

# LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por Henry Orellana<sup>1</sup>

**SUMARIO:** A manera de introducción. 1. El contenido del principio. 2. La reserva de ley: nulla poena sine lege scripta. 2.1. Reserva de ley absoluta y relativa. 2.2. La reserva de ley penal en la Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreña: un cambio de paradigma por ministerio de ley. 3. Principio de taxatividad: nulla poena sine lege certa. 4. Límites al ejercicio de potestad normativa de la administración en el marco del principio de legalidad penal. 4.1. El papel de los reglamentos. 4.2. Normas penales en blanco. 5. El curioso caso del inconstitucional Art. 44 LSRSF. 5.1. Sobre lo que está prohibido, conforme el Art. 44 LSRSF. 5.2. Antecedentes jurisprudenciales. 5.3. Sentencias de la SCA sobre el Art. 44 LSRSF. 5.4. De la resolución 27-2018 de 7-I-2019 y de cómo la SCN rescató el Art. 44 LSRSF

Diciembre, 2020

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio no es escudriñar una vez más en el contenido del principio de legalidad. Tanto en el ámbito nacional como extranjero existen incontables trabajos, sentencias y precedentes administrativos que se han encargado de dicha tarea con resultados bastante parecidos, por lo que nos limitaremos a referirnos a aquellos contenidos esenciales para nuestra exposición.

Durante esta investigación, en el plano teórico hemos encontrado muy pocas disidencias sobre los alcances del principio. Pero, a pesar de esta aparente homogeneidad de criterios, en la práctica, la aplicación de la dogmática a la solución de los casos produce respuestas y opiniones variopintas: estamos de acuerdo en el concepto de reserva de ley, normas penales en blanco, en aceptar la colaboración reglamentaria, y otros. Pero dicho acuerdo desaparece cuando analizamos los alcances concretos de tales figuras: ¿basta que la ley haga una

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Dr. José Matías Delgado- UJMD- (2017). Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Autónoma de Barcelona –UAB- (2014). Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios –ESEN- (2008). Profesor del programa de Doctorado en Derecho Privado de la UAB y de la UJMD. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la UJMD. Profesor de postgrado y cursos especializados en derecho administrativo. Abogado y Notario autorizado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

remisión abierta a otras normas? ¿establecer como infracción el incumplir un cuerpo de normas, cumple con el principio de legalidad? ¿Puede la Administración en el acto sancionador o los tribunales en sus sentencias, llenar de contenido la norma tipificadora?<sup>2</sup>.

Lo cierto es que el principio de legalidad está en crisis. Para el caso salvadoreño, la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) introdujo cambios relevantes respecto de su antecedente en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (LPIAMA). La jurisprudencia no termina de sentar su postura sobre la reserva de ley (absoluta o relativa). La administración puja por tener más armas para castigar.

Este trabajo tiene por objeto, primero, estudiar la configuración constitucional y legislativa del principio en el ordenamiento jurídico salvadoreño, con especial énfasis en los cambios aportados por la LPA. Segundo, analizar la aplicación del principio en casos concretos para, tercero, identificar sus aciertos y desaciertos.

Para cumplir tal fin y con el ánimo de hacernos entender, hemos dividido este estudio en cinco partes. La primera es la ineludible exposición del contenido básico del principio de legalidad, que permitirá delimitar la configuración de éste en el ordenamiento jurídico salvadoreño. En los apartados dos y tres nos encargaremos de la reserva de ley y la taxatividad como integrantes de la legalidad sancionadora, pues es ahí donde se ha alojado un cáncer especialmente maligno para el Estado de Derecho. Omitiremos el estudio de otros contenidos del principio por no ser relevantes a nuestro objeto.

En el apartado cuatro abordaremos los límites al ejercicio de la potestad normativa de la administración pública porque su correcta concepción es esencial para definir los linderos de

---

<sup>2</sup> A propósito, véase la sentencia 1-20-RA-SCA, de 13-III-2020, pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador. En su resolución, la SCA reconfiguró el Art. 158 romano V, letra b) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Dicha disposición tipifica como infracción administrativa “INVOCAR HECHOS FALSOS PARA OBTENER LA ADJUDICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN” y le asigna como castigo único la inhabilitación por 5 años fijos. La SCA procedió a interpretar la norma para entender que la misma establece un rango, en el sentido que, ante la comprobación de la infracción, la Administración puede castigar con inhabilitación de 1 a 5 años. Esa norma administrativa sancionadora no existe en la ley. La SCA la creó vía jurisprudencia. Si se estima que una disposición es inconstitucional porque inobserva principios como la proporcionalidad, entonces se debe inaplicar, no crear otra vía sentencia. En el camino, la SCA también sostuvo que, si una norma sancionadora no distingue en el elemento volitivo de la infracción, el aplicador puede entender que la misma admite la comisión dolosa y culposa, lo cual no es cierto. Ello porque este es un elemento de la tipicidad sujeto a reserva de ley, conforme el Art. 15 Cn.

la reserva de ley y las exigencias del principio de tipicidad. Finalmente, el apartado cinco tratará de un caso curioso en nuestra jurisprudencia que no es otro que el inconstitucional pero válido Art. 44 LSRSF.

El enfoque de este trabajo es el derecho salvadoreño. Pero no dejaremos de lado la doctrina y jurisprudencia extranjera, sobre todo la española. Ello porque los Art. 139.1 y 2 de nuestra LPA está innegablemente influenciados por <son una copia> el Art. 27.3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, española (LRJSP).

### **1. El contenido del principio de legalidad**

El principio de legalidad penal, bajo lo formulación clásica del *nullum crimen nulla poena sine lege*, está contenido en el Art 15 CN<sup>3</sup> y es considerado inherente al Estado de Derecho. Dicho principio se configura como una garantía para el ciudadano e implica que el Estado solo puede imponer un castigo si previamente existe una norma con rango de ley que determine la ilicitud de la acción y su consecuencia punitiva.

Al igual que en el derecho penal, el principio de legalidad punitiva es aplicable al derecho administrativo sancionador desde el Art. 15 CN y se conjuga con el Art.86 inciso 3° CN<sup>4</sup>. Este último contiene el principio de legalidad administrativa y constituye un principio rector de la actividad estatal que limita su ámbito de acción. Por ello, la administración pública únicamente puede castigar, sí y solo sí, existe una ley que le reconozca expresamente tal facultad.

---

<sup>3</sup> 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”. Como en breve explicaremos, la introducción de la LPA en el ordenamiento salvadoreño debe obligar a los tribunales a redefinir el contenido de este principio.

<sup>4</sup> Art. 86 inc. 3° CN: *Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.*

Por ende, tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionador, toda restricción de derechos debe tener fundamento en un acto normativo emanado del Órgano Legislativo.

