

T
342
S 199 p
1979
F. J. y CS.

094565
E. 4.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

- 089
342
199 p

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA POTESTAD DISCRECIONAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ALICIA CONCEPCION SANCHEZ DE HERRERA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MARZO DE 1979



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. e Ing. Eduardo Badilla Serra.

SECRETARIO GENERAL

Dr. Jorge Denis Ferrer.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Mauricio Alfredo Clará

SECRETARIO

Dr. Jorge Armando Angel Calderón

JURADOS EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Eduardo Tenorio.

1er. Vocal: Dr. Luis Reyes Santos.

2do. Vocal: Dr. David Escobar Galindo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Mauricio Alfredo Clará.

1er. Vocal: Dr. Francisco Salvador Tobar.

2do. Vocal: Dr. Ernesto Arbizú Mata.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. Jorge Alberto Gómez Arias

1er. Vocal: Dr. José Eduardo Tomasino

2do. Vocal: Dr. Enrique Argumedo.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dra. Mirna Castaneda de Alvarez

1er. Vocal: Dr. Roberto Oliva.

2do. Vocal: Dr. Francisco Rafael Guerrero A.

DEDICO ESTA TESIS:

A quien me dio ejemplo de sacrificio, amor y abnegación.
Mi madre: EMILIA SOSA DE SANCHEZ.

Al testigo de mis anhelos, ideales y ansias de superación.
Mi esposo: RAFAEL ALCIDES HERRERA PADILLA.

A quienes han sido el sostén espiritual de mis ideales,
Mis hijos: BORIS ALCIDES, MARLON JONATHAN Y GARY RALPH.

A quien siempre me ha hecho presente su fraternal cariño.
Mi hermano: DIMAS ERNESTO SANCHEZ.

A quien con su bondad, generosidad y cariño, se ganó mi -
corazón. Madre: MARIA DOLORES PEÑA VIUDA DE GUÉRRERO.

A quienes fueron mi primer punto de apoyo hacia el logro
de mis ideales. Mis amigos: ROBERTO GIRON y MARIA MARTHA
RODRIGUEZ DE GIRON.

A quienes en momentos difíciles de mi vida, tuvieron un
gesto generoso para conmigo. Lic. Hilda Victoria Morales
de Díaz, Dr. Víctor Manuel Marticorena (Q.D.D.G.), Dr. -
Julio Fausto Fernández, Dr. Guillermo Humberto Cuestas,
Dr. Antonio Ramírez Amaya, Cnel. Ricardo Angel Velásquez
y Dr. Roberto Oliva.

I N D I C E

PRIMERA PARTE

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

	Págs.
I - Estado Policía.....	1
II - Estado de Derecho.....	3
1) Características del Estado Derecho.....	4
2) Estado Liberal.....	5
3) Estado Social de Derecho.....	6
4) Diferencias entre los Tipos de Estado Policía, Estado - Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho.....	9
5) La Actividad de la Administración y la Actividad del -- Particular en el Estado de Derecho.....	12

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

I - Principio de Legalidad en los Países Socialistas.....	14
II - Principio de Legalidad en los países Anglosajones.....	27

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I - Generalidades.....	41
1) Concepto.....	41
2) Características.....	42

3) Técnicas para que se realice el Principio de Legalidad.....	43
4) La Legitimidad y el Principio de Legalidad.....	44
5) Fundamento del Principio de Legalidad.....	46
6) Principio de Legalidad y la Actividad Administrativa..	46
7) El Principio de Legalidad y el Orden Normativo en el Derecho Administrativo.....	47
8) El Principio de Legalidad en Relación con la Justicia y la Seguridad Social.....	49

SEGUNDA PARTE

CAPITULO IV

BLOQUE DE LA LEGALIDAD

	55
I - Constitución Política.....	56
II - Leyes Secundarias u Ordinarias.....	56
Decretos - Leyes.....	58
III - Reglamentos.....	58
1) Reglamentos de Ejecución o Aplicación.....	59
2) Reglamentos Autónomos.....	60
3) Reglamentos Delegados.....	61
4) Reglamentos de Necesidad y Urgencia.....	63

TERCERA PARTE

CAPITULO V

FORMAS DE CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I - Potestades Regladas.....	69
------------------------------	----

II - Potestades Discrecionales.....	72
1) Características de las Facultades Discrecionales.....	75
2) Momentos en que se realiza la Potestad Discrecional.....	76
3) Ambito de Aplicación de la Potestad Discrecional.....	79
4) Regulación Normativa de la Actividad Discrecional.....	80
5) Limitación de las Actividades Discrecionales.....	81
III - Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	85
1) Conceptos Jurídicos Determinados.....	85
2) Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	86

