un ejemplo, la ley correspondiente⁴⁴², regula el servicio de información sobre el historial de crédito de los consumidores o clientes. Dicho cuerpo normativo establece una clasificación de infracciones graduándolas en leves, graves y muy graves. En los artículos 39, 40 y 41 de esta ley se prevén supuestos de hecho muy similares a los contenidos en la LRSISHCP salvadoreña⁴⁴³.

Las sanciones correspondientes a dichas infracciones se establecen atendiendo al grado de antijuricidad que cada construcción típica merece para el legislador panameño. Así, las sanciones pueden consistir en amonestaciones escritas para las infracciones leves; multa de mil a cinco mil balboas para las infracciones graves; y de cinco mil con una centésima a diez mil balboas para las infracciones muy graves. Un balboa panameño equivale a un dólar de los Estados Unidos de América, es decir que el mínimo de una infracción grave en Panamá es alrededor de 22 veces más bajo que en El Salvador, y que la sanción más alta equivale a \$10,000.00, es decir, menos de la mitad que la sanción más baja en El Salvador.

La desproporcionalidad del artículo 30 LRSISHCP es aún más evidente cuando la contraponemos a la regulación en materia penal. El CPN establece penas en días multa para algunos delitos y faltas⁴⁴⁴. Así, el Art. 139 CPN tipifica el delito “Lesiones culposas al no nacido”

⁴⁴¹ Véase los documentos siguientes: i) Expediente de trabajo de la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa bajo el número de referencia 1102-10-2010-1; ii) Expediente de trabajo de la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa bajo el número de referencia 1102-10-2010-2; iii) Transcripción taquigráfica de la sesión plenaria ordinaria no. 102, de fecha 23 de junio de 2011; iv) Transcripción taquigráfica de la sesión plenaria ordinaria no. 94, de fecha 29 de abril de 2011. De la lectura de tales expedientes se puede constatar que tampoco se consignó alguna justificación para estos rangos tan elevados y mucho menos para elevar el piso de la sanción a los 100 salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios.

⁴⁴² Véase Ley No. 24 de 22 de mayo de 2002, modificada por la Ley No. 14 de 18 de mayo 2006 (Panamá). Es evidente la diferencia que existe en la dosimetría de las sanciones entre el caso panameño y salvadoreño, lo cual radica en que el primero ha respetado el principio de proporcionalidad para adecuar la sanción a la antijuricidad del hecho que se castiga. Pero que las sanciones administrativas previstas en el ámbito panameño sean abismalmente menores a las nuestras no significa que aquellas no sean efectivas.

⁴⁴³ Véase FERNÁNDEZ NIETO, J., *op. cit.* p. 501. Toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe satisfacer el desarrollo de los requisitos desde la perspectiva del derecho de propiedad. A su vez, este análisis debe ser completado con el examen de las posibilidades que el ordenamiento jurídico concede a los ciudadanos para obligar a los órganos estatales a la observancia del principio bajo estudio.

⁴⁴⁴ Véase Art. 51 CPN. Para efectos de cuantificar la multa, el día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la comisión del hecho punible y como máximo cinco veces dicho salario, este es otro elemento para graduar la pena, pero para efectos de hacer una comparación estableceremos una relación de uno a uno. Es decir que un día multa equivalga a un día de salario mínimo para el sector comercio y servicios

que tutela el bien jurídico “vida”; el Art. 175 CPN castiga la “omisión del deber de socorro” que tutela el bien jurídico “seguridad personal”; El Art. 178 y 179 contienen los delitos de difamación” e “injuria” respectivamente y tutelan el bien jurídico “honor e intimidad”; y el Art. 184 CPN castiga la “violación de comunicaciones privadas”. La pena establecida para estos ilícitos es de 50 a 100 días multa, lo que equivale a un rango entre 1.67 a 3.34 salarios mínimos mensuales. Finalmente, el Art. 177 CPN tipifica la “calumnia” y le castiga con 100 a 200 días multas equivalentes a un rango entre 3.34 a 6.67 salarios mínimos mensuales⁴⁴⁵.

La finalidad del legislador que creó la LRSISHCP es tutelar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas. Por ende, la finalidad del marco regulatorio sancionador inherente a este cuerpo normativo es hacer coercible tal protección. Sin embargo, no es necesario prever una sanción desproporcionada como la contenida en los literales a) y b) del artículo 30 LRSISHCP. El legislador cuenta con un margen amplio para determinar los castigos que han de sufrir aquellos que cometen ilícitos. Pero la correspondencia con este régimen pasa porque en el ejercicio de tal potestad legislativa se observe el principio de proporcionalidad. Esto implica, como hemos dicho, la correspondencia causa-magnitud del castigo con la entidad de la infracción⁴⁴⁶.

Es claro, entonces, que el artículo 30 LRSISHCP prevé rangos de sanciones desproporcionados en violación del subprincipio de necesidad, pues no permite al aplicador de la

⁴⁴⁵ Véase STC 161/1997 de 2 de octubre. Corresponde calificar la norma sancionadora como innecesaria cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta insuficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de la finalidad pretendida por el legislador. En el caso bajo estudio, en el detalle de delitos y sus correspondientes penas podemos observar que, en delitos contra la vida, la seguridad personal, honor e intimidad, el legislador ha decidido que la pena de multa será de una cuantía cuyo máximo no excede los 6.67 salarios mínimos mensuales. Mientras que en infracciones administrativas contra el honor y la intimidad se sanciona como mínimo con 100 salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios. Es decir, que a la luz del artículo 30 LRSISHCP, una sanción administrativa debe aplicarse con una multa mínima que es 15 veces más gravosa que la prevista para castigar delitos penales contra los mismos bienes jurídicos.

⁴⁴⁶ Véase STS de 26 de marzo de 2001. Sobre el análisis de la proporcionalidad de la norma punitiva, el STS sostiene: “El principio de proporcionalidad rige en el Derecho Administrativo Sancionador (...) también al establecerse la correspondiente previsión normativa, de manera que no resulta ajustada al Ordenamiento Jurídico aquella que exaspera o exacerba la sanción imponiendo, en todo caso, la multa en el grado mínimo permitido por la legislación vigente, con independencia de cuál es la infracción que se corresponde. O dicho en otros términos, en la determinación normativa del régimen sancionador, y no solo en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable”.

norma establecer la dosimetría que se adecue al caso concreto⁴⁴⁷, por el contrario, lo obliga a imponer sanciones afflictivas que violan el derecho de propiedad dada su desproporcionalidad.

La SCN ya se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esta norma jurídica por la inobservancia al principio de proporcionalidad bajo los siguientes términos: “(...) *si la capacidad económica de los infractores es el parámetro que tomó en cuenta el legislativo, los montos mínimos de las multas reguladas en la disposición impugnada fueron establecidos de forma arbitraria, es decir sin la justificación objetiva suficiente en relación con la finalidad que les sirve de fundamento, en inobservancia al principio de razonabilidad; y (...) la medida en examen no cumple, en consecuencia, con el subprincipio de idoneidad en atención al fin identificado, siendo desproporcionada la intervención que conlleva en el derecho de propiedad —art. 2 CN.—. Así, en tanto que la deficiente razonabilidad de una norma incide en su proporcionalidad —pues la relación entre una medida y un fin constitucionalmente relevante tiene como presupuesto lógico que tal fin exista y, asimismo, que haya una razón que justifique o fundamente la misma—, se concluye que los montos mínimos sancionatorios que contempla el art. 30 LERESIHCP vulneran efectivamente los arts. 2 y 246 CN., por lo cual es procedente declarar su inconstitucionalidad en esta sentencia*”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ LOPERA MESA, G., *op. cit.*, p. 61. La aplicación del principio de proporcionalidad implica verificar la existencia de una colisión entre categorías constitucionales. Para el caso, la finalidad de la norma analizada es la tutela del bien jurídico honor e intimidad de las personas y por el otro, la intervención en el Derecho de Propiedad como castigo. Luego, procedemos a identificar la legitimidad constitucional del fin perseguido por la intervención, que para el caso que nos ocupa es la defensa de la autodeterminación informativa, la cual es considerada parte del contenido del derecho fundamental al honor y la intimidad.

⁴⁴⁸ Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 14-I-2016, bajo referencia 109-2013. Aunque compartimos el criterio de la SCN, no podemos dejar de cuestionar los efectos diferidos que dicho tribunal otorgó a este pronunciamiento bajo los siguientes términos: “(...) *con el fin de permitir al legislador corregir en el corto plazo la inconstitucionalidad advertida, los montos mínimos sancionatorios establecidos en el art. 30 LERESIHCP continuarán vigentes hasta que la Asamblea Legislativa realice las adecuaciones normativas respectivas en dicha disposición, estableciendo pisos sancionatorios bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, las cuales deberán realizarse en el plazo de seis meses a partir de la notificación de esta sentencia*”. Es decir que la SCN permitirá que los ciudadanos sean castigados sobre la base de una norma desproporcionada afectando así su derecho de propiedad. La SCN hace recaer las consecuencias de los errores legislativos en los destinatarios de la norma.

CAPÍTULO VII. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 23. Reconocimiento constitucional y contenido del principio de culpabilidad. 24. La configuración del principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. 25. La función del dolo en el Derecho Administrativo Sancionador. 26. La concepción del principio de culpabilidad y el papel del dolo en el ordenamiento jurídico salvadoreño. 26.1. El reconocimiento expreso del principio de culpabilidad en la Constitución salvadoreña. 26.2. El rol del dolo y la culpa en las infracciones administrativas. 27. Principio de personalidad de las sanciones. 27.1. Concepto y reconocimiento del principio. 27.2. Autoría y responsabilidad. 27.3. Responsabilidad de las personas jurídicas. 27.3.1. *Societas delinquere non potest* y el cambio de paradigma. 27.3.2. La configuración del elemento subjetivo en las personas jurídicas: el método de imputación. 28. El error. 28.1. Error de tipo. 28.2. Error de prohibición.

22. Reconocimiento constitucional y contenido del principio de culpabilidad

Debido a su asidero constitucional (Art. 12 CN), el principio de culpabilidad es plenamente aplicable al ámbito de las sanciones administrativas⁴⁴⁹, lo cual ha sido recogido sin problemas por nuestra jurisprudencia. Al respecto, la SCA⁴⁵⁰ ha manifestado que, para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto.

Por su parte, la jurisprudencia española se ha referido a este principio en numerosas ocasiones, dentro de las cuales destaca la consideración sobre la mera inobservancia como título de imputación de culpabilidad, contenida en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992⁴⁵¹ y ahora sustituido por el Art. 28.1 de la Ley 40/2015 de uno de octubre.

⁴⁴⁹ Véase QUERALT, Juan y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 9^o edición, Madrid, Tecnos, 2009, p. 483. Este principio rige en todo el ordenamiento jurídico, inclusive en el tributario en donde se había venido propugnando por un sistema de responsabilidad objetiva. En El Salvador encontramos un vestigio palpable de tal corriente en el Art. 57 de la Ley General Tributaria Municipal el cual expresa: “Objetividad de la infracción. Los hechos que configuren contravenciones de conformidad a esta Ley o a las leyes u ordenanzas de creación de tributos municipales, se entenderá que se han configurado por la sola ocurrencia de esos hechos, independientemente de la intención, causa o motivo que haya tenido el autor al ejecutarlos. El supuesto infractor únicamente quedará libre de responsabilidad si prueba que no se produjo el hecho que configure la infracción”.

⁴⁵⁰ Véase 38-E-99 de 27-VI-2000; 306-A-2004 de 29-08-2008.

⁴⁵¹ Véase Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en BOE núm. 285 de 27 de noviembre de 1992. Art. 130.1. Responsabilidad. “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las

En este trabajo nos referiremos especialmente a la configuración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992. Ello porque la jurisprudencia salvadoreña que desarrolla el contenido del principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador está basada en la disposición en comento, aun y cuando en España ya no se encuentre vigente. Con todo y que esto resulte una paradoja, bajo la tesis de que la jurisprudencia es fuente de Derecho Administrativo, las consideraciones de la jurisprudencia y doctrina española referentes a la norma en comento que luego han sido recogidas irreflexivamente por nuestra jurisprudencia, redundan en la vigencia material en El Salvador del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 española.

El mencionado artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que las infracciones administrativas pueden ser cometidas “*aún título de simple inobservancia*”. Al respecto, en la sentencia A. N. de 14 de septiembre de 2001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha expuesto que dicha graduación de la culpa no puede ser equiparada a la responsabilidad objetiva, por cuanto el reconocimiento del principio de culpabilidad detenta rango constitucional y deriva de la aplicación del principio de legalidad y la prohibición de exceso como exigencias inherentes al Estado de Derecho, los cuales demandan la existencia de dolo o culpa⁴⁵².

*personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.” Véase CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria y perniciosa” publicado en *Revista de Documentación Administrativa*, 2015, No. 2. Cuando en España se discutía la aprobación de los proyectos de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que ahora regula, entre otras materias, la potestad sancionadora de la Administración Pública, CANO CAMPOS señaló: “La potestad sancionadora de la Administración no debe estar regulada en dos textos normativos distintos y, menos aún, de forma fragmentaria y parcial. Esta potestad, al igual que el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, debería haberse regulado en un solo texto o disposición normativa y, como se ha adelantado, de forma completa y sistemática y no, como se hace, con carácter fragmentario o parcial, con la merma para la seguridad jurídica que ello supone. Incluso estaría justificada su regulación en una sola Ley, como ocurre en otros países (Alemania e Italia), quizá junto a otra importante y olvidada institución como la inspección administrativa. Es claro que al amparo del art. 149.1.18ª CE, el Estado está habilitado para aprobar una ley general y básica sobre la potestad inspectora y sancionadora de la Administración. (...) El legislador estatal debería haber acometido, de una vez por todas, la tarea de aprobar una Ley general sobre la potestad sancionadora de la Administración que, además de los principios por los que ha de regirse, ofrezca un cuadro legislativo homogéneo y general de las infracciones y sanciones y regule los elementos esenciales del procedimiento administrativo sancionador; en definitiva, lo que debiera ser una parte general del Derecho Administrativo Sancionador. Una parte general que debería regular con flexibilidad tales cuestiones, permitiendo que la legislación sectorial pueda incluir las especialidades necesarias en aquellos aspectos no necesitados de una regulación uniforme. La tarea es perfectamente posible, como bien demuestra la Ley sobre la potestad sancionadora del País Vasco de 1998. (...) Tampoco se regulan las causas de exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación) y de la culpabilidad (causas de inimputabilidad), como tampoco se establece el momento en que se han de entender cometidas las infracciones o quién debe sancionar las infracciones suprarregionales, que tienen una indudable importancia práctica en ámbitos como el del comercio interior y el consumo”.*

⁴⁵² Véase sentencia A.N. de 14 de septiembre de 2001 de SCA: “El principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo puede ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el Derecho Administrativo Sancionador de la

El principio de culpabilidad ha sido enunciado bajo el aforismo *nullum crimen sine culpa* y es uno de los más controvertidos de cuantos componen el bloque de garantías constitucionales que informan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Este principio implica que previo a imponer un castigo debe demostrarse la culpabilidad del ciudadano, entendida esta como un comportamiento doloso o culposo⁴⁵³, por lo que no es suficiente que se le atribuya la imputación objetiva de un resultado, sino también que la acción haya sido cometida con intención, o al menos de forma imprudente⁴⁵⁴.

El principio de culpabilidad conlleva que la sanción sea impuesta a la persona que cometió la infracción (principio de personalidad de las sanciones); que se castigue únicamente por hecho y no por personalidades (principio de responsabilidad por el hecho); y que la sanción sea impuesta por hechos cometidos por un sujeto responsable a título de dolo o culpa (principio de exigencia de dolo o culpa)⁴⁵⁵.

23. La configuración del principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador

En el Derecho Administrativo Sancionador, este principio detenta un contenido distinto a su concepción tradicional en el Derecho Penal. En este último, la culpabilidad es entendida como un juicio de reproche de parte del Estado a un sujeto que ha cometido una acción considerada

*responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa". En este sentido véase CUADRADO ZULOAGA, D., "El principio de individualización de las sanciones administrativas" publicado en *Actualidad Administrativa*, 2008, No. 22, pp. 2677-2688.*

⁴⁵³ Véase, sentencia pronunciada por la SCA de la CSJ de 24-II-98, en proceso bajo ref. 36-G-95. La SCA ha sostenido que "para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto".

⁴⁵⁴ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 154. Se sostiene que la culpabilidad debe entenderse como un comportamiento culposo o doloso, así como un elemento más del ilícito administrativo y no solo de la sanción a imponer. En párrafos siguientes nos referiremos con mayor profundidad al papel del dolo y la culpa en el Derecho Administrativo Sancionador.

⁴⁵⁵ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, *cit.* p. 250. También se considera incluido el principio de atribuibilidad normal, según el cual no se debe sancionar al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Sin embargo, esta postura conlleva atribuir al Derecho Administrativo Sancionador el elemento de reprochabilidad moral y solo sería responsable el autor que ha obrado bajo condiciones de normal motivabilidad. Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, *cit.* p. 60. La autora rechaza esta postura al sostener que al Derecho Administrativo Sancionador no se le puede encomendar la función de dirigir reproches a los ciudadanos, por lo que entiende comprendidos como parte del contenido del principio de culpabilidad la exigencia de dolo o culpa, el principio de personalidad de las sanciones y la garantía de responsabilidad por el hecho. Apoya su tesis en la STC 150/1991 que ha entendido que el principio de culpabilidad contenido en la CE no recoge el principio de atribuibilidad normal.

antijurídica que pudo haberse evitado, o bien, en la que concurre una voluntad defectuosa⁴⁵⁶. Este reproche de carácter ético o moral se basa en la concepción del libre albedrío de la persona, el cual le permite elegir adecuar o no su comportamiento al mandato de la norma jurídica⁴⁵⁷.

Esta concepción de culpabilidad no es trasladable al Derecho Administrativo Sancionador, pues a este le es ajena la idea de reproche: una vez que la Administración constata la comisión de un ilícito, esta no está facultada para dirigir un reproche ético o moral al infractor, pues su finalidad es la prevención. Por ello podemos afirmar que la culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador está desprovista de cualquier componente ético o moral.

Y es que la sanción administrativa es necesaria para evitar que el autor cometa nuevamente una infracción y, a la vez, para enviar al colectivo social la señal de vigencia y coercibilidad de la norma jurídica⁴⁵⁸. En todo caso, podemos únicamente entender que se trata de un reproche jurídico, entendido este como la ausencia de causas de justificación. Pero este fin de prevención solo se realiza si la sanción deriva de una conducta previamente tipificada como ilícita y atribuible a su autor a título de dolo o culpa⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Véase GOLDSCHMIDT, JAMES., *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2ª edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007. p. 139. Esta conceptualización de la culpabilidad deriva de su concepción normativa bajo el supuesto de que toda culpabilidad lo es en relación con una norma, de tal modo que existe una valoración del componente subjetivo de la acción cuya medida radica en dicha norma.

⁴⁵⁷ PARADA, Ramón, *Derecho... cit.* tomo I, p. 484. En el ámbito penal, este reproche de culpabilidad supone (i) que el autor sea causa de la acción u omisión considerada ilícita a título de autor, cómplice o encubridor; (ii) que el sujeto sea imputable, es decir, que no concurren en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar; y (iii) que sea culpable, lo que es igual a que tenga conciencia y voluntad de lo ilícito de su actuar doloso o culposo.

⁴⁵⁸ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 42. La finalidad del Derecho Administrativo es evitar la comisión de hechos ilícitos mediante la amenaza de un castigo. Y en caso de que esta amenaza no sea suficiente y el administrado cometa la infracción, será necesario imponerle el castigo anunciado para restablecer el orden jurídico vulnerado y reafirmar la confianza en el Derecho.

⁴⁵⁹ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 172. Para el autor la reprochabilidad moral sí forma parte de la culpa en el Derecho Administrativo Sancionador al considerarlo como un juicio de valor individualizado dirigido a su autor, que teniendo la posibilidad no ha omitido la comisión de la acción antijurídica. Sostiene por tanto que "(...) es preciso causa alguna de inexigibilidad, y no concurre cuando al sujeto le sea exigible otra conducta conforme a Derecho al no concurrir circunstancias especiales que le dispensan de la obligación de hacerlo". No obstante, nos adherimos a la postura de la profesora De Palma del Teso expuesta *supra*, en cuanto a que la culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador está desprovista del reproche ético o moral en razón de los fines de la potestad sancionadora del Estado y las funciones propias de la Administración Pública. Con todo, Gallardo Castillo sostiene la culpabilidad como un elemento que permite extrapolar a esta rama las causas de exoneración de responsabilidad. Sin embargo, el reproche ético o moral nada tiene que ver con la admisión de las causales excluyentes de responsabilidad, que para el caso salvadoreño están consignadas en el Art. 27 Código Penal. El mismo concepto de culpabilidad permite entender que quien cumple con un deber o realiza el ejercicio legítimo de un derecho no obra con dolo o culpa, y cuando circunstancias de este tipo no se presenten, la Administración deberá a proceder a castigarlo con la sanción correspondiente con el único objeto de restablecer la normalidad jurídica. El mismo análisis es aplicable al resto de causales. En este sentido, véase NIETO Alejandro, *op. cit.* p. 152. Esta tesis también es sostenida por el profesor Nieto quien expone que la finalidad de la potestad sancionadora de la

24. La función del dolo en el Derecho Administrativo Sancionador

El principio de culpabilidad implica que el castigo solo puede imponerse a quien ha cometido un hecho tipificado como ilícito si ha actuado de forma dolosa o negligente. Resaltamos esta última frase para efectuar una acotación: sobre este aspecto existen grandes diferencias entre el ordenamiento jurídico español y el salvadoreño que abordaremos en breve. De momento, expondremos aquí la corriente española por considerarle la base sobre la cual se ha abordado el problema en El Salvador.

A diferencia del Derecho Penal⁴⁶⁰, en el Derecho Administrativo Sancionador español el dolo no debe entenderse necesariamente como un elemento de la tipicidad. Para el caso, el Art. 130.1 de la Ley 30/1992 española, requiere únicamente que la acción u omisión haya sido cometida a título de “*simple inobservancia*” -que equivale a culpa levísima-, para tener por constituida la infracción⁴⁶¹. Al menos para el caso español, la regla general es la exigencia de un grado mínimo de culpabilidad para que se genere la responsabilidad punitiva⁴⁶². Por lo anterior, el dolo se configura únicamente como un elemento agravante de la sanción administrativa, mas no como parte esencial del tipo. Esto se corrobora de la lectura del Art. 131.3.a Ley 30/1992 que dispone la intencionalidad como un elemento para la graduación de la sanción.

Administración es la protección de los intereses generales constituyendo la ley y el Derecho como un límite y no con un fin en sí mismo. Por el contrario, para los jueces penales la legalidad es la defensa de los derechos y garantías de quienes han atacado los bienes jurídicos tutelados.

⁴⁶⁰ Véase el Art. 12 del Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Publicado en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995. Nuestro ordenamiento jurídico ha instaurado un sistema de *números clausus* respecto de los delitos culposos, siendo la regla general la comisión dolosa como parte integrante del tipo penal. Art. 18 inciso 3º Código Penal salvadoreño: “*Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa*”. Las diferencias se suscitan entre el Derecho Administrativo Sancionador español y el salvadoreño como procedemos a explicar.

⁴⁶¹ Véase HUERGO LORA, A., *op. cit.* p. 388. Como expondremos en breve, la “simple inobservancia” puede ser equiparada a la categoría de culpa levísima, concepto tomado del Derecho Civil para destacar el grado mínimo de culpa requerido para entender por acreditado el elemento volitivo de la infracción. Sin embargo, el profesor Huergo Lora asegura categóricamente que esta equivalencia no es correcta y entiende la simple inobservancia como una categoría anterior (o *prius*) a la culpabilidad y no como un equivalente o especie de ella. Por ello sostiene que la mera inobservancia constituye un título autónomo de imputación de responsabilidad: *se trata, más bien de que el legislador está diciendo que los destinatarios de esa norma tienen el deber de cumplirla, de modo que si no lo hacen, están actuando, al menos con negligencia.* El problema con esta tesis es que recurre en esencia a la anacrónica regla que expresa que “*nadie puede alegar ignorancia de la ley*”, por lo que ante la formulación transcrita cabe preguntarse a cuál norma se refiere el legislador. Lo cierto es que se pretende concretizar indebidamente una regla de aplicación general. El Art. 130.1 de la Ley 30/1992 contiene una norma de alcance general, razón por la cual no puede pretenderse que “*el legislador está diciendo que los destinatarios de esa norma tienen el deber de cumplirla*”, so pena de ser considerados negligentes. El argumento, por tanto, es circular y se pierde en aspectos semánticos.

⁴⁶² Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 327. Una vez constatada al menos la culpa, la comprobación sobre la intencionalidad en el cometimiento de la infracción no es necesaria para tener por cometido el ilícito.

Para algunos autores⁴⁶³, lo anterior se justifica en las diferencias que existen entre los tipos penales y administrativos: los primeros son ilícitos de lesión y, como tales, requieren el daño a un bien jurídico. Los segundos son en su mayoría ilícitos de peligro, y solo requieren que el bien jurídico haya sido puesto en riesgo. Sin embargo, esta postura es insatisfactoria debido a que no brinda respuesta al universo general de los casos ni expone razones de fondo que justifiquen excepciones: existen delitos penales de peligro e infracciones administrativas de resultado. Más bien, consideramos que la respuesta se sigue encontrando en la vinculación del principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad consagrados en la Ley 30/1992, la cual utiliza la intencionalidad como criterio de graduación del castigo⁴⁶⁴.