El contenido del principio de legalidad penal exige que la ley sea *certa, praevia, scripta et stricta*, (ley cierta, ley previa, ley positiva)<sup>5</sup>. 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 de modo que prevea las consecuencias de sus acciones<sup>6</sup>. La SCA sostiene 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 contenido<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> 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 praevia*) 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 sentencia de 21-IX-2009, dictada por la SCA en proceso bajo referencia 281-C-2002. La doctrina también reconoce a éstos como los contenidos del principio de legalidad, Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo. Parte General. 4º edición, Madrid, Tecnos, 2008. 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.

<sup>6</sup> 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 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.

<sup>7</sup> Véase sentencia bajo Ref. 219-M-2001, de 9-II-2004, 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

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. Sostiene que conlleva la tipicidad o descripción estereotipada de las conductas consideradas como ilícitas y sus correspondientes penas<sup>8</sup>, lo que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva<sup>9</sup>.

El TC también sostiene que el principio de legalidad alude a las características o cualidades que deben informar la construcción y aplicación de las normas penales, porque éstas 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*”.

Tradicionalmente se ha reconocido que el principio de legalidad está integrado por tres sub principios: reserva de ley, tipicidad(o taxatividad) y prohibición de analogía. Para los efectos de este trabajo nos referiremos únicamente a los dos primeros.

## **2. La reserva de ley: nulla poena sine lege scripta**

---

*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”.*

<sup>8</sup> En el mismo sentido véase SSTC 37/1982; 182/1990; 102/1994; y 120/1994. Véase también *resolución definitiva dictada por el TSDC* de 10-X-2007, dictada en procedimiento Ref. 876-06.

<sup>9</sup> 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*”.

La reserva de ley constituye una garantía formal a favor del ciudadano y hace alusión al rango constitucionalmente necesario de las normas jurídicas que crean infracciones y sus castigos<sup>10</sup>. Así lo entiende también la SCA quien ha expresado de manera reiterada que la acción prohibida y la sanción deben aparecer descritas con suficiente precisión en una norma con rango de ley<sup>11</sup>.

Esta garantía 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 áreas<sup>12</sup>, lo cual no excluye la colaboración reglamentaria.

Precisamente este último aspecto es el que genera el debate sobre si en el derecho administrativo sancionador debe prevalecer la reserva de ley absoluta o relativa, tópico al cual procedemos a referirnos.

## **2.1. Reserva de ley absoluta y relativa**

Sobre la base del Art. 15 CN y su desarrollo legislativo en el Art. 1, inciso 1° del Código Penal (CPN)<sup>13</sup>, en materia penal se da por sentado que la reserva de ley rige de forma

---

<sup>10</sup> 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”*.

<sup>11</sup> Véase sentencia dictada por la SCA de 28-VIII-2009, ref. 170-2005. Dicho principio implica que 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. 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.

<sup>12</sup> 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”*

<sup>13</sup> Art. 1.CPN, inciso 1°: *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.*

absoluta. Y tal asunción no se ve afectada por admitir la existencia de normas penales en blanco<sup>14</sup>, figura a la cual nos referiremos en un apartado posterior.

Sin perjuicio del estudio comparativo de normas que desarrollaremos en párrafos posteriores, tradicionalmente en el derecho administrativo sancionador, la reserva de ley ha sido 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. Lo anterior equivale a una reserva de ley relativa en materia administrativa sancionadora.

Autores como Huergo Lora<sup>15</sup> sostienen que, en el derecho administrativo sancionador, la posición del principio de legalidad se encuentra en un punto intermedio entre su tratamiento en el derecho penal y frente a las potestades administrativas. Esto 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.

Por su parte, Garberí Llobregat<sup>16</sup> admite que, bajo una interpretación rígida, la reserva de ley ordinaria nos llevaría a concluir una imposibilidad absoluta de remitir a norma de rango inferior los elementos propios de la materia sancionadora. Pero en el derecho administrativo sancionador, afirma el autor, debe admitirse cierta flexibilidad.

---

<sup>14</sup> Véase sentencia de inconstitucionalidad dictada por la SCN de la CSJ de 8-VII-2015, en proceso bajo referencia Inc. 108-2012. *La ley penal en blanco es toda aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualesquiera que sea su origen y ubicación de esta última (la ley penal en blanco). Generalmente, tal complementación implica 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.)*

<sup>15</sup> Véase HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 364-367

<sup>16</sup> Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Volumen II, Barcelona, Editorial BOSCH, 2012, p. 219.

El TC español ha justificado esta flexibilidad (STC 42/1987, de 7 de abril) en su modelo constitucional de distribución de potestades públicas, en la consecuente potestad reglamentaria de la administración y en razones de prudencia o de oportunidad.

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 ley<sup>17</sup>.

## **2.2. La reserva de ley penal en la Ley de Procedimientos Administrativos salvadoreña: un cambio de paradigma por ministerio de ley**

Conviene ahora estudiar el desarrollo legislativo de la reserva de ley penal en la Ley de Procedimientos Administrativos. Partamos recordando que, al igual que sucede en el derecho penal, la base constitucional de la reserva de ley en materia administrativa sancionadora es el Art. 15 CN. Luego, verifiquemos el desarrollo normativo del principio en cada área.

El principio de legalidad punitiva está regulado en el Art. 1 CPn y 139.1 LPA. Ambas disposiciones, en lo pertinente al principio, inician invocando la reserva de ley para la creación de ilícitos. Luego, proceden a delimitar el principio de tipicidad demandando los mismos adjetivos calificativos que deben predicarse respecto de la norma penal: *precisa e inequívoca*. Finalmente, las disposiciones expresamente prohíben la interpretación analógica<sup>18</sup>. Presentamos a continuación la redacción de tales disposiciones:

---

<sup>17</sup> 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 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 administrativa 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.”

<sup>18</sup> De manera intencionada dejamos por fuera en esta ocasión el análisis del principio de irretroactividad.