CUARTA PARTE

FORMAS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

CAPITULO VI

CONTROL DE LA LEGALIDAD

I - Control Legislativo.....	91
II - Control Administrativo.....	92
1) Facultad de Fiscalización y Control.....	93
2) Facultad de Revisión.....	94
3) Recurso Jerárquico o Recurso de Apelación o de Alzada...	95
4) Clasificación del Control de la Administración Pública..	96
III -Control Jurisdiccional de la Legalidad.....	98
1) Sistemas de Control Jurisdiccional.....	100
a) Sistema Administrativo.....	100
b) Sistema Judicial.....	101
c) Sistema Independiente o Mixto.....	102

IV - Sistema de Control Jurisdiccional adoptado en El Salvador.....	104
V - Control Jurisdiccional de la Legalidad del Acto Administrativo.....	109
VI - Control Jurisdiccional de las Potestades Discrecionales....	109
VII - El Silencio en la Administración.....	116
1) Silencio como Negación.....	117
2) Silencio como afirmación.....	119

I N T R O D U C C I O N

El Principio de Legalidad nace con la sujeción del Estado al Derecho; para preservar el orden jurídico el Estado se autolimita, mediante la norma jurídica.

El Principio de Legalidad es inherente a todo Estado de Derecho; podrán ser diferentes los regímenes, las estructuras económicas de cada Estado; pero la sujeción del ente estatal a la norma jurídica, es la misma, de lo contrario no podríamos hablar de Estado de Derecho.

El orden social es un supuesto esencial del Estado, para su conservación es necesario que el Estado se supedita al cumplimiento del Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad establece imperativamente que todas las funciones del Estado, se realicen de acuerdo al Derecho; las leyes vigentes necesariamente tienen que servir de base para toda la actividad administrativa, y esto es lo valioso del Principio de Legalidad haber demostrado, que la ley ejerce su supremacía sobre la Administración Pública.

El Principio de Legalidad constituye un deber jurídico, un imperativo para la Administración y puede decirse que tiene como característica el ser formal, porque exige la aplicación de la ley vigente; es general porque se da para toda la actividad estatal y con especialidad para la Administración; tiene un fin valioso, su misión es la de mantener la estructura y relación dentro de una realidad determina

minada.

La inquietud de hacer este trabajo de tesis, nació porque a través de mi experiencia, dentro de las actividades de los órganos administrativos, he observado que no todos los funcionarios públicos cumplen la voluntad administrativo, con estricto apego a la ley, arbitrariedad en la emisión de los actos administrativos campea en todo el quehacer de los órganos del Poder Ejecutivo, algunas veces por malicia y otras veces por el total desconocimiento de este Principio.

Para que haya seguridad jurídica en beneficio de los administrados, es necesario que la finalidad del acto administrativo conlleve a la satisfacción de los intereses colectivos.

Considero que mi trabajo es sencillo y que no podría desarrollar en este estudio todo lo referente al Principio de Legalidad; pero he tratado de ser el ra en la exposición para que llegue a la comprensión de todo aquel que se tome el trabajo de leerlo. Va para esta persona mi agradecimiento sincero, con la esperanza de que pueda serle de alguna utilidad.

Esperando la comprensión del Honorable Tribunal de Tesis, someto a su consideración este Trabajo.

PRIMERA PARTE

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

I - ESTADO POLICIA.

El Estado Policía tiene su base en los antecedentes del imperio Romano; los emperadores romanos ejercían un poder absoluto.

Doctrinariamente se conoce con el nombre de Estado-Policía la etapa histórica de las monarquías absolutas, en la que no existían limitaciones jurídicas al Poder. La configuración del Estado Policía -- se produce con el aumento progresivo de poderes en el monarca, quien ejercía los mismos, arbitrariamente.

Al surgir con las monarquías absolutas el Estado Policía, en este sistema de Gobierno el soberano administra con un poder ilimitado, que tiene una sola norma jurídica, derechos sin límites al soberano para disponer de acuerdo a su voluntad y capricho.

Si sólo existen derechos para el soberano, no hay reconocimiento de derechos para los administrados frente al primero, lo que conlleva a considerar al individuo un objeto del poder del Estado.

Merkel señala: "Podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar; no se reconoce ninguna clase de derechos al individuo frente al soberano: el individuo es contemplado como un objeto del Poder estatal, antes que como sujeto que se relaciona con él". 1)

En el Estado Policía el soberano no podía llevarse a los tribunales, había indemandabilidad para el soberano; el rey era irresponsable, no era sujeto de derecho jurídicamente, no era responsable

1) Merkel, cita tomada de Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Junta Central, Buenos Aires, 1974, pág. 113.

por los daños materiales que causaba; asociado a la divinidad, el acto del príncipe era acto de Dios, consecuentemente estaba por encima del orden jurídico; la jurisdicción administrativa la ejercía el rey, era éste quien decidía o resolvía directamente los conflictos entre particulares, llamados también "justicia retenida"; existía en esta época - el denominado poder de Policía, que era un poder coactivo ejercido por el soberano, quien dictaba lo que creía conveniente.