En tal sentido, el papel que juegan el dolo y la culpa como integrantes o no del tipo de las infracciones administrativas constituye una decisión del legislador⁴⁶⁵ quien debe establecerla, ya sea caso a caso, o bien mediante la creación de una cláusula general de cobertura.

La doctrina española no ha prescindido de una cláusula general de cobertura que regule los títulos de imputación⁴⁶⁶. Sus conclusiones se basan precisamente en la existencia de una ley

⁴⁶³ Véase DE PALMA DEL TESO, A., "Principio de Culpabilidad: Definición... *op. cit.* pp. 702-721. En el Derecho Administrativo Sancionador, la culpa y la imprudencia tienen un mayor protagonismo que el dolo. Este último será exigible como parte integrante del elemento subjetivo del tipo sólo cuando la norma así lo tipifique.

⁴⁶⁴ Véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 265. A partir de la teoría final de la acción se demuestra que el ejercicio de subsunción entre la acción u omisión y el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin. Por ello, la tipicidad debe tener en cuenta esa voluntad y por ello que el tipo de injusto tiene una vertiente objetiva y otra subjetiva. A partir de lo anterior podemos concluir que la consideración sobre el elemento volitivo de la acción no puede quedar sujeto al arbitrio del aplicador de la norma, sino que forma parte del ámbito de reserva de ley, debiendo entender, por tanto, que el mismo se encuentra incluido dentro del tipo aun y cuando no sea mencionado expresamente, en cuyo caso deberemos entender que el legislador ha optado por integrar el dolo como parte de la tipicidad tal y como procedemos a explicar.

⁴⁶⁵ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H. *op. cit.* p. 57. En el Derecho Penal, el principio de exigencia de dolo y culpa conlleva que para que a un determinado sujeto se le pueda hacer responsable de un hecho concreto, es necesario que este haya sido querido por el propio sujeto. Este componente de la dogmática penalista detenta un asidero en el Derecho Positivo que para el caso salvadoreño lo constituye el ya citado Art. 18 inciso 3º Código Penal. El Derecho Administrativo Sancionador construye su propia dogmática y establece como regla general la culpa en el Art. 130 de la Ley 30/1992. En cambio, en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño esta es una tarea pendiente cuyas implicaciones procederemos a estudiar en breve.

⁴⁶⁶ Véase GOMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo... cit.*, p. 428. A este respecto, los autores entienden que al igual que en el Derecho Penal exista una cláusula legal de cobertura que regula los títulos de imputación, en el Derecho Administrativo Sancionador opera de la misma manera en tanto también estos títulos de imputación deben ser regulados por el legislador en tanto están sometido al principio de taxatividad. Por ello, la comisión culposa de las infracciones administrativas solo se admitirá cuando el legislador así lo haya previsto, de lo contrario, deberá entenderse que es necesario que concurra el dolo, siendo esta la regla general. A igual conclusión ha llegado la SCN salvadoreña, tal y como en breve reseñaremos. Para el análisis del caso español, los autores sostienen: "(...) si el artículo 12 del Código Penal establece el principio de que solo son sancionables las acciones imprudentes cuando expresamente así se

en sentido formal que regula dichos títulos de imputación en el Derecho Administrativo Sancionador. La aseveración de que las infracciones administrativas pueden ser cometidas a título de dolo, culpa o simple inobservancia no es un dogma fe, sino la conclusión razonada y sustentada en la vigencia del principio de legalidad, taxatividad y culpabilidad cuyo respaldo normativo se encuentra en la Ley 30/1992. La idea que subyace a estas conclusiones es que la culpabilidad, en tanto constituye un elemento normativo de la tipicidad, está sujeta a reserva de ley.

Lamentablemente, estas conclusiones doctrinales que son plenamente aplicables al ordenamiento jurídico salvadoreño no han sido adecuadamente asimiladas, como procedemos a explicar.

25. La concepción del principio de culpabilidad y el papel del dolo en el ordenamiento jurídico salvadoreño

La jurisprudencia y doctrina española tienen influencia casi absoluta en la interpretación y aplicación de las leyes en el ámbito salvadoreño⁴⁶⁷. Pero en ocasiones, esta extrapolación de normas, corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se realiza sin reparar siquiera en las diferencias existentes entre uno y otro ordenamiento jurídico.

Sin duda, la construcción doctrinaria española resulta no solo válida, sino también valiosa para el ordenamiento jurídico salvadoreño carente de un desarrollo doctrinal propio. El problema se suscita cuando se extrapolan las conclusiones sin considerar las particularidades legislativas salvadoreñas.

Por ello, debemos iniciar este apartado exponiendo dos cuestiones trascendentales sobre el tratamiento normativo que se brinda al principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico

establezca, lo razonable es entender que en las infracciones administrativas no rige el principio contrario. De esta forma, si no se prevé, bien una ley de aplicación general, bien en las diferentes leyes sectoriales, la posibilidad de la acción culposa administrativamente sancionable sea punible, el principio de taxatividad, combinado con la idea de que los principios penales son aplicables al ámbito sancionador administrativo, deberían impedir su castigo. La solución contraria no puede sino estimarse en tensión con el principio de legalidad”.

⁴⁶⁷ Véase preámbulo del Código Civil salvadoreño. Esta influencia ejercida por el ordenamiento jurídico español hacia el salvadoreño lógicamente tiene sus raíces en los tiempos de la colonia. Pero aún en la etapa de vida independiente, en El Salvador se ha llegado a aceptar en textos oficiales dicha vinculatoriedad. En 1859, al explicar las razones de la promulgación del Código Civil, el entonces presidente de la República, Capitán Gerardo Barrios expuso: “POR CUANTO: *Habiendo examinado detenidamente el Código Civil, redactado por la Comisión nombrada de conformidad con la ley de 4 de febrero de 1858, revisado y reformado por otra comisión compuesta de dos miembros de la primera y tres jurisperitos más: y hallándose en armonía con la legislación española que ha regido al país y adecuado a los usos y costumbres dominantes*” (el subrayado es propio).

español en yuxtaposición al abordaje -quizá involuntario- que el legislador salvadoreño ha efectuado sobre este mismo tema y que nos obliga a construir una interpretación propia del mismo para determinar su verdadero alcance.

25.1. El reconocimiento expreso del principio de culpabilidad en la Constitución salvadoreña

La primera diferencia a destacar es el tratamiento que de dicho principio realizan las normas fundamentales de cada país: mientras que la CN salvadoreña le reconoce explícitamente en su Art. 12 “*Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad (...)*”, la Constitución española no le menciona expresamente en su texto y ha debido ser la jurisprudencia la encargada de introducirlo como parte del contenido del Art. 25⁴⁶⁸. Esta situación ha llevado a algunos autores⁴⁶⁹ a plantear la inexistencia del rango constitucional pretendido para dicho principio y a negar su necesidad para la existencia de un Estado de Derecho. Sin embargo, la corriente mayoritaria⁴⁷⁰ sostiene que es innegable su incorporación al texto constitucional español aduciendo razones fundadas en la finalidad del castigo y en la misma construcción jurisprudencial del principio de culpabilidad⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Véase STC 150/1991. El TC se expone que la CE consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, análisis que se extrapola al Derecho Administrativo Sancionador.

⁴⁶⁹ Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 323. Se afirma que la Constitución española por ningún lado proclama el principio de voluntariedad para tener por establecida la comisión de un hecho ilícito: “*La Constitución garantiza el principio de culpabilidad no porque ella lo diga sino porque otros dicen que lo dice. Se trata por tanto de una cuestión de fe, que es creer lo que no leemos con nuestros propios ojos*”. Véase REBOLLO PUIG, M. y otros, *Derecho Administrativo... cit.* p. 252. Para otros autores como el profesor Rebollo Puig, la categoría constitucional del principio de culpabilidad se da por descontada: “*(...) al tratarse de un principio constitucional, la exigencia de culpabilidad no requiere una expresa proclamación normativa*”.

⁴⁷⁰ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho..., op. cit.* p. 38. La autora sostiene que el principio de culpabilidad ha sido constitucionalizado por la jurisprudencia, razón por la cual es aplicable sin excepciones al Derecho Administrativo Sancionador. En el mismo sentido, véase también LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* p. 56. Sostiene que la finalidad preventivo-represiva de la sanción hace incompatible un régimen de responsabilidad objetiva como el que propone el profesor Alejandro Nieto y que contradice la construcción jurisprudencial del TC. Con todo, llama la atención que los argumentos de la doctrina mayoritaria se basan precisamente en la jurisprudencia del TC y su interpretación de la CE, y no en el texto de la misma, que es justamente la piedra angular que utiliza el profesor Nieto para sostener lo contrario.

⁴⁷¹ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *op. cit.* p. 273. El profesor Garberí Llobregat sostiene que la vigencia del principio de culpabilidad en la CE deviene de la vigencia del derecho fundamental de presunción de inocencia contenido en el Art. 24.2 CE. Esta posición también encuentra asidero en la STC 76/1990. En el mismo sentido véase la STC 14/1997, de 28 de enero. Por nuestra parte, consideramos que la tesis sostenida por el profesor Nieto está informada por una alta dosis de realismo, pues aun y cuando en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador se sostiene a ultranza la vigencia del principio de culpabilidad, son muchos los casos en los cuales dicha vigencia es simplemente formal y la Administración se limita a citar este principio de forma automática sin considerar verdaderamente su peso específico en la decisión de castigo que debe adoptar. No obstante, el que sea la práctica habitual de la Administración no implica necesariamente que sea lo correcto. Por el contrario, este principio debe funcionar como un límite material al ejercicio del *ius puniendi* para transformar y mejorar la labor de la Administración Pública. En

Con todo, cabe destacar que el Art. 12 CN salvadoreño acoge perfectamente la construcción española sobre el rango fundamental del principio de culpabilidad en tanto le reconoce de forma expresa.

25.2. El rol del dolo y la culpa en las infracciones administrativas

La segunda diferencia se expone en sentido inverso: mientras el ordenamiento jurídico español cuenta con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que contiene el Art. 130 como cláusula de cobertura que aborda expresamente el tema de la responsabilidad y culpabilidad, en el caso salvadoreño ni siquiera contamos con una ley de procedimientos administrativos que regule este aspecto, situación a la cual nos hemos referido reiteradamente en este trabajo.

Es por ello que, en temas como el grado de culpabilidad, autoría y responsabilidad, entre otros, no nos es posible realizar aseveraciones generales como sucede en el caso español porque no contamos con una cláusula general de cobertura. Por ello, resulta necesario estudiar el régimen sancionador de cada ley sectorial para resolver la situación concreta que se juzgue, teniendo siempre presente la CN salvadoreña.

Llama la atención que aun y cuando en El Salvador carecemos de una ley como la 30/1992 española y que adolecemos de un serio problema de dispersión normativa, nuestros tribunales y autoridades administrativas suelen aplicar miméticamente doctrina y jurisprudencia española del Derecho Administrativo Sancionador, las cuales tienen origen en normas jurídicas inexistentes en nuestro ámbito. Lo cierto es que a pesar de la práctica reiterada por parte de los distintos órganos de la Administración Pública salvadoreña y el beneplácito de las SCN y SCA⁴⁷²,

tanto, no nos parece adecuado allanar más el camino para que la Administración desarrolle un trabajo negligente en detrimento de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

⁴⁷² Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 26-X-2012, ref. 459-2007. La SCA ha afirmado sin más: *“El Principio de Culpabilidad en materia administrativa sancionatoria supone dolo o culpa en la acción sancionable”*. La pregunta de rigor es por qué. No es posible construir una teoría general para el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño sin reparar en el hecho que no contamos con una norma general, por el contrario, las leyes sectoriales regulan de forma distinta este aspecto. Y es que se ha caído en el error de creer que con aceptar que las infracciones administrativas pueden ser cometidas con dolo o culpa, se ha dado un gran avance en la materia, lo cual no es cierto y lejos de ser un avance constituye un estancamiento. Con tal aseveración no estamos diciendo nada que el Derecho Penal no nos haya enseñado antes: también en dicho ámbito los delitos pueden ser cometidos con dolo o culpa, la diferencia es que los penalistas son capaces de reconocer que quien debe decidir cuál es el grado de culpabilidad exigido es el legislador y no el intérprete. Como explicaremos, esta sentencia fue impugnada por el TSDC en vía de amparo ante la SCN, quien mediante a su vez, sentencia de 5-VI-2015 dictada en proceso bajo referencia 230-2013, dejó sin efecto la sentencia de la SCA y le ordenó emitir una nueva. Como parámetro de cumplimiento de la sentencia de amparo, la SCN indicó que el error de prohibición no legitimaba los cobros realizados por el administrado a

no existe un sustento legal para entender que cualquier infracción administrativa puede ser cometida a título de culpa leve, levísima o por la mera inobservancia⁴⁷³.

Las teorías que propugnan por la validez de grados atenuados de culpa tienen asidero en el Art. 130 de la Ley 30/1992, el cual hace alusión a la “simple inobservancia”. Pero esta disposición no es derecho positivo vigente en El Salvador y, por lo tanto, no es aplicable⁴⁷⁴. Repetimos: no se trata de desechar la doctrina española, sino de asimilar sus conclusiones a las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico.

25.2.1. El elemento volitivo de la acción como parte de la tipicidad de la infracción administrativa

Este error nacional puede formularse y entenderse en los siguientes términos: en España, las infracciones administrativas pueden cometerse a título de culpa porque el legislador previó la cláusula general de cobertura correspondiente en el Art. 130 de la Ley 30/1992 (derogada, y ahora en el Art. 28.1 de la vigente Ley 40/2015 de uno de octubre). En El Salvador, sin pasar por el análisis del principio de tipicidad y la inexistencia de una cláusula general de cobertura, la jurisprudencia y la Administración Pública aseveran de forma irreflexiva que las infracciones

los consumidores. Por ello, la SCA emitió una nueva sentencia de 26-VI-2015 por medio de la cual resolvió nuevamente el expediente 459-2007. En esta nueva decisión, la SCA mantuvo sus consideraciones sobre el principio de culpabilidad y solo modificó su fallo en relación a la orden de devolución de los cobros realizados por el administrado a los consumidores. En una sentencia posterior (Ref. 152-2009, de 30-I-2017), la SCA conoció de hechos similares y del argumento del administrado que invocaba la violación al principio de culpabilidad en términos semejantes. No obstante, la SCA modificó su criterio y juzgó que no se configuraba el error de prohibición.

⁴⁷³ Véase resolución final dictada por el TSDC de 31-III-2009, en procedimiento administrativo sancionador 164-08 acum. El TSDC, sin base legal en nuestro ordenamiento jurídico, ha expuesto: “(...) es pertinente analizar que uno de los aspectos clave en la nueva concepción del principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, ha sido la extensión y alcances de los títulos de imputación de responsabilidad. (...) Como es sabido, los títulos clásicos de imputación son el dolo, la culpa y la negligencia. Es en este punto donde debe recalcar que la culpabilidad no puede ser exigible en los mismo términos del Derecho Penal, ya que en el ámbito sancionatorio administrativo entran en juego las consideraciones sobre la “debida diligencia” y la “buena fe”.” Posteriormente cita al profesor Alejandro Nieto para sustentar lo apuntado. De nuevo la pregunta es por qué. Esta teoría tiene plena aplicabilidad en el marco de la Ley 30/1992 española, pero no ante la ausencia normativa que impera en El Salvador.

⁴⁷⁴ Véase resolución definitiva dictada por el Superintendente del Sistema Financiero de 12-VI-2013, procedimiento administrativo sancionador ref. 10-2011. El ente regulador del Sistema Financiero conoció sobre la presunta comisión de infracciones por parte de un banco, y al exponer sus consideraciones sobre el principio de culpabilidad expuso: “Corresponde ahora, para analizar si la simple inobservancia por parte de los administrados a una norma de conducta, es suficiente para que estos sean sancionados”. Para resolver su planteamiento, el Superintendente equiparó la simple inobservancia a la responsabilidad objetiva y concluyó que no es admisible sancionar bajo este parámetro, lo cual aplaudimos. Lo que no compartimos es la conclusión final a la que se aboca, según la cual: “(...) para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culpablemente”. Lo anterior debido a que el marco normativo no regula la posibilidad de cometer infracciones culposas, por lo que hay que entender que para que dichas infracciones puedan configurarse deberá exigirse el dolo como elemento volitivo, tal y como procedemos a explicar.

administrativas pueden cometerse a título de simple inobservancia porque la doctrina española y su jurisprudencia relativa al derogado Art. 130 de la Ley 30/1992, así lo han dicho.

Es decir que nos hemos saltado la existencia del Art. 15 CN que crea una reserva de ley sobre la tipicidad de las infracciones administrativas, lo cual incluye la determinación del título de imputación de responsabilidad. La conclusión española respeta esta zona de reserva legal que deriva de su Art. 25 CE. La conclusión salvadoreña no es más que un eco irreflexivo de aquella. Sin duda, nuestros tribunales de justicia y la Administración Pública malinterpretaron las aseveraciones propias del Derecho Administrativo Sancionador español y sin reparar en sus fundamentos legales y constitucionales, han sostenido que en El Salvador se aplican conceptos que son ajenos a nuestro ordenamiento jurídico.

Debemos corregir el rumbo. Lo que sí es aplicable a todos los ámbitos del Derecho nacional es el régimen de garantías que deriva de la Constitución salvadoreña, entre las que encontramos el principio de culpabilidad y tipicidad. Para decirlo con todas sus letras: en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño la teoría general sobre la culpabilidad de impronta española debe adaptarse al hecho de que no contamos con una norma de cobertura general que regule la materia. En el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño atomizado, sectorizado y lleno de particularidades, es preciso identificar la configuración legal de dicho principio para cada caso concreto, y cuando no exista, aplicar directamente la CN en el grado más alto de la garantía del principio de culpabilidad, es decir, brindando al dolo por regla general el papel de integrante de la tipicidad de la infracción, salvo disposición secundaria que configure de distinta forma esta garantía⁴⁷⁵.

Lo anterior debido a que el título de imputación de responsabilidad debe necesariamente ser determinado por el legislador y no por el aplicador de la norma. Ello, porque está sujeto a reserva de ley conforme el Art. 15CN

25.2.2. El elemento volitivo de la acción en las infracciones administrativas: Propuesta de solución para el ordenamiento jurídico salvadoreño

Casi la totalidad de leyes sectoriales establecen infracciones administrativas, aunque no todas regulan de forma expresa el tratamiento que el aplicador deberá brindar al elemento volitivo.

⁴⁷⁵ Véase ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 814. La culpabilidad puede ser entendida como un elemento para la fundamentación de la pena o para la medición de la pena. En el primer caso, la culpabilidad se relaciona con los presupuestos necesarios para que la misma exista y que por ende también converja responsabilidad. En el segundo caso, la culpabilidad atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial del castigo.

Sobre el particular encontramos al menos dos tipos de casos⁴⁷⁶: (i) aquellos en los cuales la ley sectorial regula concretamente el papel del dolo y la culpa⁴⁷⁷, y (ii) leyes sectoriales que no regulan este aspecto.

En cuanto a los casos de leyes sectoriales que establecen infracciones y regulan el tratamiento del elemento volitivo de la acción, por regla general, el legislador ha adoptado la postura española de otorgar al dolo el papel de criterio para la graduación de la sanción, aludiendo claramente a la intencionalidad que informa el cometimiento de la acción. Ejemplos claros los encontramos en el Art. 155 LACAP y en el Art. 40 inciso 2º LPC⁴⁷⁸.

Por tanto, al igual que en el ordenamiento jurídico español, en estos casos la infracción administrativa se entiende configurada cuando concurre, al menos, culpa en el actuar del responsable.

No obstante, en estos supuestos debemos distinguir el grado de culpa exigible. Nótese que en los casos citados se hace alusión a la “intencionalidad” o a la “culpa” sin distinguir si esta debe ser lata, leve o levísima. Debido a que nos encontramos frente a la aplicación de una garantía constitucional que informa normas que restringen derechos de los ciudadanos a través del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, debemos necesariamente adoptar un criterio de interpretación restrictivo, lo que da como resultado la configuración de la garantía en su grado más alto. Es decir que para tener por configurada la infracción administrativa, el sujeto activo de la infracción deberá actuar con culpa lata, no siendo admisible de ninguna

⁴⁷⁶ Existe un tercer caso aislado en el cual la ley sectorial prevé expresamente la exención de responsabilidad civil por ausencia de dolo o culpa, más no así para la configuración de la infracción administrativa. Nos referimos específicamente al Art. 164 de Ley Orgánica de Aviación Civil el cual expresa: “*El operador o transportista no será responsable si prueba ante la AAC que él o sus dependientes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño. Tampoco incurrirá en responsabilidad el operador o transportista, cuando el daño hubiere sobrevenido por lesiones orgánicas o enfermedad del pasajero, o el accidente hubiere sido provocado intencionalmente por la víctima o se hubieren ocasionado al subir o bajar de la aeronave que se encuentre estacionada, cuando medie notoria imprudencia del accidentado o cometa infracciones a los reglamentos de seguridad.*”

⁴⁷⁷ Entre otras véase Ley de Acceso a la Información Pública, D.L. 534, del 2-XII-2010, publicado en D.O. No. 70, Tomo No. 391, del 8-IV-2011. “*Artículo 78.- Graduación de la cuantía de las sanciones. La cuantía de las multas que se impongan, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta lo siguiente: a. La existencia de intencionalidad o de reiteración en el hecho. (...)*”.

⁴⁷⁸ Véase Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, “*Artículo 155.- Criterios para la Aplicación de Sanciones. Para la aplicación de las sanciones a que se refieren los artículos anteriores, el titular de la institución, la junta directiva, consejo directivo o concejo municipal; deberá tomar en cuenta como principales criterios para la gradualidad de éstas, la intencionalidad del infractor, la reincidencia, la naturaleza de los perjuicios causados y las circunstancias en que la infracción se cometa, salvo el caso de las infracciones graves y muy graves.* Véase también Art. 40 inciso 2º LPC: “*Comete infracción a las disposiciones de la presente ley, el proveedor que, en la venta de un bien en la prestación de un servicio, actuando con dolo o culpa, causa menoscabo al consumidor, debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.*”.

forma la culpa leve o la levísima, por cuanto no existe ninguna norma que configure la tipicidad de la infracción en estos grados.

Pero también existen casos en los cuales el legislador opta deliberadamente por establecer el dolo como título de imputación de responsabilidad. Nos referimos como ejemplo a los artículos 24 Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres, 226 Código Tributario⁴⁷⁹, entre otros. En este caso, será necesario que concurra el dolo en la acción para tener por configurada la infracción.

Conviene en este punto resaltar un caso excepcional en la legislación salvadoreña en el cual sí se admite un grado de culpabilidad atenuada para tener por configurada la infracción administrativa. Nos referimos al Art. 62 de la Ley de Notariado⁴⁸⁰ que admite la responsabilidad administrativa de los notarios cuando actúen con “*negligencia, malicia o ignorancia inexcusable de la ley*”. En este caso, debido a la configuración legislativa y al principio de tipicidad de la infracción, sí es admisible la culpa levísima por estar expresamente configurada la infracción administrativa en relación al elemento volitivo de la acción.

Por otra parte, también existen leyes administrativas que establecen infracciones, pero no regulan expresamente el tratamiento del elemento volitivo de la acción⁴⁸¹. Este silencio legislativo

⁴⁷⁹ Véase Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres D.L. No. 373 de 5-IV-2000, publicado en D.O. No. 81 Tomo No.351, del 2-V-2001. “*Artículo 24.- Constituyen infracciones tributarias los incumplimientos por acción u omisión de las obligaciones y deberes establecidos en esta ley y las conductas dolosas tipificadas y sancionadas en la misma*”. Véase Código Tributario “*Artículo 226.- Infracción. Constituye infracción toda acción u omisión que implique la violación de normas tributarias o el incumplimiento de obligaciones de la misma naturaleza, contenidas en este Código y en las leyes tributarias respectivas, bien sean de carácter sustantivo o formal y las conductas dolosas tipificadas y sancionadas por dichos Cuerpos legales. Artículo 228.- Sanción. Para efectos del presente Código y de las leyes tributarias respectivas, se entenderá por sanción la medida pecuniaria, comiso, cierre temporal y de arresto, que impone la Administración Tributaria o el Juez competente en el caso de cierre temporal de establecimiento, por infracción a las disposiciones contenidas en este Código o en las leyes tributarias respectivas. (...)*”. Las normas citadas recogen dos tipos de conductas ilícitas que calificamos en función del elemento volitivo determinado por el legislador: Las conductas dolosas y las conductas no dolosas. Ahora bien, en ésta segunda categoría, no podemos interpretar que se trata de la aplicación de la responsabilidad objetiva. Lo que es más acorde a la CN es entender que se hace alusión a conductas culposas pero teniendo en cuenta en uno y otro caso que deberá ser el legislador quien determine concretamente a qué conductas corresponde exigir dolo y a cuales culpa, y cuando guarde silencio, deberemos interpretar que se trata de una infracción que para su configuración exige el dolo.

⁴⁸⁰ Véase Ley de Notariado, D.L. No. 218 del 6-XII-1962, publicado en D.O. No. 225, Tomo No. 197, del 7-XII-1962. “*Artículo 62. Los notarios serán responsables de los daños y perjuicios que por negligencia, malicia o ignorancia inexcusable ocasionaren a las partes, además de ser inhabilitados o suspendidos, si procediere, (...)*”.