Código Penal	LPA
<p>PRINCIPIO DE LEGALIDAD</p> <p>Art. 1.- Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión <b>que la ley penal</b> 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.</p>	<p>Art. 139. Principios de la potestad sancionadora.</p> <p>1. Reserva de Ley: la potestad sancionadora de la Administración Pública se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida <b>por una norma con rango de Ley</b> y siguiendo el procedimiento previsto para su ejercicio;</p>

La regulación del principio de legalidad por la LPA no debe tomarse a la ligera. Esta representa, además de un gran avance, una acción consiente del legislador por modificar el escenario normativo preexistente. El antecedente directo lo ubicamos en el Art. 2 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (LPIAMA), que permitía que los ilícitos administrativos fueran creados también por normas infra legales:

*LPIAMA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Art. 2.- 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.*

Por carecer de vigencia, ya no es relevante discutir sobre la constitucionalidad de esta última disposición que permitía la deslegalización absoluta la norma sancionadora. Pero sirve la comparación para identificar la postura legislativa vigente respecto a la reserva de ley. Para quien escribe estas líneas, no queda duda que a la luz del Art. 139.1 y 2 LPA, en el derecho administrativo sancionador salvadoreño, el principio de reserva de ley opera de manera estricta, al igual que en el derecho penal. En otras palabras, el legislador ha optado por brindar igual tratamiento al principio de legalidad en materia penal que en materia administrativa sancionadora.

Resulta una verdadera paradoja que, frente a este evidente cambio legislativo, la jurisprudencia salvadoreña mantenga el mismo criterio interpretativo sobre los alcances del principio. Y lo que es peor, en algunos casos ha optado por flexibilizar el mismo por la vía de interpretación, como más adelante exponremos.

Las normas penales en blanco son un ejemplo válido de colaboración reglamentaria, por ende, en el derecho penal también se admite esta participación, lo que descarta la idea que esto sea un matiz entre dicha materia y el derecho administrativo sancionador. Al contrario, demuestra que, al menos en este principio, el legislador de la LPA ha sido aún más garantista al definir cuál es el papel de los reglamentos y las normas administrativas<sup>19</sup>.

En el ámbito criollo ya existen pronunciamientos categóricos sobre este cambio legislativo, asumiendo la expulsión de la reserva de ley relativa del ámbito administrativo sancionador. Una de las voces más autorizadas del derecho administrativo salvadoreño, el profesor Ricardo Mena Guerra expresa: (...) *el artículo 139 numeral 1 de la LPA no hace tal distingo en la aplicación del principio de reserva de ley –absoluta y relativa-, es decir, el legislador optó por no minimizar este principio en su aplicación en el DAS o el derecho disciplinario. En ese sentido, el principio de reserva de ley regulado por la LPA debe de ser aplicado de forma homogénea y en su mayor intensidad para todas las infracciones y sanciones administrativas (reserva absoluta), conforme el art. 15 de la Constitución (...)*<sup>20</sup>.

Compartimos la postura antes citada porque la LPA no deja lugar a dudas que, en el derecho administrativo sancionador salvadoreño, rige la reserva de ley penal absoluta. Las normas inferiores a la ley no pueden introducir nuevas infracciones. Es la ley, y solo la ley, el instrumento constitucionalmente idóneo para crear infracciones administrativas y sus correspondientes castigos.

---

<sup>19</sup> Véase ORELLANA SÁNCHEZ, H., “Los títulos de imputación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador salvadoreño” publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Director: Ricardo Mena Guerra, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp.33-52. Esto es importante porque se pone fin a la discusión sobre la aplicación matizada de los principios penales al derecho administrativo sancionador. He tenido ya la oportunidad en diversos foros académicos de expresar las razones por las cuales, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, estoy en contra de la teoría de la aplicación matizada de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador. En síntesis, hemos rechazado 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 Sancionador. Es decir, que la matización aludida no debe 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 cotidianamente tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador.

<sup>20</sup> Véase MENA GUERRA, R., “Particularidades y matizaciones de los principios del derecho administrativo sancionador”, publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Pp. 53-96. San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp.53-97.

Empero, no desconocemos que los reglamentos y otras normas administrativas tienen un papel que cumplir. Por ello, el panorama legislativo no está completo si no introducimos en nuestro análisis el estudio de los límites al ejercicio de la potestad normativa de la administración, aspecto al cual dedicaremos un apartado posterior.

### **3. 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 inequívoca<sup>21</sup>. Ello con el objetivo que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas que pudiesen derivar de su conducta<sup>22</sup>. Se trata de garantizar la seguridad jurídica de los administrados<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Véase MESTRE DELGADO, J., “Principio de tipicidad”, en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 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., *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte general. 3ª edición, Navarra, Aranzadi, 2013, 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 “*íntima 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*”.

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, pero no con el otro: la norma reglamentaria puede contener una mejor construcción típica que una norma con rango de ley formal<sup>24</sup>.

Tal distinción es trascendental. Si la reserva de ley no se va afectada por la colaboración reglamentaria y la existencia de normas penales en blanco, la tipicidad no admite modulación alguna. El ciudadano debe conocer con exactitud qué está prohibido de manera clara, precisa e inequívoca así como las consecuencias de su incumplimiento.

El principio de taxatividad constituye un aspecto material del principio de legalidad, pues obliga al legislador a determinar normativamente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en el ámbito administrativo sancionador. Por ello, inobservan este principio todas aquellas normas que pretende englobar o generalizar incumplimientos abstractos como infracciones.

El TC español, en su STC 242/2005, de 10 de octubre<sup>25</sup>, expone sobre este punto que:

*“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”.*

---

<sup>24</sup> Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., El procedimiento administrativo sancionador, V. 1, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 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.

<sup>25</sup> En el mismo sentido véase también STC 129/2006, de 24 de abril.

La SCA ya se ha referido a este tipo de normas<sup>26</sup> al analizar la constitucionalidad del Art. 37 de la derogada Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (LOSSF) y del también derogado Art. 44 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores (LOSV). Ambas normas tipificaban infracciones administrativas de manera abierta. Citamos como ejemplo el mencionado Art. 44 LOSV que expresaba:

*“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 que la aplicación de normas que creen ilícitos administrativos mediante el uso de cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, contraviene el principio de tipicidad y, por consiguiente, los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 1 y 86 CN. Luego, al analizar de manera concreta el Art. 44 citado, la SCA 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*

---

<sup>26</sup> 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.

*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”.*

Los citados Art. 37 LOSSF y Art. 44 LOSV son los antecedentes normativos directos del actual y vigente Art. 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), que adolece de los mismos vicios y, quizá, de manera más evidente. Sin embargo, inexplicablemente la SCN ha bendecido su vigencia como lo explicaremos en un apartado venidero.

#### **4. Límites al ejercicio de potestad normativa de la administración en el marco del principio de legalidad penal**

##### **4.1. El papel de los reglamentos**

Los reglamentos o normas administrativas tienen un papel de colaboración respecto a la ley administrativa sancionadora. Dicho papel está delimitado conforme los Art. 139.2 y 161 inciso 3°, ambas de la LPA, que expresan:

- Art. 139 numeral 2 LPA: *“(…) podrá acudir a los reglamentos o normas administrativas para desarrollar o introducir especificaciones al cuadro de*

*infracciones o sanciones legalmente establecidas, pero sin crear nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites fijados por la ley*<sup>27</sup>.

- Art. 161 inciso 3º LPA que introduce como límite a la potestad reglamentaria de la administración pública lo siguiente: *“Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, las normas administrativas no podrán tipificar infracciones ni sanciones administrativas, establecer delitos o penas, (...)”*

La interpretación normativa debe ser coherente e integrar las diversas disposiciones que convergen en el asunto que nos ocupa. Por ello, la hermenéutica de las normas antes citadas debe realizarse de manera armónica con el Art. 139.1 LPA al que ya nos hemos referido.

Esta integración normativa nos permite afirmar que cualquier remisión a un reglamento o norma administrativa no puede ser llana o abierta. En otras palabras, no bastará que la ley reconozca a la administración pública la potestad de imponer sanciones para que ésta proceda a crear su propio cuadro de ilícitos. Tampoco puede admitirse la existencia de leyes extremadamente indeterminadas, que impliquen la deslegalización de la infracción administrativa y su sanción. Frases como *“el incumplimiento de cualquier reglamento”*, o *“incurrir en incumplimiento a cualquier norma de la Ley o Reglamento”*, etc., no pueden considerarse constitucionalmente válidas a la luz del contenido del principio de reserva de ley<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Véase Art. 27.3 LRJSP española, o Ley 40/2015. El legislador salvadoreño trasladó íntegramente el contenido de este artículo, que en su origen reza: *“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”*.

<sup>28</sup> Véase AMENÓS ÁLAMO, J. “La vigente regulación de la potestad sancionadora en el Derecho Español” publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Director: Ricardo Mena Guerra, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp.9-31. Al analizar los alcances del principio de tipicidad y la colaboración reglamentaria en el derecho español, el autor expone que la vigencia de éste *“(...) no quiere decir que no se admitan los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, pero estos deben poder concretarse a través de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Igualmente, se admiten las denominadas “normas sancionadoras en blanco”, que remiten parcialmente su contenido a otras normas. Ahora bien, la jurisprudencia viene exigiendo que el reenvío sea expreso, que la norma en blanco contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza en la determinación de lo que está exactamente prohibido. Por supuesto, no cabe que la Administración tipifique ex novo las conductas ilícitas (STC 97/2009 y 13/2013). La tipicidad, en fin, ha de estar también presente a la hora de resolver, ya que debe motivarse en cada resolución sancionadora cuál es su cobertura y qué tipo se ha aplicado (STC 218/2005)”*.

El legislador de la LPA arroja pistas sobre cuál puede ser el papel del reglamento, que equivale a decir cuál es el límite al ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración pública. Al respecto, el Art. 139.2 LPA introduce la frase “(...) *para desarrollar o introducir especificaciones (...)*”. Por su parte, el Art. 161 inciso 3° LPA contiene la expresión: (...) *función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley (...)*”.

En principio, lo deseable es que sea la ley quien determine todos los elementos del tipo administrativo sancionador y su castigo. A esta aspiración, la tesis mayoritaria opone la imposibilidad material que representa exigir que sea la Asamblea Legislativa la que se encargue de construir todos los ilícitos administrativos, porque se trata de materias cambiantes, por su amplitud, etc. Sin embargo, llama la atención que los cuerpos de normas más modernos tienden, cada vez más, a realizar una descripción pormenorizada de los hechos constitutivos de infracción en cada sector.

Ejemplos de esto lo encontramos en la Ley de Protección al Consumidor, Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas, Ley de Firma Electrónica, Ley de Protección y Promoción del Bienestar de Animales de Compañía, Ley Especial para la Regulación y Control de las Actividades Relativas a la Pirotecnia, por citar solo algunos ejemplos.

Resulta una verdadera paradoja que el legislador salvadoreño sí pudo desarrollar un catálogo de infracciones para atender sectores tan diversos, como la protección del consumidor, tutela del derecho a la autodeterminación informativa, cuidado de mascotas o la elaboración de fuegos artificiales (“cuetes”, en buen salvadoreño), pero no ha podido realizar un esfuerzo similar en ámbitos tan importante como el sector financiero, cuya Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero apenas dice en su Art. 44 que son infracciones cualquier contravención a esa y a otras tantas leyes, cuantos reglamentos y normas técnicas existan y hasta pactos sociales, de lo cual nos encargaremos en breve.

Este mal ejemplo también se replica en la Ley de Fondos de Inversión que en su Art. 120 se limita regular como infracción lo siguiente:

*“Art. 120.- Las personas que infrinjan las disposiciones establecidas en la presente Ley incurrirán en sanciones administrativas, sin perjuicio de la responsabilidad civil en cuanto a los daños y perjuicios que pudiera corresponderles o de la penal, si la conducta observada fuere tipificada como delito”.*

La Ley de Fondos de Inversión, según su considerando I, busca “*promover el desarrollo económico y social, generando condiciones que dinamicen el mercado de valores para contar con un sistema financiero moderno, eficiente y diversificado, que ofrezca múltiples opciones de ahorro e inversión en la economía*”. Es decir, que esta ley sectorial regulará las condiciones en que los ahorrantes confiarán parte de su patrimonio a terceros para administración e inversión. Esto nos hace pensar que el legislador debió hacer un esfuerzo por construir el correspondiente catálogo de infracciones y sanciones que sirvan para proteger el derecho de propiedad de las personas, de la misma manera en que hizo el esfuerzo para resguardar el bienestar de sus mascotas.

Nos encontramos ante la paradoja que una persona que cuente con una aportación económica en un fondo de inversión y, además, posea un perro, goza de mayor protección respecto de su mascota que de sus ahorros. Entonces, al elaborar leyes sectoriales, ¿es mucho pedir que el legislador preste especial cuidado en el régimen sancionador?

Por ende, debemos dejar de lado la excusa de la atomización normativa y amplitud del derecho administrativo para liberar al legislador de cumplir con el papel que la Constitución le asigna. En consecuencia, no podemos interpretar los Art. 139.2 y 161 inciso 3°, ambas LPA, para dar cabida a una mal sana *reserva de ley relativa*.