⁴⁸¹ Entre otras, véase Ley de Ética Gubernamental, D.L. No. 873, del 13-X-2011, publicado en D.O. No. 229, Tomo No. 393, del 7-XII-2011; Ley del Servicio Civil D.L. No. 507, del 24-XI-1961, publicado en D.O. No. 239, Tomo No. 193, del 27-XII-1961; Ley de Bancos D.L. No. 697 del 2-IX-1999, publicado en D.O. No. 181, Tomo No. 344, del 30-IX-1999; Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría D.L. No. 828 de 26-I-2000, publicado en D.O. No. 42, Tomo No. 346 de 29-II-2000; Ley de la Corte de Cuentas de la República D.L. No.

podría conducirnos a tres posibles salidas: (i) Entender que no es necesario el elemento volitivo de la acción y que, por tanto, se admite la responsabilidad objetiva; (ii) Que por encontrarnos frente a infracciones administrativas y no delitos penales basta con que concurra la culpa; y (iii) Ante el silencio del legislador, la naturaleza punitiva de la norma nos obliga a aplicar la garantía constitucional en su grado más alto, que para el caso resulta en la exigencia del dolo.

Debido a la previsión constitucional expresa sobre el principio de culpabilidad, debemos descartar la primera de las opciones⁴⁸². La segunda alternativa, si bien parece razonable, no encuentra asidero legal en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, aun y cuando existan cuerpos legislativos sectoriales que sí abordan el problema admitiendo la posibilidad de la configuración típica de infracciones culposas, no podemos extrapolar de manera general estas ideas para colmar la laguna legislativa, porque tal intento resultaría en la interpretación analógica de normas sancionadoras. Por tanto, reiteramos que deberemos entender que prima la exigencia del dolo en los casos en los cuales el legislador guarde silencio sobre el elemento volitivo de la acción⁴⁸³.

Por lo expuesto podemos aseverar que, en El Salvador, la culpabilidad administrativa tiene una función similar a la culpabilidad penal bajo la concepción normativa de esta, sujeta por

438 del 3-VIII-1995, publicado en D.O. No. 176, Tomo No. 328 del 25-IX-1995; Ley de Telecomunicaciones D.L. No. 142 del 6-XI-1997, publicado en D.O. No. 218, Tomo No. 337 del 21-XI-1997; Ley General de Electricidad D.L. N° 70, del 25-VII-1997, publicado en D.O. No. 138, Tomo Número 336, del 25-VII-1997; Código Municipal D.L. No. 274 del 31-I-1986, publicado en D.O. No. 23, Tomo No. 290, de 5-II-1986.

⁴⁸² Véase sentencia pronunciada por la SCA de la CSJ de 30-V-1997, proceso ref. 28-H-95. Esta situación ya ha sido del conocimiento de la SCA quien al juzgar la legalidad del acto administrativo sancionador emitido por la Dirección General de Impuestos Internos y confirmado por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, pronunciándose en el sentido de sostener que aun y cuando no exista disposición legal expresa, debe entenderse que la configuración de infracciones administrativas pasa por la verificación por parte de la Administración de la concurrencia de dolo o culpa en la acción. La SCA expuso: “A juicio de este Tribunal, el punto central a considerar es, que si bien, de la lectura del Art. 105 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se advierte que la intención del legislador fue la de sancionar a los Agentes de Retención por el entero extemporáneo de lo retenido, según el plazo indicado en el Art. 62; no obstante debe entenderse que esta potestad puede desplegarse siempre y cuando se tomen en cuenta los elementos suficientes que demuestren la existencia del vínculo de culpabilidad en la conducta del agente infractor, es decir, que la omisión en este caso de presentar extemporáneamente los enteros retenidos por la Sociedad demandante se establezca que operó por dolo, culpa o negligencia, y no por la simple infracción a la norma.”

⁴⁸³ También existen supuestos legislativos en donde se ha prescindido deliberadamente del elemento volitivo de la acción y se ha pretendido instaurar sin tapujos un sistema de responsabilidad objetiva. Nos referimos expresamente al Art. 57 de la Ley General Tributaria Municipal ya citado, el cual expresa: “Objetividad de la infracción. Los hechos que configuren contravenciones de conformidad a esta Ley o a las leyes u ordenanzas de creación de tributos municipales, se entenderá que se han configurado por la sola ocurrencia de esos hechos, independientemente de la intención, causa o motivo que haya tenido el autor al ejecutarlos. El supuesto infractor únicamente quedará libre de responsabilidad si prueba que no se produjo el hecho que configure la infracción”. Debido a la naturaleza y aplicación general de la norma citada y su vigencia en los 262 municipios de El Salvador, resultaría atrevido sostener que las distintas administraciones tributarias no han hecho uso de tal disposición. Sin embargo, la misma no ha encontrado eco en la jurisprudencia de la SCN y la SCA por lo que con esperanza podemos colegir que ha existido un sentido de prudencia –o rechazo– a su utilización en cuanto contraría expresamente el contenido del Art. 12 CN.

tanto al principio de taxatividad (Art. 15 CN.). Y es que, la expuesta igualdad ontológica entre delitos e infracciones, aunada a la interpretación restrictiva aplicable a todo el derecho punitivo del Estado, nos obliga a entender que las normas penales son aplicables en favor y en beneficio, pero nunca en perjuicio del sancionado.

Por ende, a falta de previsión normativa expresa que disponga lo contrario, debemos entender la garantía de culpabilidad administrativa en su sentido más alto, es decir, que para tener por configurada la infracción administrativa será necesario verificar la concurrencia de dolo, tal cual y como sucede en el Derecho Penal (Art. 18 inc. 3 Pn), salvo en caso de disposición expresa -como en el artículo 40 inciso 2° LPC, el cual admite la responsabilidad a título de dolo o culpa-. En conclusión, deberá rechazarse cualquier atribución de responsabilidad a título de mera inobservancia, excepto por casos concretos como el del Art. 62 de la Ley de Notariado ya comentado⁴⁸⁴.

Con lo expuesto no se pretende afirmar que en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño no sea admisible la culpa o inclusive la simple inobservancia como títulos de imputación de responsabilidad. Por el contrario, aceptamos tal postura siempre y cuando esté regulado previamente por la ley administrativa porque así lo exige el Art. 15 CN, y cuando esto no ocurra, deberemos remitirnos directamente al Art. 12 CN y aplicar a raja tabla el principio de culpabilidad, requiriendo necesariamente el dolo como elemento volitivo de la acción.

25.2.3. La cláusula de cobertura que regula los títulos de imputación en el ordenamiento jurídico salvadoreño

Como hemos dicho, el desarrollo de este principio en el ordenamiento jurídico salvadoreño es precario y carecemos (o carecíamos) de una norma general que regule los títulos de imputación en el Derecho Administrativo Sancionador como el Art. 18 PN lo hace en el Derecho Penal. Este vacío normativo ha sido recientemente llenado por la SCN a través de su jurisprudencia. Concretamente, mediante la sentencia de inconstitucionalidad de 30-III-2016, Inc. 110-2015.

⁴⁸⁴ La idea expuesta también puede ser constatada en legislación extranjera. Para el caso citamos la Ley Federal alemana de 19 de febrero de 1987, cuyo artículo 10 expresa: "Como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la ley conviene expresamente con una pena pecuniaria administrativa al hecho culposo". Nótese que, en el caso de la citada ley, se prevé expresamente la posibilidad de que el ilícito administrativo se haya cometido a grado de culpa siendo la regla general la exigencia del dolo. Para el caso salvadoreño, no contamos con una norma jurídica expresa de aplicación general que permita atribuir responsabilidad administrativa bajo un título distinto que no sea el dolo.

La SCN conoció sobre la inconstitucionalidad del Art. 14, incisos 5° y 6° de la Ley Especial Contra el Delito de Extorsión⁴⁸⁵. Para el caso que nos interesa, el demandante alegó que debido a que las normas jurídicas sancionadoras callaban sobre el dolo y la culpa, debía entenderse que bastaba la responsabilidad objetiva para tener por configurada la infracción. Es decir, podía prescindirse del dolo y la culpa para sancionar⁴⁸⁶.

La SCN, de forma muy atinada confirmó que la falta de previsión legislativa sobre el dolo y la culpa no determina la responsabilidad objetiva. Por el contrario, el principio de culpabilidad tiene plena vigencia y en casos como el enunciado, debía entender que la culpa sería admisible únicamente cuando el legislador así lo determinare y por tanto, la regla general en el Derecho Administrativo Sancionador es que las sanciones administrativas serán impuestas cuando la acción u omisión del infractor haya sido realizada con dolo⁴⁸⁷.

Como anticipábamos, esta constituye ahora la norma administrativa de carácter general que rige el ordenamiento jurídico salvadoreño en materia de infracciones administrativas. Por ende, deben desecharse todas las posturas que pretendan establecer la culpa como regla general cuando esta no esté expresamente determinada por la norma y más aún, aquellas posturas que predicen que en nuestro ordenamiento administrativo es posible sancionar a título de “mera inobservancia”. Una y otra aseveración, están basada en la ya derogada Ley 30/1992 española.

⁴⁸⁵ Véase Decreto Legislativo n° 953, de 18-III-2015, publicado en el Diario Oficial n° 56, tomo n° 406, de 23-III-2015. Las disposiciones impugnadas disponen: “Será sancionado con multa de tres mil salarios mínimos mensuales vigentes del sector comercio y servicios, por cada día en que se incurra en una o más infracciones. En caso de reiteración o continuidad de la infracción por un plazo mayor a un día, el cálculo del valor de la multa en ningún caso será mayor a noventa días”.

⁴⁸⁶ Véase CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico” publicado en *Documentación Administrativa. Número 284-285: mayo-diciembre 2009, Las sanciones de tráfico*, pp. 83-120. El autor resume la posición casi unánime de la doctrina que sostiene que las infracciones solo pueden cometerse a título de dolo o culpa, por lo que queda proscrita la responsabilidad objetiva. En el mismo sentido, véase STC 76/1990, de 26 de abril. El TC conoció de un caso similar en relación a la Ley General Tributaria que omitía regular el elemento volitivo. El TC entendió que, a pesar de la omisión legislativa, seguía rigiendo el principio de culpabilidad, lo cual excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.

⁴⁸⁷ Sentencia de inconstitucionalidad de 30-III-2016, bajo referencia Inc. 110-2015. “En materia administrativa sancionadora es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*, lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o culpa constituyen un elemento básico de las infracciones administrativas (Cfr. con Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3- 92); esto significa que, la aplicación constitucional de las sanciones administrativas únicamente es viable cuando el acto típico ha sido ejecutado con dolo o culpa; afirmación que debe delimitarse, en la medida que solo es posible sancionar un comportamiento culposo, cuando éste aparezca expresamente descrito (tipificado) en la ley (art. 15 CN.), ya que la regla general implica que la sanciones administrativas serán impuestas cuando la acción u omisión del infractor haya sido realizada con dolo”.

26. Principio de personalidad de las sanciones

26.1. Concepto y reconocimiento del principio

El principio de personalidad de las sanciones resulta una consecuencia del reconocimiento del principio de culpabilidad. Conforme a este, solo puede atribuirse responsabilidad a un sujeto por un hecho propio, es decir, a aquel que lo cometió o colaboró en la comisión de la infracción. Este principio exige la individualización de la sanción en razón de la participación del sujeto en el hecho considerado como ilícito. Desde una perspectiva negativa, el principio de personalidad de la sanción prohíbe hacer responsable a una persona por un hecho en el cual no participó⁴⁸⁸. Si exigimos que la infracción sea atribuida a su autor a título de dolo o culpa, resulta obvio que debe existir también un ligamen material entre la infracción y el sujeto activo. Lo anterior equivale a afirmar, en términos sencillos, que la sanción debe imponerse a aquél que cometió la infracción o participó del hecho⁴⁸⁹.

Este principio tiene asidero material en el Art. 12 inciso 1º de la CN salvadoreña cuando expresa “*Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad (...)*”. El texto constitucional presupone que la atribución de culpabilidad debe realizarse a aquél a quien se le imputa la comisión de un ilícito como sujeto que puede llegar a ser castigado en razón de sus actos.

La jurisprudencia salvadoreña no ha hecho referencia expresa al principio de personalidad de las sanciones en el Derecho Administrativo Sancionador, salvo citas periféricas vinculadas al principio de culpabilidad⁴⁹⁰ o desde la perspectiva del Derecho Penal⁴⁹¹. Por su parte, la

⁴⁸⁸ Véase BANACLOCHE PEREZ-ROLDÁN, J., *Guía práctica de sanciones tributarias*, Madrid, La Ley, 2005, p. 36. Este principio se expone desde el concepto de autoría como un corolario lógico del principio de culpabilidad para ligar el castigo al perpetrador de una acción considerada como ilícita. A partir del principio de personalidad de las sanciones se excluye la posibilidad de castigar a aquél que no participa en la comisión de la infracción. En el mismo sentido véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 328. También véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 65.

⁴⁸⁹ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* p. 61. Si exigimos que la acción típica sea cometida a título de dolo o culpa, es necesario que dicho elemento volitivo de la acción recaiga sobre el sujeto que ejecuta dicha conducta.

⁴⁹⁰ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, cit. p. 541. La SCA ha abordado el tema desde la perspectiva de la imputación objetiva, la cual debe ser acompañada del nexo de culpabilidad. Es decir, que entiende que además de la atribución material de la conducta al autor, esta debe ser cometida a título de dolo o culpa. “*En la infracción administrativa debe existir un ligamen del autor con su hecho y las consecuencias de éste, que doctrinariamente se llama imputación objetiva; y además un nexo de culpabilidad al que se llama imputación subjetiva del injusto típico objetivo a la voluntad del autor*”. Véase sentencia dictada por la SCA de 28-VIII-2009, ref. 170-2005. La SCA también ha dejado implícita la exigencia del principio de personalidad de la sanción desde la perspectiva de lo que ha denominado “Principio de Imputación”, el cual “*(...) entiende que es la base esencial para el ejercicio del derecho de defensa; sin una adecuada descripción de los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, no es posible suponer que*

jurisprudencia española ha reconocido y definido los alcances de este principio otorgándole estatus constitucional⁴⁹² entendiendo que previo a establecer responsabilidad a un sujeto es menester individualizar su participación en el hecho ilícito, determinando su grado de participación y culpabilidad⁴⁹³.

26.2. Autoría y responsabilidad

Los alcances del principio de personalidad de las sanciones nos llevan al estudio de los conceptos de autoría y responsabilidad. Si entendemos la responsabilidad como la consecuencia jurídica del ilícito, la autoría constituye precisamente la acción realizada por el sujeto sobre el que deberá recaer tal consecuencia jurídica⁴⁹⁴. Es decir, que el castigo se impone al sujeto que comete la acción y no a un tercero que no ha participado en la realización del ilícito⁴⁹⁵.

En materia administrativa sancionadora y sobre todo en el ámbito tributario, se suelen disociar estas figuras estableciendo diferencias entre el sujeto infractor y el responsable de la sanción, categoría que puede o no concurrir en una misma persona⁴⁹⁶. Esta situación ha dado lugar para que parte de la doctrina sostenga que la culpabilidad solo deba exigirse al autor

*existen las condiciones necesarias para que la persona a quien se le somete a un proceso o procedimiento como presunta responsable, pueda defenderse adecuadamente, con la evidente infracción al debido proceso". Véase también GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 98. Probablemente la SCA se refiere al derecho a ser informado de los términos de la imputación al que hace alusión el Art. 24.2 CE y el Art. 135 de la LRJPAC española y el Art. 12 inciso 2º de la CN salvadoreña bajo los siguientes términos: "La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar".*

⁴⁹¹ Véase sentencia de habeas corpus pronunciada por la SCN de la CSJ de 8-VII-2008, proceso ref. 38-2008. Por su parte, la SCN sí se ha referido al principio de personalidad desde la perspectiva del Derecho Penal delimitando claramente su contenido vinculado al principio de culpabilidad, razón por la cual creemos que dicho reconocimiento vale también para el Derecho Administrativo Sancionador. "La idea del principio de culpabilidad nace principalmente en el principio de responsabilidad de las penas, y en el principio de exigencia de dolo o culpa; el primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participen en él como inductores, coautores o cómplices".

⁴⁹² Véase NIETO Alejandro, *op. cit.* p. 332. Desde la jurisprudencia española se sostiene el canon sobre la vigencia del principio de culpabilidad y de personalidad de las sanciones, entendiendo a la infracción como una "acción u omisión contraria a la ley, tipificada y culpable". Véase SSTs de 30 de enero de 1988, SSTs de 5 de febrero de 1988, y STC 149/1991 de 4 de julio. Véase también STC 219/1988, de 22 de noviembre.

⁴⁹³ Véase STS de 3 de mayo de 1988; STS de 14 de julio de 1986; STS 13 de julio de 1987; STS de 30 de noviembre de 1991.

⁴⁹⁴ Véase REBOLLO PUIG, M., otros, *Derecho Administrativo... op. cit.* p. 261. El autor es quien domina funcionalmente el hecho. Es decir, el sujeto que tiene el poder de decidir la comisión del ilícito y su mecanismo de ejecución.

⁴⁹⁵ Véase STC 146/1994 de 12 de mayo. La responsabilidad punitiva no puede imponerse a la persona que no ha cometido ni colaborado en la comisión de la acción ilícita por cuanto se vulneraría el principio de personalidad de las sanciones.

⁴⁹⁶ Véase Código Tributario Artículo 231.- Responsabilidad Personal. "El sujeto de la respectiva obligación y el autor de infracciones penales son personalmente responsables del cumplimiento e infracción. Sin embargo la responsabilidad por las infracciones penadas con sanciones pecuniarias, comisos o cierre de establecimientos, se transmite a los sucesores en los bienes del infractor fallecido, siempre que hubieran sido impuestas en vida del causante."

infractor y no al responsable de la sanción. Lo anterior parte de la premisa que el principio de culpabilidad no obliga al legislador debido a que no ha sido reconocido por la CE, lo que además implica la admisión de responsabilidad objetiva reflejada en la “*simple inobservancia*” como título de imputación de responsabilidad⁴⁹⁷.

Dicha tesis ha sido refutada bajo el argumento de que el principio de personalidad de las sanciones debe proyectarse sobre todo sujeto al cual se pretenda imponer un castigo, independientemente del grado de participación o título bajo el cual se le sancione⁴⁹⁸.

Esta discusión encuentra una salida más pacífica en el ordenamiento jurídico salvadoreño, en cuanto la CN reconoce expresamente tanto el principio de culpabilidad como el de personalidad de las sanciones, tal y como se ha referido anteriormente. Quizá esta sea la razón por la cual el principio de personalidad de las sanciones no ha sido objeto de debate en el foro nacional, por el contrario, ha sido usualmente respetado en la práctica legislativa⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Véase NIETO Alejandro. *op. cit.* pp. 415-416. A lo largo de su obra, (3° edición ampliada, p. 394; 4° edición ampliada, p. 462) el profesor Nieto ha expuesto que la responsabilidad en materia administrativa se aparta drásticamente de su concepción original en el Derecho Penal para acercarse a su formulación en el Derecho Civil. Con una buena dosis de realismo, explica las razones lógico-jurídicas que sostienen este planteamiento: “*La cuestión de las relaciones entre autoría y responsabilidad – o si se quiere, la de la responsabilidad por hechos ajenos – alcanza una nueva dimensión en la economía moderna penetrada por empresas multinacionales y también por grupos de capitales de gran envergadura que, operando a través de ingeniería organizacional, logran una opacidad prácticamente total a la hora de buscar a los verdaderos responsables*”.

⁴⁹⁸ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* p. 76. Se sostiene que el legislador sigue estando sujeto al principio de jerarquía normativa aludiendo al rango constitucional reconocido jurisprudencialmente al principio de culpabilidad. Pero precisamente, el profesor Nieto parte de la premisa contraria al sostener con vehemencia que dicho reconocimiento constitucional al tener un origen pretoriano, no es propio al principio de culpabilidad. Véase también GÓMEZ-MOURELO CASTEDO, C., *El nuevo régimen sancionador tributario comentado*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 83-84. La autora sostiene que el principio de personalidad de las sanciones exige que el autor sea el infractor del hecho ilícito, por lo que siendo el responsable una categoría distinta, el mencionado principio es compatible con situaciones en las cuales la ley atribuya responsabilidad a un sujeto distinto al infractor.

⁴⁹⁹ Véase Art. 59 Ley General Tributaria Municipal. La norma citada expresa: “*Alcance de la Responsabilidad: La responsabilidad por el incumplimiento de las sanciones previstas en esta Ley es transmisible a los sucesores del infractor, y transferible en caso de tradición a cualquier título.*” Este caso constituye una excepción porque extiende los alcances de la responsabilidad hasta sujetos que no han participado en la acción constitutiva de infracción, haciéndola extensible a los herederos e incluso, admitiendo su “*tradición a cualquier título*”. Este tipo de normas, aunque conserven su estatus de derecho positivo por no haber sido declaradas inconstitucionales, vulneran el principio de personalidad de las sanciones por cuanto la responsabilidad es la consecuencia de la participación en los hechos que constituyen infracción, por lo tanto, no pueden fundamentar la emisión de un acto administrativo de carácter sancionador. Véase STC 146/1994 de 12 de mayo. El TC español conoció de la inconstitucionalidad del Art. 7.2 de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de Adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que establecía la solidaridad de las sanciones a los miembros de la unidad familiar. Al resolver la cuestión el TC expuso que permitir el cobro de la deuda tributaria incluyendo sanciones a miembros de la unidad familiar que no hayan tenido participación en la realización de infracciones, vulnera el principio de personalidad de la pena o sanción, por ende, le consideró inconstitucional.

Hasta este momento, las premisas expuestas parecen no encontrar mayor resistencia en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, su aceptación no es del todo pacífica en la práctica diaria de la Administración Pública salvadoreña. Nos valemos de dos ejemplos puntuales para exponer esta situación.

El primero de ellos lo constituye la resolución dictada por el Tribunal de Ética Gubernamental de 21-V-2008 bajo número de referencia 44-TEG-2007⁵⁰⁰ por medio de la cual sancionó a los entonces miembros del Tribunal Supremo Electoral por la comisión de la infracción de “*Retardar sin motivo legal los trámites o la prestación de servicios administrativos*” tipificada en el Art. 6 letra i) Ley de Ética Gubernamental.

La denuncia fue interpuesta por los representantes de un partido político en formación cuya solicitud de autorización para iniciar actividades proselitistas no había sido resuelta en tiempo. Los miembros del TSE adujeron que dicha solicitud se tornaba sumamente compleja porque estaba relacionada con Art. 159 del Código Electoral⁵⁰¹, el cual fue declarado inconstitucional por SCN de la CSJ. Esta situación generó criterios de interpretación distintos entre los miembros del TSE, llegando incluso algunos magistrados a salvar su voto o a hacer constar su inconformidad, razón por la cual no pudieron alcanzar la mayoría de votos para tomar una decisión⁵⁰². Cuando el TEG examinó el caso sostuvo que independientemente de la configuración de mayorías dentro del TSE y demás circunstancias, todos los miembros del TSE eran igualmente responsables de la infracción que se les atribuyó. El TEG no entró a considerar la participación concreta de los magistrados ni elementos como el dominio del hecho considerado como ilícito, ni los votos razonados de dos de los sancionados. El razonamiento del TEG se basó en el incumplimiento de la obligación de resolver que tenían los infractores frente a la petición planteada y dejó de lado la individualización de los grados de participación de los autores en el hecho⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Véase resolución dictada por Tribunal de Ética Gubernamental de 21-V-2008, referencia 44-TEG-2007.

⁵⁰¹ Véase Código Electoral D.L. No. 417, del 14-XII-1992, D.O. No. 16, Tomo No. 318, del 25-I-1993. El artículo 159 exigía como requisito para inscribir un partido político el contar con un número de afiliados equivalentes al tres por ciento del total de votos emitidos en la última elección presidencial.

⁵⁰² Véase resolución dictada por el TSE de 6-XI-2007, y el correspondiente voto razonado de los magistrados Eugenio Chicas Martínez y Eduardo Antonio Urquilla Bermúdez. Así como resolución dictada por el TSE de 12-XII-2007 junto con su voto razonado de inconformidad de fecha 14-XI-2007.

⁵⁰³ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* p. 152. Al analizar los supuestos de responsabilidad por parte de los administradores societarios por el cometimiento de infracciones tributarias, el autor propone la valoración concreta de sus actos en cuanto a que los mismos deben (i) constituir el incumplimiento de sus obligaciones como funcionarios; (ii) si dichas acciones conllevaron el consentimiento del incumplimiento por el cual se sancionó; o (iii) la existencia de acuerdos que posibilitesen las infracciones. Estos parámetros de valoración son perfectamente extrapolables al caso que se estudia en cuanto ponderan la atribución de responsabilidad por los actos propios. Por ello consideramos que el TEG vulneró el principio de responsabilidad atribuyendo

También citamos como ejemplo la resolución dictada por el Instituto de Acceso a la Información Pública de 18-IX-2013 bajo referencia 25-A-2013⁵⁰⁴, por medio de la cual sancionó a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa por negarse a proporcionar información relativa a la planilla de asesores y sus correspondientes salarios. Durante el trámite del procedimiento un grupo de diputados miembros de la Junta Directiva manifestaron que no estaban de acuerdo con la decisión de dicho órgano, la cual fue adoptada por mayoría, situación que incluso se hizo constar en actas⁵⁰⁵.