Las normas en comento deben ser entendidas en el sentido que el reglamento únicamente puede colaborar con la ley para completar<sup>29</sup> normas administrativas sancionadoras y clarificar el contenido de la prohibición<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Véase MESTRE DELGADO, J., “Principio de legalidad”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones*

La doctrina nacional y española es coincidente en cuanto a cuáles son los alcances del papel de los reglamentos en esta materia. Así, MENA GUERRA expresa de manera diáfana:

*“(…) la norma citada (Art. 139.2 LPA) debe interpretarse en su sentido correcto, es decir, a través de esta no se trata de ampliar los supuestos establecidos en la infracción fundada en la ley, sino todo lo contrario, busca concretizar o detallar dichos supuestos. Un ejemplo de esto sería el supuesto de una infracción que contenga conceptos jurídicos indeterminados en su formulación, tal como el concepto “inherente al servicio”. En este caso, el reglamento colaboraría en la determinación de los supuestos objetivos de “inherencia”, y de esta forma desarrollaría como tal lo preceptuado por la ley sin crear supuestos o alterar los mismos. Debe aclararse que para la operatividad de esta colaboración reglamentaria es requisito sine qua non que la remisión al reglamento tenga una base clara y precisa en la ley, y no en términos genéricos e imprecisos<sup>31</sup>”*

REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO y otros, señalan la imposibilidad de deslegalizar la infracción administrativa:

*“Si la Constitución establece un ámbito reservado a la ley, y solo a la ley, debe entenderse, de manera implícita, que al legislador ordinario le está vetada la aprobación de una ley cuya única finalidad sea la remisión de la regulación en dicho*

---

*Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, p. 733-740. Para el autor, refiriéndose al ordenamiento español, 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., Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 5º edición, Navarra, Civitas, 2012, 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.

<sup>31</sup> Véase MENA GUERRA, R., “Particularidades y matizaciones de los principios... op. cit. pp.53-97.

*ámbito a la aprobación de normas reglamentarias. Como único resultado de tal ardid, la ley de deslegalización sería, cabalmente, inconstitucional<sup>32</sup>”.*

El TC, en reiterada jurisprudencia, (por todas, véase STC 162/2008, de 15 de diciembre) expresa:

*“(La reserva de ley penal) implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos en la ley”.*

En la STC 242/2005, de 10 de octubre, el TC también sostiene:

*“(…) no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (...) la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley”*

Por su parte, al referirse a los límites de la colaboración reglamentaria y las leyes penales en blanco, Alejandro Nieto<sup>33</sup> 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 suple 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.

---

<sup>32</sup> Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Lex Nova, 2010, p. 118.

<sup>33</sup> Véase NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2012. p. 227.

El profesor Nieto también se abona a la teoría de la reserva de ley relativa<sup>34</sup>, 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, en síntesis, 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, nos resulta difícil aceptar estos argumentos por dos razones. Una jurídica y otra pragmática. La jurídica, tomando en cuenta la última de las ideas reseñadas del profesor Alejandro Nieto, la expansión de la gestión administrativa tiene a su base la atribución de nuevas competencias o la ampliación de las existentes. Dicha expansión solo puede venir por ministerio de ley. Es decir, que estas nuevas competencias no surgen de manera espontánea, sino de un acto normativo emanado de la Asamblea Legislativa (principio de legalidad administrativa). Por ende, la atribución de la potestad administrativa sancionadora y la determinación de los ilícitos administrativo también.

Como ejemplo de lo anterior, la autonomía municipal (Art. 204 CN) no comprende la protección de mascotas. Sin embargo, a los Municipios se les atribuye esta nueva competencia porque la Ley de Protección y Promoción del Bienestar de Animales de Compañía así lo dispone. Fruto de ello, el Art. 32 de la referida ley le atribuye también la potestad administrativa sancionadora y los Art. 26, 27 y 28 determina los ilícitos.

La segunda razón es que debemos ponderar si en el estadio actual de nuestra democracia, estamos listos para conceder a la administración pública tal poder. Debemos reflexionar sobre las consecuencias de degradar la reserva de ley en favor de una administración que aún no se muestra madura y que carece en la mayoría de los casos de la capacidad técnica para ejercerla.

---

<sup>34</sup> Véase NIETO, Alejandro, *op. cit.* p. 163.

Lo cierto es que la administración pública salvadoreña ha demostrado ser presa de ciclos políticos y manipulación. Ejemplo de ello es que los titulares de las instituciones autónomas son nombrados y removidos a discreción por quien funge como Presidente de la República, sin respetar plazos legales en el ejercicio del cargo.

#### **4.2. Normas penales en blanco**

Para aclarar el concepto es necesario diferenciarlo de la reserva de ley relativa. Ésta, en síntesis, implica que la ley (decreto legislativo) no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite a reglamentos, acuerdos o tratados, a los que invita, ordena o habilita a colaborar en la construcción normativa del ilícito<sup>35</sup>.

Por su parte, las normas penales en blanco son prescripciones normativas incompletas porque falta en ella algún elemento del supuesto de hecho, para lo cual, el legislador se remite a otras normas de igual o inferior rango<sup>36</sup>.

Nos encontramos frente a una norma sancionadora en blanco cuando no existe una remisión pura, sino que se establece el castigo con 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<sup>37</sup>.

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<sup>38</sup>. Con todo, la utilización de normas

---

<sup>35</sup> Véase sentencias de amparo emitidas por la Sala de lo Constitucional de 23-III-2006 y 29-VI-2007, en los Amps. 529-2003 y 388-2009.

<sup>36</sup> Por todos, véase SOUTO Miguel Abel, "Las leyes penales en blanco", en Nuevo Foro Penal, 3a. época, N° 0068, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp.13-30. 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"

<sup>37</sup> Véase 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.

<sup>38</sup> Véase 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.

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.

La existencia de normas penales en blanco no vulnera el principio de reserva de ley y constituye un ejemplo claro de la colaboración reglamentaria válida en la materia<sup>39</sup>. Para ello, su implementación debe cuidar no caer en la indeterminación ni trasgredir el principio de tipicidad.

Como lo ha expuesto el TC en su STC 118/1992 de 16 de septiembre<sup>40</sup>, 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 certeza<sup>41</sup>.

Por su parte, 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.)*”.

---

<sup>39</sup> Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Lex Nova, 2010, p. 130. La jurisprudencia y la doctrina aceptan el uso de las normas penales en blanco a las cuales consideran una modalidad del ejercicio de la reserva de ley, no una excepción. Se sostiene que, en estos casos, la ley regula lo esencial y las normas reglamentarias de desarrollo se encargan de completar la descripción del tipo. Véase también STC 97/2009 y 13/2013 y STC 218/2005

<sup>40</sup> En el mismo sentido véase STC 127/1990 de 5 de julio.

<sup>41</sup> 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*”.

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*”<sup>42</sup>.

A este respecto, el autor FERRERES COMELLA, V., 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<sup>43</sup>.

En El Salvador es común que las leyes sectoriales remitan la función a otras normas jurídicas de menor jerarquía. Véase como ejemplo la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras que en su Art. 2 expresa: “*Constituyen infracciones aduaneras, las conductas previstas en esta ley, que consisten en acciones u omisiones que infringen las normas*

---

<sup>42</sup> Véase sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN de la CSJ de 9-X- 2007, Inc. 27-2006.

<sup>43</sup> Véase FERRERES COMELLA, V., *op. cit.* p. 42.

*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 histórico que comete recurrente el legislador: 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.

El TC español, al conocer de una norma sancionadora construido en estos términos (art. 64 h) de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista), en su STC 97/2009 de 27 de abril, expuso con especial claridad:

*“El inciso cuestionado —“o en las normas dictadas para su desarrollo”— permite que sean normas reglamentarias las que precisen las obligaciones cuyo incumplimiento queda tipificado como infracción leve, sin que el hecho de que dichas normas reglamentarias sean dictadas en desarrollo de la Ley estatal —como exige el propio precepto— garantice por sí mismo que la fijación legal del tipo penal contenga en este punto los elementos esenciales de la conducta antijurídica. Obsérvese que el precepto cuestionado tipifica como infracciones leves “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo” siempre que no sean objeto de sanción específica, siendo así que la conducta tipificada por la Ley genéricamente es el incumplimiento de obligaciones, pudiendo ser dichas obligaciones precisadas en la propia Ley o en “las normas dictadas para su desarrollo”, sin que para este último caso quede garantizado que las conductas antijurídicas —los incumplimientos de las específicas obligaciones en que se concreta la infracción— hayan sido suficientemente precisadas en la Ley. Resultaría así lesionada, más allá de la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad sancionadora, la dimensión material que se manifiesta en la necesaria predeterminación normativa de las conductas sancionadas, ya que la condición de las normas reglamentarias dificulta de tal modo en este caso, como ocurriera en el conocido por la STC 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 2, in fine, “el conocimiento de lo prohibido —al exigir la búsqueda de los reglamentos aplicables y de las normas que en ellos establecen obligaciones— que permite afirmar ya desde la norma de remisión*

*que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del art. 25.1 CE”*

## **5. El curioso caso del inconstitucional Art. 44 LSRSF**

Otro mal ejemplo nacional lo constituye el Art. 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero. Dicho artículo crea un tipo de infracción excesivamente abierto, como se desprende fácilmente de su lectura.

Para no causar falsas expectativas al lector, debemos adelantar que la SCN ha bendecido la vigencia de la norma que da nombre a este acápite. Y si bien la jurisprudencia es fuente de derecho, y sobre todo la de la SCN, no podemos dejar de disentir del pronunciamiento que procedemos a examinar.

### **5.1. Sobre lo que está prohibido, conforme el Art. 44 LSRSF**

El Art. 44 LSRSF<sup>44</sup> tipifica como ilícito: a) cualquier incumplimiento a 27 leyes; b) cualquier reglamento o norma administrativa que desarrolle algunas de las citadas 27 leyes; c)

---

<sup>44</sup> Art. 44.- Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior que, si se tratare de multas, estas podrán ser de hasta el dos por ciento del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio en caso de personas naturales, cuando incurran en infracciones a lo siguiente: a) Obligaciones contenidas en esta Ley y en las siguientes que les sean aplicables: Ley de Bancos; Ley de Sociedades de Seguros; Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; Ley del Mercado de Valores; Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta; Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito; Ley de Titularización de Activos; Ley de Casas de Cambio de Moneda Extranjera; Ley del Sistema de Garantías Recíprocas para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Rural y Urbana; Ley del Fondo Social para la Vivienda; Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada; Ley del Banco de Fomento Agropecuario; Ley del Banco Hipotecario de El Salvador; Ley del Fondo Nacional de Vivienda Popular; Ley del Fondo Solidario para la Familia Microempresaria; Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento Industrial y de la Corporación Salvadoreña de Inversiones; Ley de Creación del Banco Multisectorial de Inversiones; Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; Ley de Privatización de los Bancos Comerciales y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo; Régimen de Incorporación del Banco Hipotecario de El Salvador a la Ley de Saneamiento y Fortalecimiento de Bancos Comerciales y Asociaciones de Ahorro y Préstamo y Otras Disposiciones Especiales; Ley de Saneamiento y Fortalecimiento de Bancos Comerciales y Asociaciones de Ahorro y Préstamo; Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social en lo relativo al Régimen de Invalidez, Vejez y Supervivencia y al Régimen de Riesgos Profesionales; Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos; Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador; Código de Comercio; o a otras leyes que por contener obligaciones de carácter financiero, resulten aplicables a los sujetos supervisados; b) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas; c) Resoluciones que deban cumplir las personas supervisadas, dictadas por el Consejo Directivo del Banco Central para tal efecto, de conformidad a esta Ley, a su Ley Orgánica y a las demás leyes que les son aplicables; d) Instrucciones para hacer cumplir las leyes, reglamentos, normas técnicas e instructivos que rigen a los supervisados; e)

resoluciones del BCR <no sabemos cuántas existen>; d) instrucciones para hacer cumplir las 27 leyes, sus reglamentos y normas administrativas; e) las regulaciones contenidas en pactos sociales, estatutos y normas internas; y si lo anterior no era lo suficientemente amplio e indeterminado, también es infracción f) incumplir “*otras normas que le sean aplicables*”.

Como puede advertirse, resulta materialmente imposible saber qué es lo que está prohibido. Partamos del supuesto lógico que no todo lo reprochable es infracción administrativa. La tipicidad no constituye sólo un mandato para el legislador, pues su eficacia no se limita al momento de legislar infracciones y sanciones.

El corolario y complemento necesario de la exigencia de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones es, precisamente, la imposibilidad “*(...) que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora*” (Tribunal Constitucional de España. Sentencia Definitiva del 12 de septiembre de 2005, Ref. 218/2005)<sup>45</sup>. En términos sencillos, solo es infracción administrativo lo que el legislador determina como tal.

Procedamos entonces a analizar los criterios jurisprudenciales previos más relevantes y aplicables a la norma analizada.

## **5.2. Antecedentes jurisprudenciales**

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 aluda<sup>46</sup>. Su contenido no se agota en el texto de los artículos del Código Penal y la LPA por lo que la jurisprudencia ha jugado un papel importante en su construcción.

---

Regulaciones contenidas en los pactos sociales, estatutos y normas internas que los supervisados dicten en cumplimiento de la ley; y f) Otras normas que les son aplicables. Los recursos percibidos de las sanciones aplicadas deberán ser depositados en el Fondo General de la Nación.

<sup>45</sup> Citada en sentencia de 5-IX-2016, Contencioso Administrativo con ref. 48-2010.

<sup>46</sup> Véase GALLARDO CASTILLO, MARÍA J., Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica, Madrid, editorial IUSTEL, 2008, 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.