Cuando el IAIP analizó el caso expuso: “[para] los efectos de individualizar la responsabilidad personal por la presunta comisión de una infracción a la Ley, el servidor público indiciado será aquel a quien -por su cargo o función- se le impute la misma, pudiendo ser esta responsabilidad compartida con otros servidores públicos que hayan sido partícipes de la toma de decisión que implique una infracción a la Ley, (...) desde un primer momento, la junta directiva del ente obligado conoció sobre la medida cautelar ordenada por este Instituto y tal circunstancia fue así que concluyó que la información era “confidencial” y no “reservada”, como para no acatarla (...) De ahí que manteniéndose por los miembros de ese órgano colegiado que la información objeto de la apelación es “confidencial”, de conformidad con el art. 85 inc. 1º letra c. de la LAIP la negativa de esa junta directiva a cumplir con la medida cautelar decretada por este Instituto resulta injustificada (...)”, procediendo luego a valorar lo expuesto por los diputados que no compartieron la decisión mayoritaria como una confirmación de que tenían el conocimiento y participaron en la toma de la decisión⁵⁰⁶.

responsabilidad objetiva a los miembros del TSE que inclusive llegaron a motivar su disenso de la decisión mayoritaria que finalmente fue valorada como infracción. En este sentido Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 72. La autora sostiene que la dimensión personalísima del ilícito obliga a examinar a quién es imputable la acción u omisión sancionable. Véase también MARTÍNEZ LAGO, M., op. cit. pp. 283 y ss.

⁵⁰⁴ Véase resolución dictada por el IAIP de 18-IX-2013 ref. 25-A-2013.

⁵⁰⁵ Véase CELEMÍN SANTOS, V., op. cit. p. 83-84. El autor estudia el Art. 15 de la LDIEC a partir del cual expone las líneas dogmáticas de imputación de responsabilidad a las personas físicas que actúen dentro de las personas jurídicas, las cuales comienzan por desterrar la responsabilidad objetiva, por lo que toda infracción deberá ser impuesta por hechos propios cuando constituyan conductas dolosas o negligentes, aun y cuando se parte de la presunción de culpabilidad, la cual admite prueba en contrario. En todo caso, se entenderá exoneradas de responsabilidad a las personas físicas que (i) se hayan ausentado por causa justificada donde se hayan adoptado los acuerdos constitutivos de infracción; (ii) de los que habiendo acudido hayan votado en contra y (iii) cuando las infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros, delegados, directores generales, órganos asimilados, u otras personas con funciones dentro de la entidad. Sin caer en el error de pretender extrapolar derecho positivo español al ámbito salvadoreño, creemos que lo expuesto por la LDIEC no son más que máximas de razón que pueden ser extraídas del mismo principio de responsabilidad, por ende, perfectamente extrapolables a los casos que ahora presentamos para estudio.

⁵⁰⁶ Véase ROXIN, Claus, op. cit. pp. 176-177. Lo anterior implica que el TEG sancionó a los integrantes de la Junta Directiva en razón de su calidad de miembros de dicho ente colegiado en lugar de juzgarlos por sus

Tal situación resulta verdaderamente paradójica porque el IAIP sostuvo en un primer momento su intención de individualizar la participación de los responsables para luego proceder a atribuir responsabilidad a todos los miembros de la Junta Directiva sin valorar siquiera su voluntad o su grado de participación. La contradicción anterior se agrava cuando consideramos que la sanción se impuso a cada uno de los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa y no al órgano como tal⁵⁰⁷.

Las sanciones impuestas a los miembros de entes colegiados que no han participado de la decisión en cada uno de los ejemplos citados, equivale a la atribución de responsabilidad objetiva por el mero ligamen de las sanciones y su cargo en los cuerpos colegiados. Con este tipo de castigos se inobserva el principio de personalidad de las sanciones, al no valorarse la comisión o participación en un hecho considerado como ilícito.

26.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

26.3.1. *Societas delinquere non potest* y el cambio de paradigma

Al amparo del vetusto aforismo *societas delinquere non potest*, se ha sostenido en el Derecho Penal que las personas jurídicas no pueden ser responsables por la comisión de un delito⁵⁰⁸. Pero si en el Derecho Penal esta concepción ha comenzado a caer en desuso⁵⁰⁹, en el

acciones, es decir, que la decisión fue adoptada bajo la concepción del derecho penal de autor en lugar de la tesis del derecho penal de acción. En el derecho penal de autor la pena se vincula a la personalidad del autor y es su asociabilidad y grado de la misma la que define el castigo. En el derecho penal de acción o del hecho, se parte del supuesto de una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente. Es esta segunda teoría la acogida por el ordenamiento jurídico salvadoreño tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador: todas las categorías de ilícitos tienden a castigar conductas y no situaciones particulares del individuo.

⁵⁰⁷ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 69. Si retomamos la idea de la finalidad preventiva del Derecho Administrativo Sancionador, nos damos cuenta de que sanciones como las que hoy analizamos, en las cuales se castiga a personas ajenas al hecho, en nada abonan a cumplir dicho fin por cuanto el *ius puniendi* se ha utilizado en contra de sujetos que pretendieron adecuar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico. La amenaza hipotética del castigo como consecuencia jurídica del hecho ilícito pretende evitar mediante la disuasión la comisión de infracciones, lo cual no sucede en estos casos.

⁵⁰⁸ Véase NIETO MARÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal", publicado en AA. VV. *Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico*, Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 131-160. Este principio ha estado presente en la historia jurídica de los países adscritos al Derecho Continental, pero ha ido perdiendo vigencia en las últimas décadas. El abandono de esta teoría obedece, entre otros factores, al proceso de globalización y a la necesidad de unificar los distintos ordenamientos jurídicos ante las nuevas modalidades delictivas que se valen de las estructuras societarias. Este proceso de unificación ha sido auspiciado desde el Derecho de los Tratados, sobre todo desde aquellos instrumentos emanados de organismos como la Organización Naciones Unidas, la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico que obligan a sus suscriptores a prever sanciones en contra de las personas jurídicas. Esta situación incluso es reconocida en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Nº 152 de 23 de junio de 2010, la cual regula la responsabilidad penal directa de las

Derecho Administrativo Sancionador se ha admitido desde siempre y sin mayor discusión la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, casi como un aspecto connatural a la materia⁵¹⁰.

El meollo del asunto lo encontramos en la capacidad de culpabilidad que se atribuye al sujeto responsable, según sea el tipo de responsabilidad al cual nos refiramos. En el caso de las personas naturales, existe acuerdo en que ningún tipo de castigo puede ser impuesto sino es para reprimir una conducta guiada por la voluntad⁵¹¹. Pero cuando se trata de analizar el elemento volitivo de las personas jurídicas, su determinación resulta ser todo menos simple.

La corriente mayoritaria, basada en la concepción de la voluntad como un elemento psicológico del injusto, sostiene que las personas jurídicas únicamente pueden cometer infracciones administrativas y no delitos⁵¹². Bajo esta tesis, se niega a las personas jurídicas la

personas jurídicas. Pero sin duda, también debemos tomar en cuenta la influencia que sobre este punto ejerce el *Common Law*. En el mismo sentido véase GARCÍA CAVERO, P., “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, Santiago de Chile, 2012, pp. 55-74. El autor agrega que en este contexto más político que jurídico, los cambios se han producido rápidamente en el plano legislativo, mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen estando encontradas no sólo en la cuestión del “sí” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino fundamentalmente del “cómo” se debe imputar responsabilidad a los entes colectivos.

⁵⁰⁹ Esta afirmación no es predicable del ordenamiento jurídico salvadoreño, en donde las distintas leyes penales aun no abordan el problema y se decantan por la atribución de responsabilidad únicamente a las personas naturales. Aunque nuestra CN no lo consagra y el Título II, Capítulo IV del Código Penal no lo dice expresamente, al tratar a los autores y partícipes este parte del supuesto de que tales categorías únicamente pueden ser ocupadas por personas naturales, lo cual se comprueba de la lectura del catálogo de los delitos y sus penas que atentan contra la libertad del delincuente. No obstante, llama la atención que el Art. 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero D. L. No. 498 de 2-XII-1998, Publicado en D.O. No. 240, Tomo No. 341, del 23-XII-1998, considera como destinatarios de dicha ley a personas jurídicas. Como su nombre lo indica, el cuerpo normativo citado regula aspectos relativos al delito de lavado de dinero y activos, y prevé que cuando intervengan personas jurídicas, el castigo penal será impuesto a las personas naturales autoras materiales de los hechos constitutivos del delito (Art. 4), pero luego dispone (Art. 15) que las personas jurídicas serán sujetas de responsabilidad administrativa. Es decir, que aun y cuando el legislador ha distinguido entre el tipo de castigo que puede originar la participación en este tipo de delito, implícitamente ha reconocido que una persona jurídica puede ser partícipe en una estructura delictiva, lo cual constituye un primer avance en la materia.

⁵¹⁰ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 188. Sin mayor apuro, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de castigar a las personas jurídicas que infrinjan normas de carácter administrativo, lo cual incluso ha dado paso a construir que es este uno de los aspectos diferenciadores entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, consideramos que esta situación obedece a una decisión legislativa más que a una razón iusfilosófica o práctica, tal como estudiaremos en breve.

⁵¹¹ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 315. Bajo este entendido, conviene auxiliarnos de la dogmática penal elaborada en torno al principio de culpabilidad, la cual es perfectamente trasladable al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, incluyendo aquellas causales que excluyen la responsabilidad.

⁵¹² Véase BAJO FERNÁNDEZ, M., “El Derecho Penal Económico. Un Estudio de Derecho Positivo Español” publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, No. 1, pp. 91-141. Se niega a la persona jurídica la capacidad de cometer acciones penalmente relevantes en cuanto no se le reconoce una voluntad

capacidad de culpabilidad en cuanto esta implica la concurrencia de un elemento psíquico en la acción ilícita. Si este elemento no concurre, entonces no es posible realizar un juicio de reproche a su autor. Este factor anímico se concreta, pues, en la exigencia del dolo o culpa para la imputación de responsabilidad, requisito que no es predicable de la persona jurídica⁵¹³.

No compartimos la postura anterior, la cual contrasta con lo expuesto en párrafos precedentes sobre la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, sobre todo, del principio de culpabilidad, a partir de la comentada STC 18/1981 de 8 de junio. Si el principio de culpabilidad rige en materia de sanciones administrativas, entonces se acepta la posibilidad en este ámbito de atribuir dolo o culpa a la conducta de la persona jurídica para sancionarle, lo cual es ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia⁵¹⁴.

Al respecto, el TC español ha sostenido en su STC 246/1991, de 19 de diciembre⁵¹⁵ que el reconocimiento de la capacidad infractora de las personas jurídicas no supone la falta de exigencia del elemento volitivo en la acción, sino la modulación del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Con dicho razonamiento, el TC sostuvo la vigencia del *societas delinquere non potest*, pero no negó la posibilidad de atribuir dolo o culpa a la

propia. En el mismo sentido véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho... cit.*, p. 71; CESANO, J., y BALCARCE, F., "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina" publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2003*, No. 1, pp. 385-452; DE TOLEDO Y UBIETO, O., "Responsabilidad penal para los entes sociales", publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2003*, No. 1, pp. 93-155. Esta postura también es sostenida por la jurisprudencia del TS en su STS 5144/2009 de 23 de julio en la que expone: "(...) los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual constituyen un obstáculo muy importante para que se pueda considerar, en nuestro ordenamiento jurídico, como autora de un delito a una persona jurídica". En el mismo sentido STS 2052/2001, de 7 de noviembre, STS 1612/2002, de 1 de abril y STS 774/2005, de 2 de junio.

⁵¹³ Véase LOZANO CUTANDA, B. "La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)", publicado en *Revista de Administración Pública*, 1992, No. 129, pp. 211-239. De lo anterior se deriva una aparente incompatibilidad entre la responsabilidad de la persona jurídica y el principio de responsabilidad de las sanciones. De acuerdo con esta concepción, castigar a la persona jurídica supone castigar a todas las personas físicas que la integran, sean o no culpables de los hechos, y viola, por consiguiente, el principio de personalidad de las penas conforme al cual no se ha de hacer responsable al sujeto por delitos ajenos.

⁵¹⁴ Véase ZULGALDÍA ESPINAR, J., *op. cit.* pp. 16-17. La admisión de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas se realiza a través de los mismos principios de imputación que a las personas naturales, pues en ambos casos se exige la concurrencia de una acción típica y antijurídica y a la vez la culpabilidad del autor para imponer la sanción. Si esto es así en el Derecho Administrativo Sancionador, entonces no existen impedimentos dogmáticos para negar la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal. En el mismo sentido véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Ponencia", publicado en AA. VV. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 67-78.

⁵¹⁵ Véase STC 246/1991, de 19 de diciembre. El TC conoció el proceso de amparo interpuesto por el Banco Bilbao-Vizcaya, S.A. contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988, la cual declaró ajustada a Derecho la sanción impuesta por el Gobernador Civil de Madrid a la recurrente por el incumplimiento de normas de seguridad.

persona jurídica⁵¹⁶. Tal afirmación jurisprudencial no debe ser entendida como un “matiz a la baja” en la aplicación del principio. Por el contrario, constituye el reconocimiento de su vigencia en todos los ámbitos del Derecho Administrativo sancionador.

A su vez, la corriente moderna refuta la teoría de la falta de capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y propone superar los principios dogmáticos que la sostienen por unos más acordes a la realidad actual⁵¹⁷.

Resulta difícil negar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas bajo la concepción tradicional de la teoría de la ficción, ya que dicha institución jurídica tiene como finalidad explicar la forma por la cual un ente colectivo se distingue de sus miembros, dotándole de la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones⁵¹⁸. En tal sentido, el castigo impuesto a una persona jurídica recae directamente sobre su patrimonio, al igual que las consecuencias de una mala administración económica. En ambos casos, los socios se verán afectados únicamente de manera indirecta. Entonces, si hemos constatado que el principio de *societas delinquere non*

⁵¹⁶ Véase LOZANO CUTANDA, B. “La responsabilidad de la persona jurídica... *cit.* pp. 223-224. La autora resalta la idea de la modulación en la aplicación del principio de culpabilidad de la siguiente manera: “Aparece así la idea de la modulación: el principio de culpabilidad rige en el Derecho Administrativo Sancionador, es aplicable a las personas jurídicas pero con ciertas modulaciones, como no puede ser de otra manera, tratándose, como se trata, de un principio inseparable del elemento de la voluntariedad que se quiere aplicar a unos sujetos tan peculiares como son las personas jurídicas. En un sentido estricto y literal, las personas jurídicas no pueden ser culpables, ni tampoco inocentes. No nacen ni mueren ni compran ni venden, pero el Derecho finge todo ello. Puesto que de esta «ficción jurídica» se trata, la responsabilidad con culpa de estas personas jurídicas tiene que explicarse de una manera distinta a la culpa y la inocencia de una persona física.”

⁵¹⁷ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* pp. 85-86. Las empresas juegan un papel cada vez más determinante en la economía, constituyéndose como los vehículos principales para el ejercicio del comercio. En esta situación se vuelve propicia la utilización del velo societario para difuminar la imputación de responsabilidades a las personas naturales que dominan materialmente la comisión del hecho ilícito. En el mismo sentido véase SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2003, Tomo 41, Número 2, pp. 529-558. El autor admite la responsabilidad de las personas jurídicas bajo un ámbito limitado a los casos en los cuales el ilícito haya sido cometido con espíritu de empresa y que sirva al interés de la empresa objetivamente pero no pueda individualizarse al autor con suficiente seguridad. En el mismo sentido véase MARTÍNEZ LAGO, M., *op. cit.*, pp. 53-54. GUERRA CERRÓN, J. María Elena, *Levantamiento del velo y responsabilidad de las sociedades anónimas*, Lima, Editorial Grijley, 2009, p.221. “Si la sociedad anónima es un sujeto de Derecho con toda la plenitud (...) entonces es un sujeto que debe cumplir deberes y obligaciones o en su defecto será objeto de sanciones. Como la persona jurídica tiene las mismas prerrogativas y facultades que la persona física, cuando realiza una serie de actos con terceros asume riesgos y puede generar perjuicios que en determinados casos hay que reparar o indemnizar”.

⁵¹⁸ Véase BLANQUER, David, *Derecho Administrativo... cit.* p. 87. La personalidad jurídica es la técnica utilizada por el ordenamiento jurídico para garantizar la existencia de un centro unitario de imputación de responsabilidades frente a terceros, y de titularidad de potestades, derechos y obligaciones. Véase también GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* pp. 207-208. Sostiene el autor que el principio de culpabilidad debe ser interpretado de forma distinta en relación a las personas jurídicas. De estas no es predicable la culpabilidad, sino la capacidad de infringir por cuanto los verdaderos autores de las infracciones son las personas físicas, aunque determinadas infracciones solo son susceptibles de ser cometidas por personas jurídicas al ser ellas las destinatarias de la norma y a las que se les ordena velar por la integridad de determinados bienes jurídicos.

potest no encuentra asidero constitucional y a la vez reconocemos la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo Sancionador, debemos concluir que la no responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece ya a razones de política criminal más que a cuestiones jurídicas⁵¹⁹.

En el caso español, el *societas delinquere non potest* ya no tiene vigencia y ha sido reemplazado por el *societas delinquere potest*. A partir de la reforma al Código Penal procedente de la LO 5/2010, se ha optado decididamente por considerar a las personas jurídicas como autores directos de delitos⁵²⁰. El legislador español ha configurado el carácter de autor de la persona jurídica bajo dos supuestos: la atribución directa de responsabilidad y la responsabilidad por defecto de organización⁵²¹. En ambos casos limita la posibilidad de responsabilidad de las personas jurídicas a los supuestos previstos por la ley. Así, se atribuye responsabilidad directa a la

⁵¹⁹ Véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho... cit.* p. 191. La autora sostiene que existen herramientas dogmáticas suficientes para afirmar la capacidad de acción delictiva de las personas jurídicas. En el mismo sentido véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* pp. 84-85. Véase también “La Responsabilidad Penal de las Sociedades. Actuación en Nombre de Otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los Subordinados.” Volumen 7, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 105. Si consideramos la vigencia del principio *societas delinquere non potest* como una cuestión de dogma más que jurídico, entonces resulta más fácil entender que la decisión depende exclusivamente del legislador. Y es que, si el principio de culpabilidad rige tanto para delitos como infracciones administrativas, entonces debemos entender que la persona jurídica infractora lo es a título de dolo o culpa, por tanto, es posible identificar el elemento volitivo en su acción: “La opción entre todas estas posibilidades depende siempre de una decisión político criminal e ideológica. Está ya lejos la utopía de querer encontrar un criterio de carácter sustancial que permita distinguir entre ilícito penal y administrativo. Sólo hay una posibilidad formal: son penas las que la ley considera como tales y son aplicadas por el poder judicial, como parece ocurrir en el Derecho anglosajón e inequívocamente se produce ahora en el Derecho penal francés con el nuevo Código. Por la misma razón, decimos que en Derecho español la persona jurídica no es criminalmente responsable. Rige, pues, el principio *societas delinquere non potest*, principio al que no ha de reconocérsele un valor ontológico, sino simplemente político criminal, que salva los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas.”

⁵²⁰ Véase RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Protección penal del mercado financiero”, en AA. VV. *Derecho bancario y bursátil*, 2º edición, obra dirigida por Fernando Zunzunegui, Madrid, editorial Colex, 2012, pp. 685-701. Las personas jurídicas eran consideradas como sujetos pasivos de las penas. La redacción de 1995 Art. 129 del Código Penal español ya preveía que las personas jurídicas podrían sufrir consecuencias accesorias. Consideramos que eso constituía únicamente una salida de carácter semántico para disfrazar la naturaleza jurídica del castigo a imponer, lo cual incluso es corroborado por la redacción adoptada para dicha disposición a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio.

⁵²¹ Véase también Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado española, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal. “Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del art. 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5) (...) 6.ª Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a). 7.ª La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omite el control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los Sres. Fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación”.

persona jurídica cuando los ilícitos hayan sido cometidos en su nombre o en su cuenta por sus representantes legales y/o administradores, sean estos de hecho o de derecho⁵²². De igual manera, se atribuye responsabilidad por defecto de organización cuando el ilícito es cometido por personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y/o administradores, cuando estos no han ejercido sobre sus empleados el debido control⁵²³.

Consideramos que es esta la vía correcta y que conviene adoptar en El Salvador. Por ello procedemos a estudiar los métodos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas.

⁵²² Véase también Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A través de la norma aquí citada, España ha modificado algunas reglas sobre la forma de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas. Según el considerando III de su preámbulo, *“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal”*. Véase también Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado española, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal. En la conclusión 1º del apartado 7, se resume: *“La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1º. Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones”*.

⁵²³ Véase ZULGALDÍA ESPINAR, J., *op. cit.* p. 64. La atribución de responsabilidad por la acción de los representantes legales y directores responde a modelo de responsabilidad criminal indirecta o heteroresponsabilidad, también conocido como sistema vicarial. La atribución de responsabilidad por defecto de organización corresponde al modelo de responsabilidad criminal directa o de auto responsabilidad. Véase STS de 29 de febrero de 2016. El TS ha dictado ya la primera sentencia por responsabilidad penal de una persona jurídica. Con tal motivo, ha explicado la aplicación de los requisitos previstos en el vigente Art. 31 bis del Código Penal introducido mediante la reforma de la LO 1/2015. Una persona jurídica fue declarada responsable por haber sido considerada instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada por ello a las penas de disolución y multa. El delito fue perpetrado por el administrador de hecho y por el administrado de derecho de la persona jurídica, lo cual para el TS, cumple con los dos primeros requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su redacción originaria de la LO 5/2010 como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1/2015, a saber: *“- La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal. - Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma. (...) lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.*

Perseguimos dos objetivos quizá un tanto ambiciosos: a) intentar aportar claridad a un tema abordado de manera irreflexiva en nuestro Derecho Administrativo Sancionador que ha dado paso a violaciones casi cotidianas al principio de culpabilidad; b) en sintonía con lo anterior, pretendemos sembrar una semilla para un debate sobre la inclusión en nuestro ordenamiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

26.3.2. La configuración del elemento subjetivo en las personas jurídicas: el método de imputación⁵²⁴

Si admitimos que, al igual que las personas naturales, las personas jurídicas únicamente pueden ser sancionadas a título de dolo o culpa, debemos ahora dilucidar la forma en que les es atribuible la responsabilidad. La solución al problema pasa por reconocerle capacidad de acción a la persona jurídica, ya sea a través de imputación de hechos ajenos o bien mediante la atribución de responsabilidad directa⁵²⁵, pero teniendo presente que es la persona jurídica a quien debe atribuirse la culpabilidad⁵²⁶.

Para tal cometido se han formulado varias propuestas. Entre ellas destaca la que sostiene que el comportamiento de la persona jurídica está incluido en la acción delictiva cuando esta ha actuado en conjunto con la persona natural como apoyo indispensable e insustituible a través de su organización⁵²⁷.

Otra propuesta que conviene estudiar defiende la capacidad de acción penal de las personas jurídicas a partir de lo que se ha dado en llamar “defecto de organización”. Este concepto conlleva la omisión por parte de la persona jurídica de implementar mecanismos de

⁵²⁴ Para la comprensión de este apartado no debe perderse de vista que el estado de la cuestión entre España y El Salvador es muy distinto, pues en el primero de los países la responsabilidad de las personas jurídicas es un tema superado doctrinaria y legislativamente. En cambio, nosotros aún no iniciamos el camino.

⁵²⁵ Véase GARCÍA CAVERO, P., “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16, Santiago de Chile, 2012, pp. 55-74. Este método consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por el hecho ilícito realizado materialmente por sus órganos o representantes y es similar a la teoría anglosajona conocida como *alter ego theory* o Teoría del Alter Ego. Este modelo de atribución de responsabilidad penal pasa por identificar el título de responsabilidad bajo el cual esta es transferida del sujeto individual a la persona jurídica y exige identificar cuándo tiene lugar el llamado elemento de conexión entre la actuación del órgano o representante y la persona jurídica.

⁵²⁶ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 209. Para el autor este análisis debe tomar en cuenta integralmente la perspectiva formal y la sustantiva. Bajo la primera, debemos colegir necesariamente que la acción ha sido realizada por otro. Pero bajo un análisis sustantivo, la actuación ha sido realizada por la propia persona jurídica, aunque llevada a cabo de forma efectiva por la propia persona física. Si solo tomásemos en cuenta la perspectiva formal, el resultado devendría indefectiblemente en la atribución de responsabilidad por hechos ajenos. Si enlazamos la perspectiva sustantiva entonces podemos concebir a la persona jurídica también como destinataria de los efectos de los actos ejecutados por quienes actúan en, por y para ella, incluidos en dichos efectos los inherentes a la infracción de aquellas normas que tienen como especiales protagonistas a las personas jurídicas, y hacerlo con todas sus vicisitudes psicológicas, incluido el dolo, la culpa, y el error. Véase STS de 2 de septiembre de 2015. A este respecto, no se debe dejar de lado que todos los principios constitucionales rigen este método de imputación. El TS sostiene: “(...) ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

⁵²⁷ Véase BUSTOS RAMÍREZ, J., “Perspectiva actuales del Derecho Penal Económico”, publicado en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 121.

control internos que prevengan la comisión de ilícitos en el seno societario⁵²⁸. En tal sentido, aun y cuando la persona jurídica actúe a través de las personas naturales que integran sus distintos órganos de dirección, las consecuencias jurídicas de tales acciones le son plenamente imputables. Asimismo, en cuanto instrumentos necesarios para el desarrollo de su actividad económica, las acciones de sus empleados también son imputables a la persona jurídica⁵²⁹.

Cuando el hecho ilícito constituye la omisión o la realización de una acción de los órganos de representación y control, o es cometido por una persona natural que pertenece a la estructura, la responsabilidad puede ser atribuida directamente a la persona jurídica en cuanto actúa y manifiesta su voluntad a través de dichos órganos. Sin embargo, cuando la norma establece una obligación o prohibición directamente a los órganos de dirección y control, su incumplimiento solo puede ser atribuido a estos y no a la persona jurídica⁵³⁰.