Para contextualizar este trabajo, es necesario considerar que, hasta febrero de 2019, El Salvador no contaba con una ley de procedimientos administrativos. En ese contexto, el papel de la jurisprudencia fue vital para construir el derecho administrativo<sup>47</sup>.

En concreto, sobre alcances del principio de legalidad sancionadora, la línea jurisprudencial más consolidada de la SCN sostenía lo siguiente:

- Sentencia de amparo dictada por SCN de la CSJ de 22-III-2002, en proceso bajo referencia 58-2001. La Sala ha manifestado “*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*”;
- Inc. 17-2003: En materia municipal “*(...) 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 si misma las sanciones que ha de aplicar y las conductas que pretende castigar. Este último aspecto ha de ser comprendido en el*

---

<sup>47</sup> 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.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 Jueces 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 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*”.

*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”.*

- Amp.150-2009- Inc. 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013 de 24-VIII-2015: Art. 42 LPC: *“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”.*

Por su parte, SCA mantuvo una línea similar. Ya hemos citado las sentencias de 5-IX-2016, en proceso bajo referencia 48-2010 y de 27-VII-2016, Ref.266-2007, en las cuales la SCA se refirió a los Art. 37 de la derogada Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (LOSSF) y del también derogado Art. 44 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores (LOSV), antecedentes inmediatos al analizado Art. 44 LSRSF. Asimismo, debe resaltar las siguientes líneas jurisprudenciales:

- 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. (...) 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*
- Sentencia 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)”.*

### 5.3. Sentencias de la SCA sobre el Art. 44 LSRSF

En este estado, parece que la inconstitucionalidad del Art. 44 LSRSF era la crónica de una muerte anunciada. Pero a diferencia de lo que sucedió con Santiago Nasar, la norma en comento fue salvada a última hora por el arte de la prestidigitación.

La primera que se refirió a la inconstitucionalidad manifiesta de la norma fue la SCA, en las sentencias de 24-I-2018, Ref. 131-2015 y 29-IX-2017, Ref. 251-2015. En ellas, la Sala expresó, junto a la doctrina más autorizada y apegándose a la jurisprudencia consolidada, lo siguiente:

*“(...) debe precisar que la aplicación de normas que represente conductas mediante el uso de cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, no debe realizarse, por contrariar el principio de tipicidad, y por consiguiente, los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 1 y 86 de la Constitución. (...) 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 fácticos 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 “(...) cuando incurran infracciones a lo siguiente: (...) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas (...)” del artículo 44 letra b) de la LSRSF, 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 fáctica 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 en la práctica sustituye la debida previsión*

*normativa del tipo sancionador, por el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación.*

Lo dicho por la SCA es completamente válido. El Art. 44 LSRSF no cumple con el mandato de tipicidad. No es una ley penal en blanco, sino la manifestación misma de la deslegalización sancionadora, proscrita por el Art. 15CN y ahora también por los Art. 139, 1 y 2, y 161 inc. 3° LPA.

Cuando esto sucede, en realidad no existe cobertura legal porque la ley no determina los parámetros de las conductas ilícitas y sus respectivas sanciones, porque permite que “cualquier disposición normativa” en sí misma considerada sea un tipo sancionatorio independiente. Esto vulnera, por un lado, la reserva de ley ya que permite que sean normas terciarias las que materialmente creen infracciones, y por el otro, el principio de taxatividad como en breve explicaremos.

Por ende, el Art. 44 LSRSF parecía condenado a la expulsión del mundo jurídico. Lo cual, sorprendentemente, no sucedió.

En ejercicio del control difuso de constitucionalidad (Art. 185 Cn y 77-A y S.S. de la LPRCN) la SCA declaró inaplicable el artículo y juzgó ilegales los actos sancionadores dictados a su amparo. Tal inaplicabilidad obligó a la SCA a remitir su sentencia a la SCN para que esta se pronunciare, un modo general y obligatorio, sobre la constitucionalidad del Art. 44 LSRSF.

#### **5.4. De la resolución 27-2018 de 7-I-2019 y de cómo la SCN rescató el Art. 44 LSRSF**

Cuando la SCN conoció de la sentencia de la SCA para juzgar definitivamente la constitucionalidad del Art. 44 LSRSF, sucedió algo que es bastante difícil de asimilar. Ello porque, sobre la base de argumentos formales, declaró improcedente el inicio del proceso de inconstitucionalidad requerido, lo cual implicaba que no conocería el fondo. Sin embargo, en sus considerandos emitió una verdadera sentencia sobre la constitucionalidad de la norma.

Nos referimos a la resolución que puso fin al proceso de inconstitucionalidad 27-2018, de 7-I- 2019. En ella, la SCN invocó matizaciones al principio de legalidad sancionadora, incluyendo la supuesta reserva de ley relativa, para validar la deslegalización de la infracción administrativa en el sector financiero. Quizá el párrafo más representativo de sus fundamentos es el siguiente:

*“(…) el principio de legalidad que opera de manera estricta en materia penal, resulta ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas en dicha materia, sin que en todo caso quepa considerar que desaparece la vinculación positiva a aquel en el ejercicio de la potestad sancionatoria y que por medio de reglamentos o circulares pueda configurarse de manera autónoma las conductas sancionables. Mientras que en el Derecho Penal la ley legitimadora, por regla general, ha de prever tanto la previsión de la pena como de la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo, salvo el caso excepcional y restrictivo de los tipos penales en blanco; en el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas exige que una norma con fuerza material de ley establezca una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a reglamentos, instructivos y normas técnicas la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter infralegal complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa determinada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador”.*

Y sobre esa base, concluyó que:

*“El art. 44 letra a LSRSF constituye un supuesto de ley penal en blanco. El legislador estableció en el art. 44 inc. 1° LSRSF la sanción a imponer, pero para complementar el supuesto de hecho hizo un reenvío exterior, por ejemplo, a la LB y a la LCLDA, que contienen disposiciones del mismo rango normativa”.*

Es evidente que existe un cambio radical en el criterio jurisprudencial sobre las consideraciones de la reserva de ley, lo cual ya es criticable porque no se motiva dicho

cambio<sup>48</sup>. Sin embargo, más allá de la discusión sobre si debemos preferir la reserva de ley relativa a la absoluta, si es posible matizar principios penales, lo cierto es que todas esas consideraciones doctrinales son finalmente una excusa para concluir lo que no se puede respecto del Art. 44 LSRSF: que es una ley penal en blanco.

La norma en comento no es una norma penal en blanco. Es un cheque en blanco, que es muy distinto, para que la administración configure las infracciones administrativas. Ni si quiera se trata de una habilitación normativa, sino de carta abierta para que las infracciones se construyan en los mismos actos administrativos sancionadores.