⁵²⁸ Véase TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)* Barcelona, PPU, 1993, pp. 233 y ss. Para el autor existen suficientes herramientas dogmáticas para sostener la responsabilidad directa de las personas jurídicas a partir de la concepción de la culpabilidad como responsabilidad social, a partir de la cual le reconoce a la persona jurídica capacidad de acción y de culpabilidad. En el mismo sentido véase DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...* cit. p. 203. La profesora De Palma del Teso realiza un desarrollo formidable de esta teoría que procedemos a comentar de inmediato.

⁵²⁹ Véase GUARDIOLA LAGO, M., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y el alcance del Art. 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. La culpabilidad por defecto de organización no está exenta de objeciones en cuanto la misma se acaba refiriendo siempre a las personas físicas que organizan el funcionamiento defectuoso del ente empresarial. Sin embargo, creemos que el enfoque de la crítica es erróneo por cuanto exige negar la verdad: que las personas jurídicas actúan a través de personas físicas. Por ello consideramos que el análisis no debe perder de vista este elemento inherente al problema, sino dilucidar la manera por medio de la cual, respetando el principio de culpabilidad, pueda atribuirse responsabilidad a la persona jurídica. Véase también STS de 29 de febrero de 2016. “Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física”.

⁵³⁰ Véase NIETO MARÍN, A., *op. cit.* pp. 137-136. Se alude a un modelo de transferencia de responsabilidad también conocido como vicarial, el cual está basado en la teoría del órgano y exige que esta transferencia de culpabilidad se realice observando que la actuación culpable del agente ocurra dentro de los fines de la empresa y con el fin de beneficiarla. El autor critica este modelo debido a que se vuelve inviable frente a la estructura societaria de las grandes corporaciones. Asimismo, sostiene que incentiva la utilización de

Cuando la acción ilícita es realizada por un empleado de la persona jurídica, dicha conducta puede obedecer o no a una decisión empresarial. En el primer supuesto la responsabilidad es atribuida a la persona jurídica cuando es esta la que detenta el dominio del hecho y se vale del empleado como una mera herramienta para la comisión de la acción ilícita. En tal caso la empresa es la autora mediata de la infracción y el empleado no puede ser considerado culpable por encontrarse en el cumplimiento de un deber y no concurrir dolo o culpa en su actuar.

También puede suscitarse el supuesto bajo el cual la empresa induce a su empleado a realizar la acción ilícita y este es plenamente consciente de la antijuricidad de la acción a ejecutar. En este caso, el empleado también es responsable de la infracción en calidad de autor y se abre la posibilidad de encontrarnos frente a un supuesto de coautoría sujeto a su previsión normativa.

En el segundo supuesto, la acción ilícita es cometida por el empleado, pero esta no obedece a una decisión empresarial. En tal caso es posible imputar responsabilidad a la persona jurídica por un defecto de organización o por descuidar su posición de garante y deberes de vigilancia y control que le son propios⁵³¹. La culpabilidad por defecto de organización supone que la persona jurídica no ha adoptado los mecanismos necesarios para evitar la comisión de hechos constitutivos de infracción en su seno. En tal circunstancia, la responsabilidad se exige a la persona jurídica por no adoptar las medidas de prevención necesarias que impidieran la infracción⁵³². Por su parte, la culpabilidad derivada⁵³² de la posición de garante de la empresa se

subordinados en la comisión de infracciones. Esta crítica parte de considerar a este como un método aislado, a diferencia de la postura que hoy exponemos. Véase GUERRA CERRÓN, J. María Elena, *op. cit.*, p. 215-216. “*En materia societaria la representación tiene una importancia relevante por cuanto fija la extensión de la responsabilidad para con terceros, por tanto, los efectos y consecuencias de los actos recaen en el representado. Es la ley la que establece qué órgano representa al ente social y es así como el ente social actúa por medio de su representante, a diferencia de la persona natural, que tiene la opción de actuar por sí misma o por medio de representante*”.

⁵³¹ Véase RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 334. Conforme al autor, en estos casos se acude al instituto de la culpa *in eligendo* o bien a la culpa *in vigilando*. La primera se basa en una incorrecta elección de las personas naturales que posteriormente incumplen las obligaciones de cuidado encomendadas a la persona jurídica. La segunda alude a una omisión del deber de cuidado preciso para asegurar dicho incumplimiento.

⁵³² Véase TIEDEMAN, Klaus, “El Derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico” publicado en AA. VV. *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31-62. En países de la tradición del *common law*, los programas de autorregulación o *compliance* son utilizados en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de otras corporaciones en cuanto que su implementación efectiva puede reducir la responsabilidad penal. Véase Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal. P. 56 “(...) *partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona*

justifica cuando la ley impone condiciones de seguridad a la persona jurídica que esta incumple y al amparo de tal incumplimiento, el empleado realiza por su cuenta una acción ilícita. En este caso, la empresa responde en razón del incumplimiento de sus obligaciones legales y el empleado por su propio hecho ilícito⁵³³.

La tesis descrita explica el método de atribución de responsabilidad a la persona jurídica. En cada caso se procura realizar tal atribución por hechos propios de la empresa, ya sea como autora directa, autora mediata, inductora o cómplice necesario⁵³⁴.

27. El error

La vigencia del principio de culpabilidad exige que el sujeto activo de la infracción tenga conocimiento de la antijuricidad de su conducta. El elemento volitivo no puede conformarse si aquél a quién se exige una conducta distinta desconoce o tiene un conocimiento deformado de la realidad, la cual incluye el tamiz de prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico⁵³⁵.

En tales casos nos encontramos frente a supuestos de error. Estos excluyen la culpa si el error es invencible o atenúan la sanción si es vencible. Esta figura se encuentra expresamente reconocida en el Art. 28 del Código Penal salvadoreño⁵³⁶, el cual regula los efectos del error en

jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31”.

⁵³³ DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho...*, cit. p. 202-206. Para la autora, tanto las personas naturales que integran los órganos de dirección como los empleados pueden realizar acciones que devengan en responsabilidad sancionadora para la persona jurídica. En el caso de los directores, la responsabilidad se atribuye directamente a la persona en cuanto actúa jurídicamente y expresa su voluntad a través de ellos. También puede atribuirse responsabilidad a la empresa por las acciones cometidas directamente de sus empleados, ya sea que aquella participe directamente en la acción, por defectos en la organización o incumplimientos a su papel de garante frente a los empleados.

⁵³⁴ Véase LOZANO CUTANDA, B. “La responsabilidad de la persona jurídica...” cit. pp. 223-224. Sin duda, la admisión de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y la atribución de responsabilidad directa a estas conlleva una diferente interpretación del principio de culpabilidad.

⁵³⁵ Véase CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad y los...” cit. p. 111. “La presencia de una infracción administrativa, al igual que la presencia de un delito, requiere que el sujeto que realiza la acción antijurídica sepa, o pueda saber, que la misma se halla prohibida por el Derecho. Cuando tal conocimiento falta, se habla de error de prohibición, en contraposición al error de tipo que supone el desconocimiento de la situación descrita por el tipo”.

⁵³⁶ Véase Artículo 28. Código Penal: Error invencible y error vencible. “El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código”.

cuanto puede ser vencible o invencible⁵³⁷. Si bien el artículo citado no desarrolla prolijamente los tipos de error, de su lectura se infiere que hace alusión al error de tipo y al error de prohibición.

En el Derecho Administrativo salvadoreño esta figura no se encuentra contemplada, lo cual no sorprende si consideramos que en muchos casos el legislador ni siquiera se ha ocupado del principio de culpabilidad, del cual deriva. Pero la ausencia de tal reconocimiento no es óbice para que la figura del error tenga vigencia en nuestro ámbito⁵³⁸. Así lo ha confirmado la SCA en sus sentencias de 26-X-2012, bajo referencia 459-2007 y de 13-II-2014, bajo referencia 11-2011, en las que expone con aplomo: *“Si se acepta que al Derecho Administrativo Sancionador le son aplicables los principios del Derecho Penal, habrá que aceptar también lógicamente la aplicación de lo expuesto en el Código Penal a propósito del error y de sus variedades: el error de tipo y el error de prohibición, así como de sus correspondientes sub-variedades: el error vencible e invencible”*⁵³⁹.

Habiendo sido aceptada por la SCA, no podemos más que defender la aplicación en todas sus variantes de la figura del error en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño⁵⁴⁰.

Esta afirmación cobra relevancia si consideramos que el error afecta la culpabilidad⁵⁴¹. Por esa razón, su existencia puede exonerar de responsabilidad en los casos de sanciones

⁵³⁷ Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de... cit.* p. 434. La distinción entre error vencible e invencible se centra en sus efectos sobre la pena. Se hace alusión a las condiciones de una persona promedio en una situación normal para determinar si el yerro en la apreciación es o no razonable o incluso si el mismo pudo haber sido evitado. Con lo anterior se hace alusión al arquetipo del “hombre medio ideal” que aún resulta muy difícil de definir pero que al menos brinda un parámetro de interpretación para el aplicador.

⁵³⁸ Véase STC 76/1990, de 26 de abril. Esta teoría también ha sido sostenida por el TC español al afirmar que: *si no hay responsabilidad objetiva, no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho como causa de exoneración de responsabilidad*. En el mismo sentido véase STS de 23 de enero de 1998: *“(…) puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STC 76/1990, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso (artículo 25 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”*.

⁵³⁹ Véase NIETO Alejandro, *op. cit.* p. 356. Nuestra SCA recogió textualmente la idea expuesta por el profesor Nieto en su obra.

⁵⁴⁰ Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de la CSJ de 8-VI-2001, ref. 957-99. Por su parte, la SCN ha abordado muy poco esta figura y lo ha realizado desde la clasificación de error de hecho y error de derecho: *“El error puede definirse como una falsa noción que se tiene de una cosa o de un hecho, podemos clasificar dos clases de errores: el error de derecho y el error de hecho el primero de ellos es todo falso concepto que se tiene de la Ley o su ignorancia y el segundo es el falso concepto que se tiene de una cosa, de una persona o de un acontecimiento”*. No compartimos esta clasificación porque resulta equívoca en tanto un error de tipo o un error de prohibición pueden recaer a su vez sobre elementos de hecho y de derecho. En el mismo sentido véase sentencia de amparo dictada por la SCN de la CSJ de 27-08-2002, ref. 508-2001.

⁵⁴¹ Véase MIR PUIG, S., *“La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho Penal”*, publicado en AA.VV. *El Consentimiento. El Error*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 197-215. Desde la postura finalista de la teoría de la culpabilidad, el autor expone que el error de tipo excluye el dolo, y con él el

administrativas que precisan de dolo que, como se ha explicado párrafos arriba, son mayoría en la legislación salvadoreña⁵⁴². Procederemos en los siguientes apartados al estudio de las variantes de error en las infracciones culposas.

27.1. Error de tipo

El error de tipo consiste en el desconocimiento de uno de los elementos de la tipicidad de la infracción, ya sean estos descriptivos o normativos⁵⁴³. Es decir que el sujeto activo de la infracción actúa creyendo que su conducta no se acopla a la descripción normativa, por tanto, no sabe que su realización constituye la conducta objetivamente prohibida⁵⁴⁴. En estos casos nos encontramos frente a un supuesto de atipicidad.

El error de tipo puede clasificarse en: a) Error esencial invencible; b) Error esencial vencible; y c) Error sobre un elemento accidental. En los primeros dos, el error versa sobre un elemento esencial del tipo y se diferencian entre ellos por la posibilidad o no de evitarlo. La tercera categoría, el error sobre un elemento accidental, puede referirse a los elementos del hecho que no modifican su naturaleza jurídica (error en el golpe), o bien puede referirse a los elementos de la figura del ilícito que pueden concurrir o no, como el caso de los agravantes o atenuantes⁵⁴⁵.

tipo doloso, mientras que el error de prohibición lo deja en pie y plantea la posibilidad de una atenuación o exclusión de la culpabilidad por el hecho doloso. Sin embargo, el autor no comparte esta teoría y se decanta por la teoría del dolo, según la cual, ambos tipos de error excluyen el dolo. Más allá de teorizar sobre estas posturas, debemos estar en este caso a lo que el legislador salvadoreño ha dispuesto en el Art. 28 Pn ya citado, en cuanto se adhiere a la teoría de la culpabilidad tal y como a continuación explicamos. Sobre la *teoría del dolo* véase STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Tomo I, 4^o edición, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, editorial Hamurabi, 2005, pp. 168 y ss.

⁵⁴² Véase REBOLLO PUIG, M., *Potestad Sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989, pp. 653-654. Los efectos del error deben considerarse en razón de la exigencia normativa de dolo o culpa. Resulta lógico que el error supone la falta de voluntad directa o intención de cometer la infracción por lo que resulta fácil concluir que excluye el dolo. En el caso salvadoreño, al no contar con una ley general de procedimientos administrativos que regule expresamente este elemento debemos entender que las sanciones administrativas requieren que el infractor actúe dolosamente al igual que en el Derecho Penal conforme lo dispone el Art. 18 inc. 3^o Pn: “*Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa*”.

⁵⁴³ Véase DE PALMA DEL TESO, A., “Principio de Culpabilidad: Causas de Exclusión y Atenuación”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010, pp. 685-702. El error o conocimiento deformado del sujeto activo recae sobre alguno de los elementos de la situación descrita por la norma que tipifica la infracción.

⁵⁴⁴ Véase MIR PUIG, S., “La distinción de error de tipo y error de prohibición... *cit.* 197-215. Sostiene el autor que el conocimiento del tipo requiere a su vez la de todos sus elementos, incluidos los normativos. Por ello, existirá error de tipo tanto cuando se desconozca algún elemento fáctico o descriptivo como si lo que se desconoce es un elemento normativo, aunque ello se deba al desconocimiento del Derecho.

⁵⁴⁵ Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de... cit.* p. 436. Cuando se trata de un error sobre un elemento accidental del hecho, el tratamiento del mismo debe reconducirse al error de tipo. Cuando estamos

En los casos de error de tipo, la culpabilidad se excluye en un estado previo de la tipicidad, por lo que estamos frente a un acto no antijurídico⁵⁴⁶. Por el contrario, como en breve explicaremos, el error de prohibición supone la materialización de una conducta antijurídica no culpable⁵⁴⁷.

La SPN ha sostenido que nos encontramos frente a un error de tipo cuando la tipicidad incluye al dolo. Por ende, requiere que el sujeto activo sepa que ejecuta la acción prevista en el tipo de injusto. En tal caso, el error determinará la ausencia del dolo cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto. A menos que el error sea vencible, en cuyo caso subsiste el tipo de injusto de un delito culposo, por lo que el autor del hecho debe conocer los elementos objetivos que forman parte del tipo de injusto⁵⁴⁸.

27.2. Error de prohibición

Cuando el sujeto desconoce la ilicitud de su conducta incurre en el denominado error de prohibición. En estos casos nos encontramos frente al desconocimiento de la antijuricidad de la conducta realizada⁵⁴⁹, la cual como hemos dicho, continúa siendo típica pero no culpable. El autor actúa con un conocimiento deformado sobre la prohibición de su conducta y por ello cree que está

frente a un elemento accidental sobre elementos de la figura del ilícito que puedan cualificarla, el principio de culpabilidad obliga a exigir al autor el conocimiento y voluntad de sus elementos de hecho.

⁵⁴⁶ Véase STS de 29 de septiembre de 1997. El TS español sostiene que para apreciar cualquier tipo de error jurídico es imprescindible considerar la conducta del infractor y sus condiciones psicológicas y culturales, la posibilidad de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. Asimismo, debe considerarse la naturaleza del hecho delictivo en sí mismo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido por el sujeto activo.

⁵⁴⁷ Véase GALLARDO CASTILLO, M., *op. cit.* p. 174. Sostiene el autor que el error en la delimitación del significado de los términos empleados por la norma podría dar lugar a un error de subsunción que no es un error de tipo en cuanto no afecta ninguno de los elementos de la tipicidad, por tanto, el hecho continúa siendo antijurídico.

⁵⁴⁸ Véase sentencia dictada por la SPN de la CSJ en casación de 30-IX-2003, ref. 68-2003. La incongruencia en los tipos dolosos cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, trae como consecuencia que la conducta no sea considerada dolosa, generándose un supuesto de atipicidad denominado error de tipo. En el mismo sentido véase sentencia definitiva dictada por Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel de 16-VI-2005, ref. P0301-51-2005. Si el sujeto no conoce y no quiere hacer algo (dolo) actúa bajo un error de tipo, y no es más que el desconocimiento o falsa apreciación que tiene el sujeto sobre uno o varios elementos objetivos del tipo. La consecuencia de esta clase de error es que si es vencible se imputa a título de imprudencia, siempre y cuando esté expresamente en la ley penal, y si es invencible se excluye de responsabilidad penal.

⁵⁴⁹ Véase LÓPEZ LÓPEZ, H., *op. cit.* p. 278. La antijuricidad implica que el sujeto sepa que su conducta se encuentra prohibida por ley, aunque dicho conocimiento no necesariamente debe ser exacto. Basta con la posibilidad de conocer, es decir, que concurra en el sujeto el conocimiento potencial o posible de la prohibición del hecho por parte del derecho.

permitida⁵⁵⁰ o bien, conociendo la prohibición la interpreta de forma errónea y cree que no le es aplicable o que la misma no se encuentra vigente⁵⁵¹.

El error de prohibición puede ser directo o indirecto⁵⁵². Estamos frente a un error de prohibición directo cuando el sujeto activo (i) no conoce la norma prohibitiva referida al hecho y toma por lícita la acción, (ii) la conoce, pero no la considera vigente, o (iii) interpreta equivocadamente la norma y la reputa inaplicable⁵⁵³. En todo caso, se debe entender que cuando estamos frente a un error invencible el sujeto no debe ser considerado culpable del hecho. Pero si estamos frente a un error vencible, únicamente se debe atenuar la sanción, siempre y cuando esta admita una modalidad de comisión culposa. Este aspecto es trascendental en el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño.

La SCA ya ha conocido un caso de error de prohibición. Nos referimos a la citada sentencia de 26-VI-2015, ref. 459-2007⁵⁵⁴. En su demanda la parte actora impugnó la multa

⁵⁵⁰ Véase MIR PUIG, S., "La distinción de error de tipo y error de prohibición... cit. 197-215. El error de prohibición supone que el autor actúa bajo la creencia errónea de estar obrando de forma lícita. Es decir, que no tiene conciencia sobre la significación jurídica de su acción. Véase Art. 8 CN. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". Lo anterior se reafirma si entendemos que en la conciencia colectiva existe la creencia de que todo lo que no está prohibido está permitido, lo que también se ha llamado como principio de libertad general o vinculación negativa.

⁵⁵¹ RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, pp. 341-342. El autor plantea que el error de prohibición tiene incluso un mayor sentido en el Derecho Administrativo Sancionador que en el Derecho Penal. En el segundo, el ciudadano tiene conciencia sobre prohibiciones generales sobre lo que está prohibido por razones sociales. Pero en el Derecho Administrativo Sancionador no es del todo razonable intuir que el administrado conoce todas las normas administrativas, incluyendo leyes, reglamentos, ordenanzas y normas técnicas. Sobre todo, por su total atomización y mutación constante.

⁵⁵² Véase sentencia dictada por Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de 05-IV-2005, ref. P0103-43-2005. "El error de prohibición, puede ser abordado desde diversos aspectos, conviene indicar, que la distinción más proverbial que se cita, en materia de error de prohibición, es aquella que distingue entre, error de prohibición directo, de los llamados errores de prohibición indirectos".

⁵⁵³ Véase sentencia dictada por el Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel de 1-X-2007, ref. P0301-165-2007. Véase también STS de 23 de junio de 1999. Se sostiene que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas, por lo que no cabe conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada. En el mismo sentido véase STS de 18 de septiembre de 1987 y STS de 18 de noviembre de 1991.

⁵⁵⁴ Véase también sentencia de la SCA de 26-X-2012, bajo referencia 459-2007. Originalmente la SCA dictó la sentencia correspondiente al expediente 459-2007 el 26-X-2012 y estimó que no existía dolo ni culpa en el actuar del administrado debido a la existencia de error de prohibición y por ende, declaró ilegal la multa impuesta por el TSDC y la orden de devolución. el TSDC acudió en amparo ante la SCN quien mediante sentencia de 5-VI-2015 dictada en proceso bajo referencia 230-2013, dejó sin efecto la sentencia de la SCA y le ordenó emitir una nueva. Como parámetro de cumplimiento de la sentencia de amparo, la SCN indicó que el error de prohibición no legitimaba los cobros realizados por el administrado a los consumidores. Por ello, la SCA emitió una nueva sentencia de 26-VI-2015 por medio de la cual resolvió el expediente 459-2007. En ella, la SCA mantuvo su consideración sobre las bases doctrinarias del error de prohibición, la inexistencia de dolo o culpa en la acción del administrado y declaró ilegal la sanción impuesta por el TSDC. No obstante, declaró legal la orden de devolución girada por este. Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de... cit.* p. 437. El error invencible de prohibición determina la impunidad de la conducta. Según la teoría del dolo, el error desaparece el conocimiento sobre la antijuricidad, por tanto, la acción no es punible. Desde la perspectiva de

impuesta por el TSDC por la infracción al artículo 44 letra d) LPC, por cobros realizados en concepto de recargo por inactividad a las cuentas de ahorro. El sancionado era un banco y, como tal, sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero. Por ello expuso que a pesar de que la LPC prohíbe este tipo de cobros, una norma prudencial emitida por el regulador (NPB4-21) le permitía seguir efectuando los cobros derivados de contratos anteriores a la LPC. Esto, aunado a que el Art. 168 LPC dispone que *los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia se mantendrán hasta la finalización del plazo estipulado en cada uno de ellos*. Por ello, la SCA consideró justificado que el demandante aplicase la Norma Prudencial NPB4-21, con absoluta confianza y certeza. Por lo tanto, la SCA interpretó que se configuró un error de prohibición inducido por la Administración debido a que el artículo 5 de la NPB4-21, (a pesar de estar en aparente contradicción con la LPC) era norma vigente dictada por la SSF. En consecuencia, consideró que no concurría dolo ni culpa y procedió a declarar ilegal la multa impuesta.

La figura del error provocado o inducido por la Administración parte del supuesto que sea esta quien, por su actuación manifestada a través de una instrucción, acto o norma confusa e incluso ilegal, genere en el sujeto activo un desconocimiento de la prohibición. Por dicha razón, el error debe ser considerado como invencible⁵⁵⁵. En el caso planteado, el demandante fue efectivamente influenciado por la existencia de una norma técnica derivada del ente regulador y por regulaciones legales confusas, por lo cual consideramos que el análisis de la SCA fue correcto.

En una sentencia posterior (Ref. 152-2009, de 30-I-2017), la SCA conoció de hechos similares y del argumento del administrado que invocaba la violación al principio de culpabilidad en términos semejantes. No obstante, la SCA modificó su criterio y juzgó que no se configuraba el error de prohibición, lo cual constituye, a nuestro criterio, un retroceso en la lucha por dotar de vigencia y contenido este principio constitucional.

la teoría de la culpabilidad, el error de prohibición invencible conduce a la impunidad porque el conocimiento de la antijuricidad constituye uno de los pilares para construir la culpabilidad. Por su parte, en cuanto al error de prohibición vencible, el sistema causalista o la teoría del dolo sostiene que la falta de diligencia del sujeto para informarse adecuadamente determina la ausencia del dolo, pero deja viva la imprudencia o culpa. Para la teoría finalista o de la culpabilidad, el error de prohibición vencible produce únicamente una reducción del reproche que se materializa en una reducción de la pena y mantiene la existencia del dolo en cuanto este no depende de que el autor conociera o no la antijuricidad.

⁵⁵⁵ Véase DE PALMA DEL TESO, A., "Principio de Culpabilidad: Causas... *cit.* p. 688. El error puede incluso ser provocado por la omisión de la Administración cuando esto genere una confusión que devenga en el cometimiento del ilícito por parte del ciudadano. En el mismo sentido véase NIETO, Alejandro... *op. cit.* p. 362. Nos dice el autor que, si el error de interpretación es producido por la desidia del legislador o de la Administración al no haberse preocupado de redactar claramente sus disposiciones, es lógico relacionarlo con la figura del error producido directamente por una conducta de la Administración.

CAPÍTULO VIII. PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES Y LA CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

SUMARIO: 29. Contenido. 30. El caso salvadoreño: regulación incompleta o inexistente. 31. Propuesta de solución. 31.1. Solución reglamentaria y reserva de ley. 31.2. Integración normativa vía aplicación supletoria o analógica. 31.2.1. Aplicación supletoria de otras normas administrativas para establecer el plazo de prescripción. 31.2.2. Aplicación analógica del Código Procesal Penal para establecer el plazo de caducidad.