Una norma penal en blanco implica la existencia de una disposición legal que tipifica la infracción, expresando que determinado comportamiento u omisión es prohibido, y deja los detalles a la norma remitida<sup>49</sup>. En el caso del Art. 44 LSRSF, se trata de una norma sancionadora que dice que es infracción incumplir cualquiera de las 27 leyes y cuantos reglamentos y normas administrativas existan. Eso no es una norma penal en blanco, repetimos y lamentamos.

Siguiendo a FERRES COMELLA, podemos afirmar que los fundamentos del principio de taxatividad son la certeza jurídica y la imparcialidad. La certeza *<es la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes que contienen las normas que regulan el ejercicio del poder>*.

Lo opuesto a la certidumbre es la incerteza o incertidumbre de no poder anticipar cuáles son las consecuencias de nuestros actos. Así entendida, la taxatividad conlleva un ideal de claridad de la norma jurídica el cual es esencial para que el derecho cumpla su función reguladora de las conductas de los ciudadanos. Por ello, se impone como una obligación al

---

<sup>48</sup> Esto también constituye una paradoja, porque la misma SCN ha invalidado sentencias de la SCA bajo la premisa que constituyen un cambio de precedente sin que se hubiese motivado dicho cambio. Como ejemplo, citamos la sentencia de amparo 416-2015, de 16-V-2018 que dejó sin efecto la sentencia de la SCA referencia 300-2012 de 8-VI-2015.

<sup>49</sup> Véase REBOLLO PUIG, M., y otros, op. cit. p. 130. Los autores expresan: “Las normas sancionadoras en blanco se basan en el uso de dos preceptos distintos para integrar un solo tipo infractor. En primer lugar, se encuentra la norma en blanco, que es la que tipifica realmente al señalar que la adopción de un determinado comportamiento, activo u omisivo, cuyos detalles se dejan a la norma de remisión, serán constitutivos de infracción. En segundo lugar, se encuentra la norma de remisión o integradora, que no se dirige, propiamente, a tipificar infracción alguna, sino a la simple regulación de un determinado ámbito o sector o, incluso más modestamente, a la simple imposición de deberes, por lo que ni siquiera tendrá siempre carácter normativo”.

legislador, como límite al ente que detenta la competencia punitiva y como garantía para el destinatario quien puede hacer todo lo que la ley no prohíba y no está obligado a hacer lo que la ley no le mande (Art. 8CN). Por su parte, la imparcialidad como fundamento de la taxatividad conlleva un freno a la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad de castigo. Será prohibido lo que el legislador determine como tal de una manera general y abstracta. Y corresponderá al juez decidir el derecho para un caso concreto sobre la base de una ley que no creó y que le ata<sup>50</sup>.

Al aplicar los anteriores considerandos al extraño caso del inconstitucional Art. 44LSRSF podemos advertir que la norma citada no brinda ni certeza de lo que está prohibido ni garantiza la imparcialidad. Falló el legislador al redactar una remisión normativa excesivamente abierta que deslegaliza el ilícito administrativo. Falló la SCN, que viendo lo visto, pretende convencernos que el Art. 44 LSRSF es una norma penal en blanco cuando en realidad no es más que un tipo sancionador abierto, sin concreción, indeterminado que permite que sea la administración y no la ley, quien fije las conductas prohibidas.

El Art. 44 LSRSF, como infracción administrativa es irreal y extraño. Pero en su sentencia, la SCN nos lo muestra como algo cotidiano o común. Realismo mágico en plena jurisprudencia.

---

<sup>50</sup> Véase FERRER COMELLA, V. op. cit. p.p. 43 y s.s.

## ABREVIATURAS

<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado Español
<b>BCR</b>	Banco Central de Reserva de El Salvador
<b>CASF</b>	Comité de Apelaciones del Sistema Financiero de El Salvador
<b>CE</b>	Constitución española
<b>CPN</b>	Código Penal salvadoreño
<b>CN</b>	Constitución de la República de El Salvador
<b>CSJ</b>	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
<b>LJCA</b>	Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa salvadoreña vigente
<b>LJCA(d)</b>	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa salvadoreña derogada
<b>LPC</b>	Ley de Protección al Consumidor
<b>LPA</b>	Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador
<b>LPIAMA</b>	Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos
<b>LPRCN</b>	Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador
<b>LPAC</b>	Ley 39/2015, que dicta Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
<b>LRJSP</b>	Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público
<b>LSRSF</b>	LSRSF
<b>PN</b>	Código Penal
<b>SCN</b>	Sala de lo Constitucional de El Salvador
<b>SCA</b>	Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
<b>SSF</b>	Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional Español
<b>TSDC</b>	Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor

## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AMENÓS ÁLAMO, J. “La vigente regulación de la potestad sancionadora en el Derecho Español” publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Director: Ricardo Mena Guerra, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp.9-31.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., *La potestad sancionadora de los entes locales*, Euskadi, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto Vasco de Administración pública, 2011.

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.

CANO CAMPOS, T. *Las sanciones de tráfico*, Navarra, Aranzadi, 2011.

FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2002.

GALLARDO CASTILLO, MARÍA J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid, editorial IUSTEL, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ G., *El procedimiento administrativo sancionador*, V. 1, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Volumen II, Barcelona, Editorial BOSCH, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, Í., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general*. 3ª 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, 5º edición, Navarra, Civitas, 2012,

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, N° 166, 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, Editorial ISOLMA, 2011, pp. 639-734.

HUERGO LORA, A., Las sanciones administrativas, Madrid, Iustel, 2007, pp. 364-367

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.

- “Particularidades y matizaciones de los principios del derecho administrativo sancionador”, publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Pp. 53-96. San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp.53-97.

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.

MESTRE DELGADO, J., “Principio de legalidad”, publicado en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010, p. 733-740.

- “Principio de tipicidad”, en AA. VV. *Diccionario de Sanciones Administrativas*, directora: Blanca Lozano Cutanda, Madrid, editorial Iustel, 2010. p. 757-762.

NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* 5º edición, Madrid, Tecnos, 2012.

OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ORELLANA SÁNCHEZ, H., “Los títulos de imputación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador salvadoreño” publicado en AA. VV. *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*. Director: Ricardo Mena Guerra, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña. 2019, pp. 33-52.

REBOLLO PUIG, M., y otros, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Lex Nova, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*. 4º edición, Madrid, Tecnos, 2008.

SOUTO Miguel Abel, "Las leyes penales en blanco", en *Nuevo Foro Penal*, 3a. época, N° 0068, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp.13-30.