28. Contenido

En el Derecho Administrativo Sancionador es aplicable el principio de prescripción de las sanciones⁵⁵⁶ y caducidad de los procedimientos⁵⁵⁷, los cuales constituyen un límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Estas garantías potencian la seguridad jurídica y aseguran la consecución de la justicia, impidiendo al Estado ejercer su potestad sancionadora de forma arbitraria e indefinida. Esto debido a que no es aceptable prolongar al infinito situaciones expectantes de posible sanción. Asimismo, debe evitarse que el transcurso del tiempo acarree que el castigo previsto ante un

⁵⁵⁶ Véase MESEGUER YEBRA, J., *La prescripción de las infracciones administrativas*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002. pp. 9-10. La prescripción está íntimamente vinculada a la seguridad jurídica en su concepción de pilar fundamental del Estado de Derecho. Su función dentro del ordenamiento jurídico es la de proscribir la existencia de amenazas perpetuas en contra del ciudadano, cuando el Estado por medio de sus órganos competentes no persigue al autor de un determinado ilícito. La SCA en su sentencia ref. 269-2006 ya citada, ha expuesto que el principio de prescripción tiene aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador. Se afirma que en el ámbito del Derecho Sancionador -genéricamente considerado- las normas jurídicas refieren el objeto de la prescripción estrictamente a los ilícitos y a las sanciones. La prescripción es entendida como una vía de extinción de la responsabilidad, elimina un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado, fortaleciéndose así la necesaria seguridad jurídica; es por ello que, con el paso del tiempo, la razón de persecución y castigo del hecho delictivo se debilita o, mejor aún, se extingue. Véase JUNCEDA MORENO, J., “Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores” en AA. VV. *Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 119-132. Para el autor, la prescripción responde al principio de seguridad jurídica en tanto garantiza al ciudadano que estará eternamente sometido a la potestad sancionadora y al peligro del castigo por un hecho determinado y la necesidad de establecer plazos cortos para que la Administración ejerza sus atribuciones.

⁵⁵⁷ Véase CABALLERO SÁNCHEZ R., “Procedimiento sancionador: Caducidad”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel, 2010. p. 799-826. Nos dice la autora que tanto la prescripción como la caducidad son técnicas extintivas vinculadas a la inactividad o incumplimiento de un plazo. Su objeto y sus efectos son diferentes, pero obedecen al mismo principio de extinción de posiciones jurídicas inactivas por el paso del tiempo. La caducidad se aplica sobre los procedimientos y sobre los derechos de opción, mientras que la prescripción recae sobre derecho u acciones patrimoniales y sobre la responsabilidad derivada de la comisión de ilícitos. En el mismo sentido, MESEGUER YEBRA, J., *La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002. pp. 8-9. Véase LÓPEZ RAMÓN, F., “La caducidad del procedimiento de oficio” publicado en AA. VV. *Revista de Administración Pública*, 2014, No. 194, p. 11-47. El autor identifica como fundamentos de la caducidad el principio de igualdad, la seguridad jurídica y el principio de eficacia administrativa.

hecho punible carezca de razón, ya que al modificar el tiempo las circunstancias concurrentes, la adecuación entre el hecho y la sanción principal podría haber desaparecido⁵⁵⁸.

29. El caso salvadoreño: regulación incompleta o inexistente

En el caso de El Salvador, muchas de las leyes sectoriales no regulan expresamente los plazos de prescripción de las sanciones e infracciones o la caducidad del procedimiento. Lo anterior se agrava por la ausencia de una ley general de procedimientos administrativos que regule dicha figura. Pero esta omisión legislativa no nos puede llevar a concluir que puedan existir acciones sancionadoras o procedimientos administrativos perpetuos. Con base en lo anterior, podemos afirmar que aun y cuando un cuerpo normativo no contemple expresamente la figura de la prescripción o caducidad de los procedimientos, el funcionario encargado de su aplicación está obligado a aplicar directamente la Constitución (Art. 235 CN) para evitar así vulnerar los derechos y garantías del ciudadano⁵⁵⁹.

En El Salvador esta situación ha alcanzado dimensiones de escándalo, ya que distintos órganos de la Administración, ante la ausencia de regulación expresa de estas figuras en las distintas leyes sectoriales, han llegado a sostener una supuesta incompetencia para pronunciarse sobre las mismas.

Por todas, traemos como ejemplo resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia del Sistema Financiero en el marco de la derogada Ley Orgánica de la

⁵⁵⁸ Véase sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 24-IX-2009 dictada en proceso bajo referencia 269-2006. La SCA ha reconocido que “...*Interrumpida la prescripción, ésta permanecerá así durante toda la tramitación del proceso administrativo sancionador, hasta su terminación; a menos que la Administración de manera injustificada paralice el procedimiento, impidiendo que se produzcan las diferentes etapas procedimentales previamente fijadas en la ley, caso en el cual la prescripción iniciará a correr nuevamente*”. Véase también sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 8-II-2007 en proceso bajo ref. 318-M-2004.

⁵⁵⁹ Véase MESEGUER YEBRA, J., *La caducidad...* cit. p. 10. En el caso español no siempre se reconoció desde el punto de vista normativo que la inactividad administrativa pudiese conllevar la caducidad del procedimiento iniciado de oficio: en la Ley de Procedimientos Administrativos de 1958 dicha posibilidad no existía normativamente. Expone el autor que no fue sino hasta la aprobación de la Ley 30/2992 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que la caducidad se incorporó en la legislación sobre procedimiento administrativo común. El Art. 43.4 de dicho cuerpo normativo apuntaba que cuando se tratase de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos, el vencimiento del plazo de resolución sin que se hubiese dictado resolución expresa obligaba a entender por caducado el procedimiento, debiendo procederse al archivo de las actuaciones, a solicitud del interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar resolución. Posteriormente, la de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en BOE de 14 de enero de 1999, dispuso que ya sea en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se hubiera dictado o notificado resolución expresa producirá la caducidad.

Superintendencia del Sistema Financiero⁵⁶⁰, la cual no regulaba la prescripción de la potestad sancionadora ni la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

El primer acto administrativo al cual haremos alusión es la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en el procedimiento bajo referencia 20/2011, de 6-III-2013⁵⁶¹, en donde dictó resolución final en relación a incumplimientos atribuidos a un banco. Como argumento de defensa, la institución financiera alegó la prescripción de la facultad de la Administración para sancionar, ya que el procedimiento inició cuatro años después de que ocurrieran los hechos que constituían las infracciones imputadas, y ante la ausencia de regulación expresa de la figura de la prescripción en la LOSF, invocó supletoriamente el plazo previsto en el Art. 21 letra c) de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos. Al resolver sobre tal planteamiento, la Administración admitió que *“(...) si la norma nada dice acerca de la prescripción, este silencio en ningún caso puede entenderse negativamente o como un rechazo, pues esto último habría requerido una mención expresa del legislador, sostener lo contrario, conllevaría el inequívoco efecto de vulnerar el Derecho a la Seguridad Jurídica del administrado, pues éste podría verse perpetuamente sujeto a la incertidumbre de ser sancionado por esta Superintendencia”*. Finalmente, el Superintendente se decantó por la aplicación del Art. 74 LOSF para suplir tal vacío normativo⁵⁶².

Posteriormente, el mismo Superintendente del Sistema Financiero frente a un caso similar, emitió resolución de 10-VI-2013, ref. 10-2011 en términos completamente contradictorios, exponiendo que: *“la prescripción goza de un carácter absolutamente legal, aspecto que toma aún mayor relevancia respecto de las actuaciones de la administración pública, en tanto que no*

⁵⁶⁰ Véase Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero D.L. N° 628 de 22-XI-1990, publicada en D.O. N° 278, Tomo 309 de 10-XII-1990, derogada por Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero D.L. N° 592, de 14-XI-2011, publicada en D.O. N°23, Tomo 390, de 2-II-2011

⁵⁶¹ Véase resolución final dictada por Superintendente del Sistema Financiero de 6-III-2013, ref. 20-2011.

⁵⁶² Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 22-XII-2004 en proceso bajo referencia 8-2003/49-2003/2-2004/5-2004. Aunque dicha solución también era errónea porque dicho artículo ha sido declarado inconstitucional por la SCN mediante la sentencia aquí citada, implicaba al menos el reconocimiento de la vigencia de la prescripción de las infracciones. Véase sentencia dictada por la SCA de 14-VI-2010 en proceso bajo referencia 456-2007. La solución dada por el SSF estaba informada en la sentencia de la SCA que aquí se cita. Sin embargo, dicho pronunciamiento constituye un despropósito por donde quiera que se mire. Esta sentencia de la SCA tuvo como objeto la impugnación de un acto sancionador dictado por el SSF bajo hechos similares a los citados en el precedente 20-2011. Específicamente el acto administrativo sancionador de 30-VII-2007, Ref. 30/2006 en el cual el administrado invocó la prescripción regulada en el Art. 21 letra c) de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos. En lugar de buscar colmar la laguna normativa con la aplicación supletoria o analógica, la SCA determinó que no existía tal vacío, sino que el derecho aplicable al caso era el Art. 47 de la Ley de Bancos (aunque en realidad intentó citar el Art. 74), el cual a la fecha de la emisión de la sentencia ya había sido declarado inconstitucional por la SCN y, además, regulaba el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de cobro derivadas de instrumentos con fuerza ejecutiva ante la jurisdicción mercantil.

aparece expresamente prevista en la ley la aplicación imperativa de la misma⁵⁶³. Violando así la seguridad jurídica del administrado que un par de meses atrás había decidido tutelar⁵⁶⁴.

La situación apuntada evidencia que la Administración Pública salvadoreña se resiste aún a brindar plena vigencia a las garantías constitucionales aplicables al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. También constata la necesidad urgente de contar con una ley de procedimientos administrativos. Pero tampoco se debe caer en el error de atribuir los yerros de la Administración a tal omisión legislativa, en cuanto esta situación no puede servir de excusa para que los funcionarios públicos renuncien a tutelar los derechos y garantías de los ciudadanos, pues el Art. 235 CN así se los exige⁵⁶⁵.

30. Propuesta de solución

Este vacío legal sobre la prescripción o caducidad de los procedimientos administrativos no es exclusivo del ordenamiento jurídico salvadoreño. Aun y cuando se puedan ensayar varias soluciones, la única que no es admisible es sostener la imprescriptibilidad de las infracciones y

⁵⁶³ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2042. Los autores califican esta postura de aberrante y como una muestra de los riesgos que conlleva el positivismo exacerbado. Citan como ejemplo la STS de 28 de octubre de 1974 que expresa: “No puede invocarse- por analogía- la previsión penal del Artículo 113 del Código Penal, cuando la Administración Administrativa, incluso en su fase sancionadora, se rige por las normas de la Ley de 17 de junio de 1958 que fija plazos para la tramitación de los expedientes y los recursos correspondientes, dejando establecido que –Art. 49- las actuaciones realizadas fuera del tiempo establecido sólo implican la anulación del acto si así lo impone la naturaleza del término o plazo, lo que no acaece en autos”. Luego, al analizar y elogiar la STS de 9 de marzo de 1972 que rompe con el esquema positivista, los autores con vehemencia expresan: “Subrayar esto es importante, pues todavía hoy - ¡casi cuarenta años después!- pululan por ahí los positivistas anacrónicos, sujetos que se obstinan en ser disecadores de instituciones, en vez de ser, como debe serlo el verdadero jurista, vivificadores de las mismas”.

⁵⁶⁴ Véase CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Prescripción de Infracciones y Sanciones”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, pp. 641-666. El autor sostiene que los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad obligan a que cada infracción y sanción, sin excepciones, deben estar sujetas a un plazo de prescripción. Por ello, solo los delitos más graves, extraordinarios y que merezcan un reproche universal por afectar el orden internacional pueden ser calificados como imprescriptibles. Ninguna infracción administrativa conocida es sujeta de tales adjetivos calificativos y, por ende, respecto de ellas no puede predicarse en modo alguno la imprescriptibilidad aún y cuando la ley no determine expresamente el plazo.

⁵⁶⁵ Véase sentencia de amparo dictada por la SCN de 14-IX-2004, ref. 311-2001/491-2001. En tal sentido, ante la carencia de una norma como la apuntada, la Administración Pública debe necesariamente aplicar la norma constitucional de forma directa. “(...) no debe olvidarse, en primer lugar, el carácter de supremacía del que goza la norma constitucional frente a cualquier otra, y en segundo lugar, la eficacia directa e inmediata de ésta sobre cualquier ente del Estado”. Véase también sentencia de 13-X-1998, Amp. 150-97. “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia.

validar que los procedimientos puedan subsistir a perpetuidad⁵⁶⁶. Y es que, bajo la lógica de Art. 27 CN, podemos afirmar que, si están proscritas las penas perpetuas, con mayor razón lo está la amenaza de castigo que conllevaría un procedimiento sancionador perpetuo. Su trámite no puede depender del capricho o ánimo de la Administración, ya que esto vulneraría la seguridad jurídica del ciudadano⁵⁶⁷. Tanto la figura de la prescripción como de la caducidad constituyen un límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal, que permite alcanzar la seguridad jurídica y afianzar la justicia, impidiendo al Estado ejercer arbitraria e indefinidamente su poder de castigar⁵⁶⁸.

Pero luego de teorizar sobre la necesidad de encontrar una solución a los mencionados vacíos legislativos, surge la pregunta inevitable respecto al remedio adecuado. Nos atrevemos a proponer a continuación dos posibles soluciones, basadas en una interpretación coherente del ordenamiento jurídico salvadoreño, y en especial, de las normas que inciden en los procedimientos administrativos sancionadores.

30.1. Solución reglamentaria y reserva de ley

Ante la ausencia de regulación expresa se plantea la posibilidad de establecer los plazos de prescripción y caducidad vía reglamento. El análisis de la solución pasa por determinar si este elemento inherente a la potestad sancionadora está sujeto o no a reserva de ley formal. Es decir, si los plazos de prescripción deben necesariamente estar regulados en una ley formal o si la

⁵⁶⁶ Véase PARADA VÁZQUEZ, J., "Prescripción de Infracciones", publicado en AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 5013-5015. Ante el silencio legislativo se llegó a entender que algunas faltas administrativas no prescribían nunca.

⁵⁶⁷ Véase sentencia dictada por la SCA de la CSJ de 6-IV-2011, en proceso bajo ref. 156-2005. Es precisamente la previsibilidad del futuro del administrado la que obliga a la Administración a ser diligente en la tramitación de los procesos sancionatorios ya que, de lo contrario, los mismos podrían permanecer abiertos para siempre afectando al administrado que estaría en una situación de inseguridad jurídica permanente. La caducidad del procedimiento sancionador encuentra asidero constitucional en el derecho a la seguridad jurídica. Y al respecto, la SCA ha manifestado que la seguridad jurídica "... constituye un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado, entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, a fin de que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida, esto quiere decir que los gobernados tengan un goce efectivo y cabal de sus derechos. La seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro, es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos"

⁵⁶⁸ Véase DE DIEGO DÍEZ, L., *op. cit.*, p. 32. Entre las características principales que distinguen a la prescripción de naturaleza administrativa de la civil encontramos las siguientes: (i) En cuanto a sus efectos, cuando opera la prescripción, ya no se puede dilucidar y depurar responsabilidades administrativas contra el autor o sujeto pasivo, de manera que la prescripción de la acción o la infracción en su caso, afecta de lleno al procedimiento administrativo, pues lo enerva, lo trunca, lo extingue. (ii) La prescripción administrativa debe ser apreciada de oficio por la Administración, pues nos encontramos en una materia de orden público. Por ello, en el ámbito del Derecho Administrativo, la Administración tiene la obligación de aplicar la prescripción a lo largo de todas las fases del expediente administrativo, sin necesidad de que el interesado la invoque.

Administración puede determinarlos en una norma secundaria. La Jurisprudencia y la doctrina española originalmente se decantaron por considerar la materia como sujeta a reserva de ley⁵⁶⁹.

La solución apuntada se pliega a una postura rígida sobre el principio de legalidad positiva porque considera que el arbitrio de la Administración no puede ser el que determine los plazos de prescripción debido a los riesgos de abuso que conlleva. Sin embargo, no es posible ver fantasmas donde no los hay, sobre todo porque las normas reglamentarias también pueden ser sujetas de control de constitucionalidad por el órgano judicial. Suma lo expuesto que en el otro lado de la balanza se ubica la ausencia total de regulación sobre el tema, lo cual consideramos que es una vulneración real a la seguridad jurídica de los ciudadanos.

La postura rígida mencionada fue superada a partir de la STC 29/1989, de 6 de febrero que sostiene que el Art. 25.1 CE no determina reserva de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas⁵⁷⁰. Similar postura ha sostenido el TS en su STS de 6 de abril de 1990 y STS de 24 de julio de 2000, en tanto entiende que no existe reserva de ley para regular plazos de prescripción⁵⁷¹.

Es claro que esta solución puede ser aplicada únicamente cuando exista ausencia absoluta de regulación en la materia. Si el legislador ha determinado en la ley los plazos de prescripción, estos no pueden ser modificados en ningún sentido vía reglamento.

Un supuesto distinto a analizar es la existencia de plazos supletorios establecidos en leyes de aplicación general –como nuestra Ley de Procedimiento para la imposición de Arresto y Multa Administrativa-. Sobre este punto se ha sostenido aún la posibilidad de establecer regulación específica en reglamentos que primen sobre leyes en sentido formal con papel

⁵⁶⁹ Véase STS de 19 de octubre de 1983. El TS consideró que en el ámbito del *ius puniendi* del Estado, los plazos de prescripción y caducidad no pueden ser sujetos de desarrollo reglamentario en tanto constituiría un exceso a los límites legales cuando la norma desarrollada nada establezca al respecto: “*al estarse en un terreno punitivo, las sanciones, las infracciones y los plazos de prescripción no pueden dejarse a la regulación y establecimiento de un simple Decreto, simplemente ejecutor de una Ley que no establezca nada al respecto, por lo que, es incuestionable que el Decreto cuestionado rebasa los límites y su razón de ser, el de ejecutar y desarrollar la Ley de la que trae causa(...)*”. Véase también MESTRE DELGADO, J., “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1991, p. 2515. El autor sostiene que la determinación de los plazos de prescripción es incompatible con el contenido de la norma reglamentaria.

⁵⁷⁰ Véase STC 29/1989, de 6 de febrero. “*Pero es lo cierto que ni del art. 25.1 de la Constitución se deriva inequívocamente una reserva de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas (...)*”

⁵⁷¹ STS de 24 de julio de 2000: “*(...) la exigencia del principio de legalidad en esta materia queda cumplida mediante el establecimiento de plazos de prescripción específicos por la vía de la norma reglamentaria, asumiendo así la tesis de que estamos ante una materia secundaria (...)*”

supletorio sobre la potestad administrativa sancionadora⁵⁷². El TS ha sostenido esta postura⁵⁷³ desde la premisa de que no existe reserva de ley, por lo que admite la regulación sectorial en vía reglamentaria cuando exista habilitación normativa. En contraposición, el TC considera como básicas las normas de la LRJPA llegando a declarar inconstitucionales las disposiciones que los alteren⁵⁷⁴.

Nos permitimos disentir de la postura mayoritaria antes referida en cuanto a los plazos de prescripción en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Ello porque contamos con una norma de aplicación general que regula el plazo de prescripción en los procedimientos administrativo sancionadores. Esta norma ostenta rango de ley formal y ha sido establecida con carácter supletorio para llenar los vacíos normativos como el que estudiamos. Es decir, que el legislador ya proporcionó la solución que satisface el principio de seguridad jurídica, por ende, debe ser este el Derecho aplicable cuando la ley sectorial no regule los plazos de prescripción.

Pero en el caso del plazo de caducidad, creemos que la solución reglamentaria sí es aplicable en tanto existe ausencia total de regulación al respecto. No obstante, actualmente tampoco contamos con una norma reglamentaria que regule tal supuesto por lo que, de momento, la solución no supera el plano teórico.

30.2. Integración normativa vía aplicación supletoria o analógica

A efectos de brindar tutela a la seguridad jurídica del administrado, el vacío normativo puede ser llenado por el aplicador de la norma acudiendo a otros cuerpos normativos vigentes al

⁵⁷² Véase CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Prescripción de Infracciones y Sanciones", publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, pp. 641-666. CABALLERO SÁNCHEZ sostiene que la determinación del plazo de prescripción en leyes de aplicación supletoria no impide el establecimiento de nuevos plazos en normas reglamentarias sujetando dicho ejercicio únicamente a la observancia del principio de proporcionalidad. Cuando así suceda, la norma supletoria no tendrá aplicación: "La determinación del plazo concreto de aplicación es competencia del regulador, que puede fijarlo tanto por vía legal como reglamentaria, si no quiere que entren en juego las cláusulas supletorias de la LRJAP-PAC. (...) en la práctica no existen límites máximos ni mínimos al respecto, lógicamente los plazos deberán ser proporcionales a la gravedad de los ilícitos que se persiguen".

⁵⁷³ Véase SSTS de 27 de marzo de 1988 y de 6 de mayo de 1998. Esta postura se sustenta en el derogado Art. 132. 1 Ley 30/1992 que expresaba: "Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan".

⁵⁷⁴ Véase STC 166/2002, de 18 de septiembre. Véase también NIETO. Alejandro, *op. cit.*, p. 534. El autor expresa que desde la lectura literal del derogado Art. 132.1 de la Ley 30/1992 se desprende que los reglamentos sectoriales ya no pueden determinar por su cuenta plazos de prescripción para infracciones específicas. No obstante, señala la inconveniencia de esta postura por su exceso de rigidez ya que impide a la Administración el establecimiento de plazos más flexibles y mejor adaptados a la naturaleza de cada infracción, obligando a seguir otros inevitablemente simplificados y hasta rudimentarios. En todo caso, la Administración podrá establecer plazos más variados y flexibles, pero respetando los máximos establecidos en la ley.

momento de ocurrir los hechos y que están relacionados al ámbito de la potestad punitiva del Estado, tal y como lo exponemos a continuación.

30.2.1. Aplicación supletoria de otras normas administrativas para establecer el plazo de prescripción

En el caso de la prescripción, ante la ausencia de norma expresa que la regule, corresponde aplicar de forma supletoria los artículos 1 y 21 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos⁵⁷⁵, interpretando la aplicabilidad de cada uno de los plazos bajo el principio de proporcionalidad o bien, aplicar directamente el número 1) de dicha disposición, bajo la premisa de la interpretación restringida de las normas que limiten derechos y el criterio de interpretación de la ley más favorable. Sobre este criterio de interpretación, al jurisprudencia en materia penal sostiene:

“La interpretación restrictiva es concordante con lo que se conoce como interpretación favorable al reo, por ello la regla in dubio pro reo debe entenderse como una garantía para el acusado, vinculada a la presunción de inocencia” (Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de 06-I-2004, ref. P0103-01-2004).

Esta tesis se refuerza de la lectura del Art. 23 de la citada Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, el cual plantea la supletoriedad de estos plazos cuando *“la ley de la materia correspondiente no los regule en otra forma”*.

Por su parte, la SCA ha reconocido ya la constitucionalidad de aplicar esta solución *“supletoriamente a aquellos casos donde la normativa especial no regula algún supuesto que sí está contemplado en la referida ley, y cuyo contexto sea el desarrollo de un procedimiento administrativo para la imposición de la sanción administrativa de multa”*⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Véase Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos Artículo 21. Prescripción de la acción. *La acción para promover el procedimiento a que se refiere esta ley, prescribe: a) En seis meses cuando se trate de contravención sancionadas con arresto o con multa hasta de un mil colones; b) En un año cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a mil colones, sin exceder de cinco mil colones; y c) En dos años cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a cinco mil colones. Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha de la contravención*

⁵⁷⁶ Véase sentencia de 29-VI-2006, Ref. 339-2011. La SCA entiende esto como un deber de la Administración Pública que tiene *“la carga de ejercer la potestad administrativa sancionadora dentro de los límites que impone la seguridad jurídica, por lo que, el artículo 23 de la LPIAMA —Los plazos a que se refiere este Capítulo se aplicarán siempre que la ley de la materia correspondiente no los regule en otra forma—, constituía un parámetro normativo que obligaba a las autoridades demandadas a aplicar supletoriamente dicha ley, en lo relativo a la prescripción, para el caso planteado. En el presente caso, las autoridades*

30.2.2. Aplicación analógica del Código Procesal Penal⁵⁷⁷ para establecer el plazo de caducidad

En el caso de la caducidad, la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos también omite regular esta garantía, por lo que la única alternativa es aplicar analógicamente⁵⁷⁸ el plazo de “prescripción durante el procedimiento” previsto para las faltas en el Art. 34 numeral 3, del Código Procesal Penal⁵⁷⁹, el cual es de un año. Sobre esta postura debemos realizar dos acotaciones: la primera es que aun y cuando la norma citada haga alusión a la prescripción, lo cierto es que la misma regula los efectos de la inactividad del Estado en el trámite de los procesos, por lo que equivale a la figura de la caducidad. Y la segunda es exponer que nos decantamos por el plazo previsto para las faltas y no de los delitos en razón de la aplicación del principio de proporcionalidad.

demandadas se encontraban en la obligación de analizar el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento y determinar, con base en los cuerpos normativos que resultasen aplicables por los diferentes métodos de aplicación del derecho, las reglas de la prescripción que podían operar en el caso sobre el cual pretendían emitir un pronunciamiento sancionador. En esta línea argumentativa, dada la naturaleza –administrativa sancionadora– del caso objeto de estudio, debe concluirse que las reglas de la prescripción aplicables supletoriamente son las establecidas en el artículo 21 de la LPIAMA”. En el mismo sentido, véase sentencia de 27-VII-2016, Ref. 142-2009; 29-VII-2016, Ref.238-2011; y 29-VI-2016, 46-2010.

⁵⁷⁷ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.* p. 2042. Los autores señalan que el Derecho Penal resulta impropio para resolver el problema, en tanto no brinda una respuesta clara sobre qué plazo escoger dentro de los disponibles en su catálogo. Para ello refieren la investigación del profesor TOLEDO JAUDENES, J. “Prescripción de las infracciones administrativas, ¿cuál es el plazo?”, publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975, No. 4, pp. 129-132. No desconocemos que la aplicación de normas penales resulta insatisfactoria para resolver el problema planteado. En todo caso, de momento en el ordenamiento jurídico salvadoreño es lo que hay y, por tanto, la solución más viable a la cuestión. Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 533 Sobre la inconveniencia de aplicación de las normas del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador antes de la ley 30/1992, el autor expresa con soltura: “*Por obra y gracia de los renglones de una ley se ha liberado al Derecho Administrativo Sancionador de la servidumbre de unos preceptos del Código Penal, cuya extensión temporal (dos meses para las faltas y cinco años para los delitos) era palmariamente inadecuada para las infracciones administrativas y que había provocado una jurisprudencia vacilante que no lograba decidirse nunca a la hora de escoger entre el plazo tan desmesuradamente largo de cinco años y el otro, no menos rechazable por breve en exceso*”. Pero en el caso de la regulación de la caducidad del proceso en el Código Procesal Penal salvadoreño, este inconveniente de plazos no se presenta en tanto se establece en un año. Es decir que la Administración deberá sustanciar sus procedimientos al menos una vez cada 365 días, lo cual es un plazo más que holgado para la Administración en detrimento del administrado, quien al menos gana en la tutela de su seguridad jurídica, tal y como procedemos a explicar.

⁵⁷⁸ Véase DE DIEGO DIEZ, L., *op. cit.* p. 52. El autor valida esta solución desde la STS de 19 de abril de 1990. Dicha sentencia propone que antes de acudir al Derecho Penal, es necesario acudir a otras normas de naturaleza administrativa. Sin embargo, para nuestro caso concreto el problema subsiste en tanto no contamos con una norma administrativa que valide este supuesto por lo que la opción viable sigue siendo la norma penal como desarrollo concreto del principio constitucional de seguridad jurídica.

⁵⁷⁹ Véase Código Procesal Penal D.L. No. 733, del 22 de octubre de 2008, publicado en D.O. No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009. Artículo 34.- *Prescripción durante el procedimiento La inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaratoria de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el cómputo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes: (...) 3) Al año en las faltas.*

Con esta propuesta pretendemos brindar a este vacío legislativo una solución informada por los Art. 11, 12 y 14 CN, para dar paso a un procedimiento administrativo que legitime el ejercicio de la potestad sancionadora mediante el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, ejercicio que debe ser extrapolado a todo el ordenamiento jurídico⁵⁸⁰.

Entendemos que existen limitantes y las críticas a estas propuestas no serán menores. Empero, lo propuesto respeta los elementos que la CN y el ordenamiento jurídico secundario nos brindan y parte de la premisa de que el peor estado para el administrado es mantenerlo en la indeterminación absoluta de los plazos de prescripción y caducidad.

⁵⁸⁰ Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo...*, cit. p. 541. Debemos tomar en cuenta que el procedimiento administrativo sancionador constituye una garantía esencial para los administrados a quienes se les imputa una infracción administrativa. Por ello, es este el momento oportuno para el ciudadano de hacer valer sus derechos y para la Administración de respetarlos y potenciarlos.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en Revista de Administración Pública, N° 195, Madrid, septiembre-diciembre 2014, p. 135-167.

La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador, Madrid, Iustel, 2008.

“Principio Non Bis In Ídem”, en A.A. V.V. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel 2010, pp. 762-778.

ALCALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad” en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, n.º 10, 2002.

AGUADO CORRERA, Teresa, El principio de proporcionalidad en derecho penal, Madrid, Editorial EDERSA, 2006.

AGUILERA PORTALES, R., y LÓPEZ SÁNCHEZ, R., “Interpretación judicial y principio fundamentales en el Estado Democrático y Social de Derecho”, en A.A.V.V. Interpretación y razonamiento jurídico, Director: Manuel Atienza, Lima, ARA editores, 2009.

ÁLVAREZ GARCÍA, F., Sobre el principio de legalidad, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

ANDRÉS PEREZ, M., El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador, Barcelona, Bosch, 2008.

ARIAS HOLGUÍN, D., “Proporcionalidad, pena y legalidad”, en Revista de Derecho, núm. 38, julio-diciembre, Barranquilla, Colombia, Universidad del Norte, 2012.

ARNOLD R., y otros, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en Revista de Estudios Constitucionales, Año 10, N°1, Santiago de Chile, 2012.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., Contribución a una teoría de la legislación, Madrid, Civitas, 1997.

BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General. 2º Edición. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., La potestad sancionadora de los entes locales, Euskadi, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Vasco de Administración Pública, 2011

BANACLOCHE PEREZ-ROLDÁN, J., Guía práctica de sanciones tributarias, Madrid, La Ley, 2005,

BAJO FERNÁNDEZ, M., “El Derecho Penal Económico. Un Estudio de Derecho Positivo Español” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973, Tomo 26, Nº 1, p.p. 91-141.

BARRIERE AYALA, J., El Marco Legal de los Contratos Públicos en El Salvador, 2º edición, San Salvador, Editorial B&G Consultores, 2015.

BERMEJO VERA, J., Derecho Administrativo. Parte especial, 5º edición Madrid, Civitas, 2001.

BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BLANQUER, David, Derecho Administrativo. 1º El fin, los medios y el control. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Derecho Administrativo. 2º Los sujetos, la actividad y los principios, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

BOCA NEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J., “La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad” en Revista de Administración Pública, Nº172. Madrid, 2007. pp. 103-140.

BUSTOS RAMÍREZ, J., “Perspectiva actuales del Derecho Penal Económico”, en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof.Dr.D.Juan del Rosal, Madrid, 1993

CABALLERO SÁNCHEZ R., “Procedimiento sancionador: Caducidad”, en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, pp. 799-826

“Prescripción de Infracciones y Sanciones”, en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel 2010, pp. 641-666

CAMACHO CEPEDA, G., “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado” en A.A. V.V. Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra, (Rolando Pantoja –Coordinador), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 241-276.

CANO CAMPOS, T. “La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria y perniciosa” en Revista de Documentación Administrativa, no 2, enero-diciembre 2015.

Las sanciones de tráfico, Navarra, Aranzadi, 2011.

“Analogía e interpretación extensiva” en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, p.104-119.

“La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico” en Documentación Administrativa. Número 284-285: mayo-diciembre 2009 Las sanciones de tráfico. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 83-120.

“Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador” en Revista de Administración Pública, Nº156, Madrid, 2001, pp. 191-249.

CANOSA, ARMANDO N., Procedimiento administrativo: recursos y reclamos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

CARLÓN RUIZ, Matilde, “Principio de Proporcionalidad”, en A.A. V.V. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010.p. 741-757.

CASARES MARCOS, ANABELÉN, Principio de legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionador, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, 2010.

CASINO RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida” en Revista de Documentación Administrativa, Nº 2, enero-diciembre 2015.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, Los grandes principios del Derecho Público, Madrid, Editorial Reus, 2016.

Derecho administrativo, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

CASTILLO ALVA, J., “El principio de taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. Una lectura constitucional y convencional” en Actualidad Penal, V. 24, Lima, Junio de 2016.

CASTIÑEIRA M., y RAGUÉS R., “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en A.A. V.V. En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Lima, Palestra Editores, 2010.

CASTRO LORIA, J., Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica FPDP, 2006.

CELEMÍN SANTOS, V., Derecho sancionador y mercado de crédito. Barcelona, Editorial BOSCH, 2001.

CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Tomo 28, Nº 2, mayo-agosto 1975, pp. 159-175.

Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Vol. 1, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2003.

CESANO, J., y BALCARCE, F., "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2003, Tomo 56, Número 1, p.p. 385-452

CID MOLINÉ, J. "Garantías y Sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas" en Revista de Administración Pública, Nº 140. Madrid, 1996, pp. 131-172

COMADIRA, Juan Pablo, "La potestad normativa de los entes reguladores" publicado en A.A. V.V. Congreso Internacional de Derecho Administrativo, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2011, p.p. 103-130.

CORDERO QUINZACARA, E., "El Derecho Administrativo Sancionador y su relación con el Derecho Penal" en Revista de Derecho Valdivia, Volumen XXV, Nº 2, Santiago de Chile, 2012, pp. 131-157

CORDERO SAAVEDRA, L., y otros, Derecho Sancionador Público del Trabajo, Madrid, Colex, 2001.

CUADRADO ZULOAGA, D., "El principio de individualización de las sanciones administrativas" en Actualidad Administrativa, Nº 22, Quincena del 16 al 31 Dic. 2008, Tomo 2, Madrid, Editorial La Ley, pp. 2677-2688.

CUETO PÉREZ, M., "Los principios de la potestad sancionadora de las administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad" en A.A. V.V. Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p.95-118.

DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER, Materiales para el estudio del Derecho Administrativo económico, Madrid, Editorial Dykinson, 2011

DE DIEGO DÍEZ, L., Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador, 2ª edición, Barcelona, Editorial BOSCH, 2009.

DE LEÓN VILLALBA, F., Acumulación de sanciones penales y administrativas, BARCELONA, Editorial BOSCH, 1998.

DE PALMA DEL TESO, A., "Principio de Culpabilidad: Definición y Aplicación", publicado en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010, pp. 702-721.

"Principio de Culpabilidad: Causas de Exclusión y Atenuación", publicado en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010, pp. 685-702.

El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 1996.

DE TOLEDO Y UBIETO, O., "Responsabilidad penal para los entes sociales", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2003, Tomo 62, Nº 1, pp.93-155.

DÍAZ FRAILE, F., Derecho Administrativo Sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Barcelona, Atelier, 2016.

DOMENECH PASCUAL, G., "Principio non bis in idem y reapertura de procedimientos caducados" en AA. VV.

DOPICO GOMEZ-ALLER, J., "Ponencia" en A.A. V.V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009, director DOPICO GOMEZ-ALLER, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.67-78.

DROMI, Roberto, El Acto Administrativo, 3º edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1997.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo Madrid, Editorial Dyckinson, 2008.

FERRERES COMELLA, V., El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, Madrid, Civitas, 2002.

FORTÍN MAGAÑA, René, Constituciones Iberoamericanas. El Salvador, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005

FUENTES CUBILLOS, H., "El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena" en Revista Ius Et Praxis – Año 14 - Nº 2, Santiago de Chile, 2008, pp. 15-42.

GALLARDO CASTILLO, MARÍA J., Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica, Madrid, editorial IUSTEL, 2008.

GAMERO CASADO, E., Derecho Administrativo. Monografías: La jurisdicción contencioso administrativo. El acto administrativo, monografías, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., Derecho Administrativo Sancionador Práctico, V. I, Barcelona, Editorial BOSCH, 2012.

- Derecho Administrativo Sancionador Práctico, V. II, Barcelona, Editorial BOSCH, 2012.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., El procedimiento administrativo sancionador, V. 1, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016

GARCÍA AMADO, J., "Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites" en A.A. V.V. Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 11-42.

GARCÍA CAVERO, P., "Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en Revista de Estudios de la Justicia, Nº 16, Santiago de Chile, 2012, pp. 55-74

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R, Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, 9ª edición, Madrid, Civitas, 1999.

Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 6ª edición, Civitas,

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., "Sujetos con potestad sancionadora" en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010. p. 1055-1067.

Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable. 3º edición Granada, Editorial Comares, 2007.

GARCÍA YZAGUIRRE, J., El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Lima, Perú, Editorial Adrus, 2012.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., Derecho Penal. Introducción, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GARRIDO FALLA, F., Tratado de derecho administrativo. V. II. Parte General: Conclusión, 11^o edición Madrid, Tecnos, 2002.

GARRIDO MONTT, M., "Derecho Penal. Parte General", T. I., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

GASCÓN ABELLAN, M., y GARCÍA FIGUEROA, A., Interpretación y argumentación jurídica, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003,

GOLDSCHMIDT, JAMES., La concepción normativa de la culpabilidad. 2^a edición Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

GÓMEZ-MOURELO CASTEDO, C., El nuevo régimen sancionador tributario comentado, Madrid, La Ley, 2005

GÓMEZ TOMILLO, M. y otros, "Límites entre el Derecho Sancionador y Derecho Privado", en A.A. V.V. Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial de infracciones administrativas, director Manuel Gómez Tomillo, Valladolid, Lex Nova, 2012. pp. 15-19.

GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., Derecho Administrativo Sancionador. Parte general. 3^a edición, Navarra, Aranzadi, 2013

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y GONZÁLEZ NAVARRO, F., Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 5^o edición, Navarra, Civitas, 2012.

GUARDIOLA LAGO, M., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y el alcance del Art. 129 del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GUASTINI, RICCARDO, "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales" en A.A. V.V. En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Lima, Palestra Editores, 2010, p.p.71-79

GUÉREZ TRICARICO, P., "Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N^o 10, Madrid, 2004, pp. 53-107.

GUERRA CERRÓN, J. María Elena, Levantamiento del velo y responsabilidad de las sociedades anónimas, Lima, Editorial Grijley, 2009.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “la reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del tribunal constitucional” en Revista de Administración Pública, Nº166, Madrid, 2005, pp. 169-199.

HIDALGO CUADRA, R. “La sanción administrativa”, publicado en AA. VV. Temas de Derecho Público: estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar, San José, Costa Rica, Editorial ISOLMA, 2011.

HUERGO LORA, A., Las sanciones administrativas, Madrid, lustel, 2007.

IVARS RUIZ, J., “Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador en materia de seguridad vial”, en Revista de Derecho vLex, 2015, disponible en Id. vLex: VLEX-102984 <http://vlex.com/vid/102984>.

IZQUIERDO CARRASCO, M., “INDUSTRIA, POTESTAD SANCIONADORA”, en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel 2010. pp. 501-514

JIMÉNEZ DE ASUA, L., Principios del Derecho Penal, la ley y el delito, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997

JUNCEDA MORENO, J., “Los principio de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores” en A.A. V.V. Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 119-132

KAUFMANN, Arthur, Filosofía del Derecho, 2º edición, traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997,

LOPERA MESA, G., “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 2, Santiago de Chile, Universidad Austral de Chile diciembre, 2011

LÓPEZ LÓPEZ, H., El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias, Navarra, Aranzadi, 2009.

LÓPEZ MENUDO. F. “Principio de irretroactividad”, en A.A. V.V. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial lustel, 2010, p.p. 721-732.

LÓPEZ RAMÓN, F., “La caducidad del procedimiento de oficio” en A.A. V.V. Revista de Administración Pública, Nº 194, Madrid, mayo-agosto 2014, p.11-47.

LOYOLA SANTOS, Carlos, “Derecho Administrativo Sancionador y Responsabilidad Objetiva”, en A.A.V.V. Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del cuarto congreso nacional de Derecho Administrativo, Lima, Palestra Editores, 2010, p.746-754

LOZANO CUTANDA, B. “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)”, en Revista de Administración Pública, Nº 129. Madrid, 1992, pp. 211-239.

“La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad” en A.A. V.V. Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 11, Dedicado a: Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997. P. 64 y ss.

MALJAR, Daniel, El Derecho Administrativo Sancionador, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.

MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

MARINA JALVO, B. “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in ídem. (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)” en Revista de Administración Pública, Nº162, Madrid, 2003, pp. 175-188.

MARTÍNEZ LAGO, M., La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

“Sobre principios de la potestad sancionadora en materia tributaria”, publicado en Revista Crónica Tributaria, 2006, Nº 119, pp. 89-110

MARTÍNEZ LUCAS, J., Infracciones y sanciones en materia de seguridad social y empleo, Madrid, Editorial Derecho Reunidas, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas” en Revista de Administración Pública, Nº126, Madrid, 2005, pp. 133-187.

MARTÍN VALDIVIA, S., “El derecho administrativo sancionador en materia de consumo: de sarcasmos y aporías” en A.A. V.V. Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos, Morillas Cueva, L. y Suarez López, J. (Coordinadores), Madrid, Dyckinson, 2013, p- 623-651.

MENA GUERRA, R. Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo, San Salvador, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID/EI Salvador, 2011.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad” en A.A. V.V. Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp.65-94.

MEJÍA, Henry Alexander, Manual de Derecho Administrativo, San Salvador, Editorial Cuscatleca, 2014.

MESEGUER YEBRA, J., El principio de “non bis in ídem” en el procedimiento administrativo sancionador, Editorial BOSCH, Barcelona, 2000.

La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002.

La prescripción de las infracciones administrativas, Editorial BOSCH, Barcelona, 2002.

MESTRE DELGADO, J., “Principio de legalidad”, en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010. pp. 733-740

“Principio de tipicidad”, en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010. pp. 757-762

“La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991.

MIR PUIG, S., “La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho Penal”, en A.A.V.V. El Consentimiento. El Error, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp.197-215.

MONTESINO GIRALT, M., El Amparo en El Salvador, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2005.

MORY PRINCIPE, F., El proceso administrativo disciplinario. Derechos, deberes, obligaciones, faltas, sanciones, jurisprudencia, marco legal, 5º edición. Lima, Editorial RODHAS, 2013.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, 8ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador 5º edición, Madrid, Tecnos, 2012.

NIETO MARÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, publicado en A.A. V.V. Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico, Madrid, Editorial Colex, 2008, p.p. 131-160.

NUÑEZ SÁNCHEZ, J., “Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena” en Revista CENIPEC, N° 2012, Caracas, Universidad de Los Andes, 2012

OLIVA DE LA COTERA, R., Potestades sancionatorias del Estado Salvadoreño y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal. San Salvador, publicación independiente, 2008.

OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO, Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011,

PARADA, Ramón, Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo, 2º edición, Madrid, Marcial Pons, 2012

Derecho Administrativo, Parte General. Tomo I., 15ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Derecho Administrativo, Tomo II, 15ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004.

PARADA VÁZQUEZ, J., “Prescripción de Infracciones”, publicado en A.A.V.V. Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995, pp.5013-5015.

“El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal” en Revista de Administración Pública, N° 67, 1972, pp. 41-94.

PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en Jueces para la Democracia, N° 28, Madrid, 1997.

PEREZ NIETO, R. y BAEZA DÍAZ-PORTALES, M., Principios del Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Consejo General del Poder Judicial / Fundación Wellington, 2008.

PÉREZ-PIAYA MORENO, C., El procedimiento sancionador Tributario. Especial referencia a su tramitación separada. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación constitucional” en A.A. V.V. En el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Lima, Palestra Editores, 2010, p.p. 81-113

PUERTA SEGUIDO, F., “La prohibición de bis in ídem en la legislación de tráfico”, en Documentación Administrativa. Número 284-285: mayo-diciembre 2009 Las sanciones de tráfico. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p.229-254

QUERALT, Juan M., y otros, Curso de Derecho Financiero y Tributario, 9º edición, Madrid, Tecnos, 2009.

QUINTANA LÓPEZ, T., “El principio non bis in ídem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, en Revista española de Derecho Administrativo, núm. 52/1986, Estudios, Madrid, Civitas, 1986.

“Empleados Públicos, régimen disciplinario” en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010 pp. 367- 384.

QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2002.

“La tutela, los límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios inspiradores del Derecho Penal” en Revista de Administración Pública, Nº 126. Madrid, 1991, pp. 253-293

RAMÍREZ TORRADO, María-Lourdes, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano” en Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio 2010. Bogotá, p.p. 155-172.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional” en Revista de Administración Pública, núm. 187, Madrid, enero-abril 2012.

RANDO CASERMEIRO, La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionados, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

REBOLLO PUIG, M., y otros, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Lex Nova, 2010.

“Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Principios comunes y aspectos diferenciadores”, publicado en AA. VV. Diccionario de Sanciones Administrativas, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, Iustel, 2010, pp. 316-334.

Potestad Sancionadora, alimentación y salud pública, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

ROBLES FARÍAS, D. "La relación jurídica obligatoria (El actual concepto de Obligación Jurídica)", en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México D.F., Número 31, 2001

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, R, y SANDOVAL ROSALES, R., "Constitución y Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño" en Revista Justicia de Paz, N° 19, año IV, Vol. 11, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, mayo-agosto 2011, pp. 99-176

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Protección penal del mercado financiero", en A.A. V.V. Derecho bancario y bursátil, 2º edición, obra dirigida por Fernando Zunzunegui, Madrid, editorial Colex, 2012, pp. 685-701.

ROMÁN CORDERO, C, "El Castigo en el Derecho Administrativo", en Revista Derecho y Humanidades, N° 16, Vol. I, Santiago de Chile, 2010, pp. 155-171

ROXIN Claus, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. T I, 2ª edición, traducción y notas de Diego- Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997.

RUBIO CORREA, MARCIAL, Principios esenciales de interpretación constitucional" en A.A. V.V. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010, p.p. 71-254.

SÁNCHEZ, Carlos, Límites constitucionales al Derecho Penal, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004

SÁNCHEZ GIL, R., El principio de proporcionalidad, Ciudad de México, Universidad Autónoma de México, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo. Parte General. 4º Edición Madrid, Tecnos, 2008.

SÁNZ RUBIALES, I. "Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial" en A.A. V.V. Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial de infracciones administrativas, director Manuel Gómez Tomillo, Valladolid, Lex Nova, 2012. p. 257-290.

SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J., Los Criterios de Graduación de las Sanciones Administrativas en el Orden Social, Valladolid, Lex Nova, 2007

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, II, 22º edición, México, Porrúa, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J., La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2º edición, Madrid, Civitas 2001.

SCHÜNEMANN, BERND, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2003, Tomo 41, Número 2, pp. 529-558

STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General. El hecho punible. Tomo I, 4º edición, traducción de Manuel Cancio Melía y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, editorial Hamurabi, 2005,

SUAY RINCÓN, J., “La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar” en A.A. V.V. Documentación Administrativa. Número 280-281: enero-agosto 2008. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tomo I, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p.p. 43-64.

TIEDEMANN, Klaus, Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán) Barcelona, PPU, 1993,

TIRADO BARRERA, J., “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”, en Revista de la Facultad de Derecho PUCP, N°67, 2011, Lima

TOLEDO JAUDENES, J. “Prescripción de las infracciones administrativas, ¿cuál es el plazo?”, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 4, 1975, págs. 129-132.

WASHINGTON ÁVALOS, R., Derecho Procesal Penal, Cuestiones Fundamentales, Tomo I, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993,

“El Derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico” en A.A. V.V. El derecho penal económico en la era compliance, directores ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARÍN, A., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31-62

WELZEL, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970

ZULGALDÍA ESPINAR, J., Las responsabilidades criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directores, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

ÍNDICE LEGISLATIVO

31. Tratados internacionales

- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

32. El Salvador

- Primera Constitución del Estado de El Salvador (1824)
- Segunda Constitución del Estado de El Salvador (1841)
- Tercera Constitución del Estado de El Salvador (1864)
- Quinta Constitución del Estado de El Salvador (1872)
- Novena Constitución del Estado de El Salvador (1936)
- Décima Constitución del Estado de El Salvador (1945)
- Undécima Constitución del Estado de El Salvador (1950)
- Duodécima Constitución del Estado de El Salvador (1962)
- Constitución de la República de El Salvador D.L. No. 38 de 15-XII-1983, Publicado en D.O. No. 234, Tomo No. 281, de 16-XII-1983.
- Código Civil D.L. de 23 de agosto de 1859, DO de 14 de abril de 1860.
- Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, D.L. No. 2833 de 24-IV-1959, D. O. No. 87, Tomo No. 183 de 18-V-1959.
- Ley de Policía D.L. S/N. Publicada en D.O. N°154 de 2-VII-1900.
- Derogatoria D. L. No. 661 de fecha 31-III-2011, publicado en el Diario Oficial No. 80, Tomo 391 de fecha 30-IV-2011
- Ley de Procedimientos Constitucionales D.L. No. 2996 de 15-I-1960, publicado en D.O. No. 15, Tomo 186, de 22-I-1960.
- Ley del Servicio Civil D.L. No. 507, del 24-XI-1961, publicado en D.O. No. 239, Tomo No. 193, del 27-XII-1961.

- Ley de Notariado, D.L. No. 218 del 6-XII-1962, publicado en D.O. No. 225, Tomo No. 197, del 7-XII-1962.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa D.L. No. 81 de 14-XI-1978, publicado en D.O. No. 236, Tomo No. 261 de 19-XII-1978.
- Código Municipal D.L. No. 274 del 31-I-1986, publicado en D.O. No. 23, Tomo No. 290, de 5-II-1986.
- Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos D.L. N° 457 de 1-III-1990, publicado en D.O. N°. 70, Tomo N°306 de 21-III-1990.
- Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero D.L. N° 628 de 22-XI-1990, publicada en D.O. N° 278, Tomo 309 de 10-XII-1990.
- Ley General Tributaria Municipal D.L. No. 86 del 17-X-1991, publicado en D.O. No. 242, Tomo No. 313 de 21-XII-1991.
- Código Electoral D.L. No. 417, del 14-XII-1992, D.O. No. 16, Tomo No. 318, del 25-I-1993.
- Ley de la Corte de Cuentas de la República D.L. No. 438 del 3-VIII-1995, publicado en D.O. No. 176, Tomo No. 328 del 25-IX-1995.
- Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. D. L. No. 477 del 19-X-1995, D.O. No. 212, Tomo No. 329 del 16-XI-1995.
- Ley de Minería, D.L. No. 544 de 14 de diciembre de 1995, D.O. No. 16, Tomo No. 330 de 24 de enero de 1996
- Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, D.L. N° 894 de 27-XI-96, D.O. 238, Tomo. N°333 de 17-XII-1996
- Código Penal D.L. No. 1030 del 26 de abril de 1997, D.O. No. 105, T. No. 335 de 10-V-1997.
- Reforma D.L. No.280, D.O. No.32, Tomo No.350, del 13 de febrero de 2001
- Reforma D.L. No.486, D.O. No.144, Tomo No.352, del 31 de julio de 2001
- Reforma D.L. No. 371, del 9 de mayo de 2013, D.O. No. 102, Tomo No. 399, del 5 de junio de 2013

- Ley General de Electricidad D.L. N° 70, del 25-VII-1997, publicado en D.O. No. 138, Tomo Número 336, del 25-VII-1997.
- Ley de Telecomunicaciones D.L. No. 142 del 6-XI-1997, publicado en D.O. No. 218, Tomo No. 337 del 21-XI-1997.
- Ley de Medio Ambiente D. L. No. 233 del 2-III-1998, D. O. No. 79, T. 339, del 4-V-1998.
- Ley Contra el Lavado de Dinero D. L. No. 498 de 2-XII-1998, Publicado en D.O. No. 240, Tomo No. 341, del 23-XII-1998.
- Ley de Bancos D.L. No. 697 del 2-IX-1999, publicado en D.O. No. 181, Tomo No. 344, del 30-IX-1999.
- Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría D.L. No. 828 de 26-I-2000, publicado en D.O. No. 42, Tomo No. 346 de 29-II-2000.
- Ley de la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles. D. L. No. 825 del 26-I-2000. D.O. No. 40, tomo 346, del 25-II-2000.
- Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D. L. No. 868 del 5-IV-2000, D. O. No. 88, Tomo No. 347 de 15-V-2000.
- Código Tributario, D. L. N° 230 de 14-XII-200, publicado en D.O. N°241, T. 349 de 22-XII-2000.
- Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres D.L. No. 373 de 5-IV-2000, publicado en D.O. No. 81 Tomo No.351, del 2-V-2001.
- Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, D.L. N° 551, de 27-IX-2001, publicado en D.O. N° 204, Tomo N°353, de 29-X-2001
- Ley Orgánica de Aviación Civil D.L. No. 582, del 18-X-2001, D. O. No.198, Tomo No. 353, del 19-X-2001.
- Ley Antimaras, D.L. N° 158, de 9-X-2003, publicado en D.O. N° 188, tomo 361, correspondiente al 10-X-2003.
- Ley de Competencia D. L. No. 528, del 26-XI-2004, D.O. No. 240, Tomo No. 365, de 23-XII-2004.

- Reglamento de la Ley de Competencia, D.E. No. 126, de 5-XII-2006, D.O. No. 227, Tomo No. 373, de 5-XII-2006.
- Ley de Protección al Consumidor. D. L. No. 776, del 18-VIII-2005, D. O. No. 166, T. No. 368, del 8-IX-2005.
- Reforma D.L No. 286, del 31 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial N° 34, Tomo N° 398, del 19 de febrero de 2013.
- Ley de Ética Gubernamental (derogada) D.L. No. 1038 de 27-IV-2006, D.O. No. 90, Tomo N° 371, de 18-V-2006.
- Ley Disciplinaria Policial. D. L. 518 de 20-XII-2007, publicado en D.O. N° 10, Tomo 378 de 16-I-2008.
- Código Procesal Civil y Mercantil, D.L. No. 712, del 18 de septiembre de 2008. D.O. No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008.
- Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, D. E. N° 72 de 15-VIII-2000, D.O. 153, Tomo 348 de 18-VIII-2000.
- Código Procesal Penal D.L. No. 733, del 22 de octubre de 2008, publicado en D.O. No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009.
- Ley de Regulación del Sistema de Tarjetas de Crédito D.L. 181 de 21-XII-2009 publicado D.O. N° 241 Tomo N° 385, de 23 de diciembre de 2009.
- Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero D.L. N° 592, de 14-XI-2011, publicada en D.O. N°23, Tomo 390, de 2-II-2011.
- Ley de Acceso a la Información Pública, D.L. 534, del 2-XII-2010, publicado en D.O. No. 70, Tomo No. 391, del 8-IV-2011.
- Ley Marco para la Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas, Decreto No.: 661 de 31-III-2011, D.O. No. 80, Tomo No. 391 de 30-IV-2011
- Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas D.L. 695 de 29-IV-2011, D.O. N° 141, Tomo N° 392 de 27-VII-2011.
- Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial D.L. No. 644, de 11-III-2011. D.O. N.143. Tomo No. 392 de 29-VII-2011

- Ley de Ética Gubernamental, D.L. No. 873, del 13-X-2011, publicado en D.O. No. 229, Tomo No. 393, del 7-XII-2011.
- Ley de Usura D.L. 221 de 23-I-2013, D.O. N° 16 Tomo N° 398 de 24-I-2013.
- Ley Especial contra el Delito de Extorsión, Decreto Legislativo n° 953, de 18-III-2015, publicado en el Diario Oficial n° 56, tomo n° 406, de 23-III-2015.
- Decreto Ejecutivo No. 56 de fecha 6 de mayo de 2011, publicado en D.O. No 85, Tomo 391, del día 6 de mayo de 2011.

33. España

- Constitución Española de 31-X-1978 publicada en BOE N° 311 de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Publicado en BOE núm. 182 de 20 de julio de 1988.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en BOE núm. 285 de 27 de Noviembre de 1992.
- Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura. BOE núm. 72 de 25 de marzo de 1994.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, publicado en BOE de 30 de Julio de 1988
- Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en BOE de 14 de Enero de 1999.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 152 de 23 de junio de 2010
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dicta Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE N° 236, de 2 de octubre de 2015
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE N° 236, de 2 de octubre de 2015.
- Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

34. Otros

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

35. El Salvador

35.1. Jurisprudencia de salas de la Corte Suprema de Justicia

35.1.1. Sala de lo Constitucional.

Amparo

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-I-1997 en proceso bajo referencia 38-S-93.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 21-VII-1998, en proceso bajo referencia 62-97
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-X-1998, en proceso bajo referencia 150-97.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSSJ de 28-V-1999, en proceso bajo referencia 422-97.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 30-VI-1999 en proceso bajo referencia 143-98.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-VII-1999 en proceso bajo referencia 419-98.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 9-V-2000 en proceso bajo referencia 194-99.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 8-VI-2001 en proceso bajo referencia 957-99.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 12-II-2002 en proceso bajo referencia 183-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 12-II-2002 en proceso bajo referencia 514-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-II-2002 en proceso bajo referencia 454-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 4-III-2002 en proceso bajo referencia 270-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 22-III-2002, en proceso bajo referencia 58-2001.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 24-V-2002, en proceso bajo referencia 699-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 26-VII-2002, en proceso bajo referencia 342-2002.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 27-VIII-2002, en proceso bajo referencia 508-2001.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 11-XI-2003, en proceso bajo referencia 16-2001.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 15-VI-2004 en proceso bajo referencia 117-2003.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-IX-2004 en proceso bajo referencia 311-2001/491-2001.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 3-XI-2005 en proceso bajo referencia 785-2003.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 31-VIII-2006 en proceso bajo referencia Ref. 380-2003 y acum.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 20-VI-2008, en proceso bajo referencia 163-2005.
- sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 07-XI-2008, en proceso bajo referencia 103-2006.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 22-I-2010 en proceso bajo referencia 471-2005.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-VII-2011 en proceso bajo referencia 16-2009.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 25-XI-2011 en proceso bajo referencia 150-2009.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 7-VI-2013 en proceso bajo referencia 385-2010.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 15-XII-2014 en proceso bajo referencia 358-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 5-VI-2015 en proceso bajo referencia 230-2013.
- Resolución emitida por la SCN de la CSJ de 29-VII-2015 en proceso bajo referencia 65-2012AC.
- Resolución emitida por la SCN de la CSJ de 18-IX-2015 en proceso bajo referencia 34-2012.
- Resolución de improcedencia emitida por la SCN de la CSJ de 27-X-2010, en proceso bajo referencia 408-2010.
- Auto de admisión dictado por la SCN de la CSJ de 2-IX-2015, en proceso bajo referencia 434-2013.
- Auto de trámite de 26-II-2016 dictado por la SCN en proceso de amparo bajo referencia 713-2015.
- Auto de trámite de 9-III-2016 dictado por la SCN en proceso de amparo bajo referencia 713-2015

Inconstitucionalidades

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 25-I-1989 en proceso bajo referencia 10-87AC.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 12-III-1991 en proceso bajo referencia 1-1991.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 17-XII-1992 en proceso bajo referencia Inc. 2/3-1992.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-II-1997 en proceso bajo referencia 15-96 y Ac.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 1-XII-1998 en proceso bajo referencia Inc. 16-98.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 26-III-1999 en proceso bajo referencia Inc. 4-98.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 20-VII-1999 en proceso bajo referencia Inc. 5-99.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 23-III-2001 en proceso bajo referencia 8-97Ac.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 15-III-2002 en proceso bajo referencia Inc. 30-96/10-97/10-99/29-2001.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 03-XII-2002 en proceso bajo referencia Inc. 14-1999Ac.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-I-2003 en proceso bajo referencia Inc. 23-99.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-X-2003 en proceso bajo referencia Inc. 42-2000.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 11-XI-2003 en proceso bajo referencia Inc.16-2001.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 1-IV-2004 en proceso bajo referencia Inc. 52-2003/56-2003/57-2003.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-XII-2004, en proceso bajo referencia Inc. 17-2003.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 22-XII-2004 en proceso acumulado bajo referencia Inc. 8-2003/49-2003/2-2004/5-2004.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 12-VII-2005, en proceso bajo referencia Inc. 59-2003.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 25-IV-2006 en proceso bajo referencia 11-2004.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 23-X-2007 en proceso bajo referencia Inc. 35-2002.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 4-IV-2008 en proceso acumulado bajo referencia 40-2006/45-2006/60-2006.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 16-IV-2008 en proceso acumulado bajo referencia 105-2007/113-2007.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 18-IV-2008 en proceso bajo referencia 10-2007.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 20-II-2009 en proceso bajo referencia Inc. 84-2006
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 5-VI-2009 en proceso bajo referencia Inc. 108-2007.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 29-VIII-2009 en proceso bajo referencia Inc. 55-2006.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 9-V-2010 en proceso bajo referencia Inc.35-2009.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 25-VIII-2010 en proceso bajo referencia Inc. 1-2010/27-2010/28-2010.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-X-2010 en proceso bajo referencia Inc.17-2006.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 23-XII-2010 en proceso acumulado bajo referencia Inc. 5-2001/ 10-2001/ 24-2001/ 25-2001/ 34-2002/ 40-2002/ 3-2003/ 10-2003/ 11-2003/ 12-2003/ 14-2003/ 16-2003/ 19-2003/ 22-2003/ 7-2004, de 23-XII-2010.
- Sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 29-IV-2011, en el proceso bajo ref. Inc. 11-2005
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 7-XII-2012 en proceso acumulado bajo referencia ref. Inc. 7-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 16-XII-2012 en proceso acumulado bajo referencia 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 29-IV-2013 en proceso bajo referencia Inc. 18-2008.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 2-X-2013 en proceso bajo referencia Inc. 151-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 9-IV-2014 en proceso bajo referencia Inc. 176-2013.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 24-X-2014 proceso bajo referencia 33-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-II-2015 en proceso acumulado bajo referencia 21-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 24-VIII-2015 en proceso acumulado bajo referencia Inc. 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 31-VIII-2015 en proceso acumulado bajo referencia Inc. 115-2012.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 14-I-2016 en proceso bajo referencia Inc. 109-2013.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 30-III-2016 en proceso bajo referencia Inc. 110-2015.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 25-VII-2016, en proceso bajo referencia Inc. 85-2014.
- Resolución de Improcedencia emitida por la SCN de la CSJ de 23-VII-2004 en proceso bajo referencia Inc. 20-2004.
- Resolución de Improcedencia emitida por la SCN de la CSJ de 7-VII-2005 en proceso bajo referencia Inc. 31-2005.
- Resolución de Improcedencia emitida por la SCN de la CSJ de 12-XI-2010 en proceso bajo referencia Inc. 40-2009.
- Resolución de Improcedencia emitida por la SCN de la CSJ de 26-X-2015, en proceso bajo referencia Inc. 94-2015.
- Resolución de admisión parcial emitida por la SCN de la CSJ de 25-IV-2014, en proceso bajo referencia Inc. 94-2013.

Habeas Corpus

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 13-II-1996 en proceso bajo referencia 1-B-95.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 6-VI-1996 en proceso bajo referencia 11-S-96.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 5-XII-2002 en proceso bajo referencia 12-2002.

- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 23-X-2002 en proceso bajo referencia 14-2002
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 16-XI-2005 en proceso bajo referencia 110-2005.
- Sentencia emitida por la SCN de la CSJ de 8-VII-2008, en proceso bajo referencia 38-2008

35.1.2. Sala de lo Contencioso Administrativo

- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 30-V-1997 en proceso bajo referencia 28-H-95.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 24-II-1998 en proceso bajo referencia 36-G-95.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 20-III-1998 en proceso bajo referencia 75-A-95.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 9-VIII-1997 en proceso bajo referencia 39-D-96.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 27-10-1998 en proceso bajo referencia 8-T-92.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 19-X-1999 en proceso bajo referencia 53-D-98.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-XI-1999 en proceso bajo referencia 142-M-98.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 27-VI-2000 en proceso bajo referencia 38-E-99.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 19-XII-2000 en proceso bajo referencia 149-M-99.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 25-IX-2001 en proceso bajo referencia 134-A-98.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-V-2002 dictada en proceso bajo referencia 127-R-2000.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 13/VI/2002 en proceso bajo referencia 33-O-2000.

- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 9-VII-2002, en proceso bajo referencia 175-A-2000.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 21-V-2003 en proceso bajo referencia 228-M-2002.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 8-IV-2003 en proceso bajo referencia 113-P-2001.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 24-VI-2003 en proceso bajo referencia 190-C-01.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 26-VI-2003 en proceso bajo referencia 125-R-2000.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 30-VI-2003 en proceso bajo referencia 45-I-2000.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 25-VIII-2003 en proceso bajo referencia 47-O-2002.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-IX-2003 en proceso bajo referencia 54-T-2002.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 9-II-2004 en proceso bajo referencia 219-M-2001.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 19-XII-2004 en proceso bajo referencia 64-L-2001.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 23-V-2005 en proceso bajo referencia 130-P-2002.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 5-VII-2005 en proceso bajo referencia 110-P-2001.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 24-II-2006 en proceso bajo referencia 63-I-2001.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 8-II-2007 en proceso bajo referencia 318-M-2004.

- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 28-XI-2007 en proceso bajo referencia 87-T-2003
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 31-III-2008 en proceso bajo referencia 8-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 6-VI-2008 en proceso bajo referencia 31-2004AC.
- Sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 20-I-2009, Inc. 84-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-VIII-2008 en proceso bajo referencia 306-A-2004.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 06-II-2008 en proceso bajo referencia 68-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 9-III-2009 en proceso bajo referencia 204-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 3-IV-2009 en proceso bajo referencia 78-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 13-VII-2009 en proceso bajo referencia 174-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 28-VIII-2009 en proceso bajo referencia Ref.170-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 21-IX-2009 en proceso bajo referencia 281-C-2002.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 24-IX-2009 dictada en proceso bajo referencia 269-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 30-XII-2009 en proceso bajo referencia 107-D-2004.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 26-III-2010 en proceso bajo referencia 181-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 14-VI-2010 en proceso bajo referencia 456-2007.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 17-XII-2010 proceso bajo referencia 144-2005.

- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 18-I-2011 proceso bajo referencia: 132-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 6-IV-2011 en proceso bajo referencia 156-2005.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 18-II-2011 en proceso bajo referencia 02-2006.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 27-VIII-2012 en proceso bajo referencia 257-2009.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 5-IX-2012 en proceso bajo referencia 116-2009.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 26-X-2012 en proceso bajo referencia 459-2007. Modificada por:
 - Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 26-VI-2015 en proceso bajo referencia 459-2007
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-X-2012 en proceso bajo referencia 152-2009.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 19-XII-2012 en proceso bajo referencia 377-2009.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 22-III-2013 en proceso bajo referencia 167-2010.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 3-II-2014 en proceso bajo referencia 376-2007.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-IX-2014 en proceso bajo referencia 57-2010.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-VI-2016 en proceso bajo referencia 339-2011.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 27-VII-2016, en proceso bajo referencia 266-2007.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 27-VII-2016, en proceso bajo referencia 142-2009.

- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-VII-2016, en proceso bajo referencia 238-2011.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 29-VI-2016, en proceso bajo referencia 46-2010.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 31-VIII-2015 en proceso bajo referencia 458-2013.
- Sentencia emitida por la SCA de la CSJ de 5-IX-2016, en proceso bajo referencia 48-2010.
- Auto de admisión pronunciado por la SCA de la CSJ de 3-V-2014, en proceso bajo referencia 151-2014.

35.1.3. Sala de lo Penal

- Sentencia emitida por la SPN de la CSJ de 5-X-2004 en proceso bajo referencia 23-CAS-2003.
- Sentencia emitida por la SPN de la CSJ de 30-IX-2003, en proceso bajo referencia 68-2003.
- Sentencia emitida por la SPN de la CSJ de 18-X-2006, en proceso bajo referencia 61-CAS-2006.

35.2. Jurisprudencia Tribunales de Sentencia en materia Penal

- Sentencia definitiva dictada por Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de 06-I-2004, en proceso bajo referencia P0103-01-2004.
- Sentencia definitiva dictada por Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de 05-IV-2005, en proceso bajo referencia P0103-43-2005.
- Sentencia definitiva dictada por Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel de 16-VI-2005, en proceso bajo referencia P0301-51-2005.
- Sentencia dictada por el Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel de 1-X-2007, en proceso bajo referencia P0301-165-2007.

36. España

36.1. Tribunal Supremo Español

- STS de 9 de marzo de 1972.
- STS de 28 de octubre de 1974.
- STS de 30 de enero de 1978.
- STS de 29 de septiembre de 1980.
- STS de 13 de enero de 1981.
- STS de 16 de octubre de 1981.
- STS de 19 de octubre de 1983.
- STS de 14 de julio de 1986.
- STS de 13 de julio de 1987.
- STS de 18 de septiembre de 1987.
- STS de 30 de enero de 1988.
- STS de 5 de febrero de 1988.
- STS de 22 de febrero de 1988.
- STS de 3 de mayo de 1988.
- STS de 29 de marzo de 1990.
- STS de 6 de abril de 1990.
- STS de 19 de abril de 1990.
- STS de 28 de mayo de 1990.
- STS de 4 de junio de 1991.
- STS de 18 de noviembre de 1991.
- STS de 30 de noviembre de 1991.
- STS de 29 de abril de 1993.
- STS de 7 de marzo de 1996.
- STS de 26 de septiembre de 1996.
- STS de 20 de enero de 1997.
- STS de 29 de enero de 1997.
- STS de 29 de septiembre de 1997.
- STS de 5 de diciembre de 1997.
- STS de 13 de enero de 1998.
- STS de 23 de enero de 1998.
- STS de 4 de marzo de 1998.
- STS de 27 de marzo de 1998.
- STS de 28 de abril de 1998.
- STS de 6 de mayo de 1998.
- STS de 27 de noviembre de 1998.
- STS de 23 de junio de 1999.
- STS de 24 de julio de 2000.
- STS de 26 de marzo de 2001.
- STS de 7 de noviembre de 2001.
- STS de 26 de enero de 2002.
- STS de 15 de febrero de 2002.
- STS de 1 de abril de 2002.

- STS de 17 de abril de 2002.
- STS de 10 de mayo de 2002.
- STS de 23 de septiembre de 2002.
- STS de 18 de marzo de 2003.
- STS de 26 de mayo de 2003.
- STS de 25 de septiembre de 2003.
- STS de 22 de noviembre de 2004.
- STS de 2 de junio de 2005.
- STS de 21 de marzo de 2006.
- STS de 20 de febrero de 2007.
- STS de 12 de abril de 2007.
- STS de 30 de mayo de 2007.
- STS de 5 de junio de 2007.
- STS de 13 de junio de 2007.
- STS de 20 de noviembre de 2007.
- STS de 22 de julio de 2008.
- STS de 22 de enero de 2009.
- STS de 20 de marzo de 2009.
- STS de 23 de julio de 2009.
- STS de 10 de junio de 2014.
- STS de 2 de septiembre de 2015.
- STS de 29 de febrero de 2016.

36.2. Tribunal Constitucional

- STC 2/1981, de 30 de enero.
- STC 14/1981, de 29 de abril.
- STC 18/1981, de 8 de junio.
- STC 22/1981, de 2 de julio.
- STC 34/1981 de 10 de noviembre.
- STC 68/1982, de 22 noviembre.
- STC 37/1982, de 16 de junio.
- STC 62/1982, de 15 de octubre.
- STC 3/1983, de 25 de enero.
- STC 77/1983, de 3 de octubre.
- STC 122/1983, de 16 de diciembre.
- STC 75/1984, de 27 de junio.
- STC 51/1985, de 10 de abril.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 99/1985 de 30 de septiembre.
- STC 36/1986 de 12 de marzo.
- STC 131/1986, de 29 de octubre.
- STC 42/1987, de 7 de marzo.
- STC 42/1987, de 7 de abril.
- STC 133/1987 de 21 de julio.
- STC 160/1987 de 27 de octubre.
- STC 219/1988, de 22 de noviembre.

- STC 29/1989, de 6 febrero.
- STC 20/1990 de 15 de febrero
- STC 76/1990, de 26 de abril.
- STC 83/1990, de 4 de mayo.
- STC 127/1990, de 5 de julio.
- STC 154/1990 de 15 de octubre.
- STC 182/1990, de 15 de noviembre.
- STC 207/1990, de 17 de diciembre.
- STC 6/1991, de 15 de enero.
- STC 60/1991, de 14 de marzo.
- STC 149/1991, de 4 de julio.
- STC 150/1991, de 4 de julio.
- STC 234/1991, de 10 de diciembre.
- STC 246/1991, de 19 de diciembre.
- STC 118/1992, de 16 de septiembre
- STC 119/1992, de 18 de septiembre.
- STC 89/1993, de 12 de marzo.
- STC 111/1993, de 25 de marzo.
- STC 158/1993, de 6 de mayo.
- STC 102/1994, de 11 de abril.
- STC 120/1994, de 25 de abril.
- STC 146/1994, de 12 de mayo.
- STC 320/1994, de 28 de noviembre.
- STC 177/1994, de 10 de junio.
- STC 48/1995, de 14 de febrero.
- STC 66/1995, de 8 de mayo.
- STC 89/1995, de 6 de junio.
- STC 102/1995, de 26 de junio.
- STC 329/1995 de 11 de diciembre.
- STC 34/1996, de 11 de marzo.
- STC 55/1996, de 28 de marzo.
- STC 66/1996, de 28 de marzo.
- STC 76/1996, de 30 de abril.
- STC 212/1996, de 19 de diciembre.
- STC 14/1997, de 28 de enero.
- STC 161/1997, de 2 de octubre.
- STC 56/1998, de 16 de marzo
- STC 14/1999, de 22 de febrero.
- STC 116/1999, de 17 de junio.
- STC 136/1999, de 20 de julio.
- STC 142/1999, de 22 de julio.
- STC 177/1999, de 11 de octubre.
- STC 47/2000, de 17 de febrero.
- STC 60/2000, de 2 de marzo.
- STC 77/2000, de 27 de marzo.
- STC 235/2000, de 5 de octubre.

- STC 132/2001, de 8 de junio.
- STC 75/2002, de 8 de abril.
- STC 166/2002, de 18 de septiembre
- STC 2/2003, de 16 de enero.
- STC 3/2003, de 16 de enero.
- STC 24/2004, de 24 de febrero
- STC 63/2004, de 24 de febrero.
- STC 218/2005, de 12 de septiembre.
- STC 242/2005, de 10 de octubre.
- STC 86/2006, de 27 de marzo.
- STC 129/2006, de 24 de abril.
- STC 293/2006, de 10 de octubre
- STC 236/2007, de 7 de noviembre.
- STC 97/2009, de 27 de abril.
- STC 60/2010, de 7 octubre.
- STC 160/2012, de 20 de septiembre.
- Auto del TC 369/1984 de 20 de junio.

37. Tribunales supranacionales

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 junio 1976, Caso Engel y otros contra Holanda;
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30-I-2014, caso LIAKAT ALI ALIBUX VS. SURINAME
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18-XI-2004, caso DE LA CRUZ FLORES vs. PERÚ.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2-II-2001, caso BAENA RICARDO y otros vs. Panamá

OTROS DOCUMENTOS

38. El Salvador

- Anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos y Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Corte Suprema de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, San Salvador, 2014
- Documentos de Apoyo al Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, San Salvador, Ministerio de Justicia-Ediciones Último Decenio, 1994.
- MENA GUERRA, Ricardo, *Revisión y Análisis de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Consultoría BID27/2007*, San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2007.
- Expediente de la Comisión Financiera de la Asamblea Legislativa de el Salvador con número de referencia 1102-10-2010-1.
- Expediente de trabajo de la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa de El Salvador bajo el número de referencia 1102-10-2010-1.
- Expediente de trabajo de la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa de El Salvador bajo el número de referencia 1102-10-2010-2.
- Transcripción taquigráfica de la sesión plenaria ordinaria de la Asamblea Legislativa de El Salvador no. 102, de fecha 23 de junio de 2011.
- Transcripción taquigráfica de la sesión plenaria ordinaria de la Asamblea Legislativa de El Salvador no. 94, de fecha 29 de abril de 2011.

39. España

- La Responsabilidad Penal de las Sociedades. Actuación en Nombre de Otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los Subordinados. Volumen 7, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- *MEMENTO EXPERTO, Colecciones Infracciones y Sanciones. Reglas Generales*, Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2012.
- Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal.

- Dictamen de Consejo de Estado N° 3306/1998 de 10 de septiembre de 1998, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan las disposiciones s/ Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

40. Otros

- Ley panameña No. 24 de 22 de mayo de 2002, modificada por la Ley No. 14 de 18 de mayo 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.