Durante la etapa absoluta en el soberano estaban centradas todas las competencias. García Trevijano dice: "Durante muchos siglos - las tres funciones (Legislativa, Ejecutiva y Judicial,) han estado con centradas en una sola mano y por ello los conceptos de funciones, órganos y de poder han estado unificados, el monarca lo hacía todo, jurídicamente hablando aunque materialmente no lo pudiera hacer". 2)

En el régimen monárquico no existían límites al poder del Soberano, las prerrogativas del monarca no tenían freno, todo depende de la voluntad de él, podía extinguir cualquier vínculo de derecho y el Poder del Estado, confundido en el mismo soberano, ("El Estado soy yo" decía Luis XIV), era arbitrario.

En esta época no podemos hablar del Principio de Legalidad que establece límites para la actividad del gobernante.

Díaz Elías dice: "Si es cierto que en el contexto espiritual -- cultural de la Edad media se manifiestan tendencias doctrinales, teoló gicas y filosóficas, limitadoras de la voluntad omnímoda de la autoridad, especialmente cuando dicha voluntad choca con los principios valo rativos, que por dichas tendencias doctrinales se consideran debe ins pirar la legislación y la acción de gobierno. Pero se trata siempre - de limitaciones y controles más bien ético religioso y jus-naturalista,

2) García Trevijano Fos, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1974, página 35 y 36.-

que no autorizan en modo alguno a hablar todavía de Estado de Derecho".³⁾

La mayoría de autores están de acuerdo en que el Estado Policia se dió en las monarquías absolutas, sin embargo, Marienhoff en su tratado de Derecho Administrativo expresa que no se debe de identificar o más bien dicho vincular al Estado Policia o al Estado de Derecho con una determinada forma de Gobierno, por que dichos Estados pueden darse en cualquier tipo de Gobierno. Según el célebre autor el Estado de Derecho y el Estado Policia depende del régimen jurídico de cada país.

Considero que siendo el Poder Público un elemento del Estado, necesariamente su actuación debe coincidir con la del Estado. Si en determinadas circunstancias, el Gobierno, dentro del mismo Estado de Derecho, actúa como en la época absolutista, lo hace fuera del régimen jurídico y consecuentemente es un Gobierno arbitrario.

II - ESTADO DE DERECHO.

La Revolución Francesa a fines del siglo XVIII trae consigo la Declaración de los Derechos del hombre, con lo que se operan cambios políticos que afectan en forma radical las relaciones entre el Estado o soberano y los gobernados, frenándose así la actividad del primero y haciendo surgir derechos que son inalienables y que no puede irrespectar porque están antes que él.

Después de la Revolución Francesa y al reconocerse derechos individuales, el Estado se justificaba para garantizar y proteger estos derechos, surgiendo así una esfera intangible de derechos subjetivos.

Para garantizar el respeto a los derechos individuales, se hizo

3) Diaz Elías, Cita de Lucas Verdu, Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho, página 14.-

necesario limitar el poder del Estado, es el Estado el que tiene que autolimitarse y el que debe comprometerse a respetar dichos derechos.

Cuál es la mecánica a seguir para que se lleve a cabo la autolimitación del Estado y el respeto a los derechos individuales?

La respuesta es: El Principio de Legalidad.

Con el Principio de Legalidad surge el Estado de Derecho y es aquél en el cual, toda la actividad del mismo se encuentra enmarcada dentro de la ley, así todo acto que emana del poder público debe basarse en una ley.- Esta ley no sólo va a determinar competencia sino también debe establecer preceptos que tengan como contenido concreto relaciones de Derecho.

Para Entrena Cuestas, Estado de Derecho es " aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración a la ley". 4)

1) CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE DERECHO.

Siguiendo a Díaz Elías, decimos, que dentro de un verdadero o auténtico Estado de Derecho, deben de existir como exigencias imprescindibles; las siguientes características generales:

- a) Imperio de la Ley; ley como expresión de la voluntad general.
- b) Separación de Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial;
- c) Legalidad de la Administración:

Regulación por la ley y control judicial;

- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y -

4) Entrena Cuestas, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1976, - página 35.-

realización material.

El Dr. Roberto Oliva concretiza las características del Estado de Derecho de la siguiente manera:

- a) Existencia de Derechos Subjetivos Públicos para los particulares.
- b) Forma de garantizar esos derechos por el Principio de Legalidad;
- c) Recursos para garantizar el Principio de Legalidad! 4 bis)

2) ESTADO LIBERAL.

El Estado Liberal y el Estado Social de Derecho son los dos tipos de Estado de Derecho.

Vimos que en el primero se obtiene el establecimiento y protección por parte del Estado de los derechos públicos subjetivos de los particulares, a fin de evitar que se volviera al Estado Policial.

En el Estado de Derecho Liberal el respeto de la legalidad por todos constituye un avance; al afirmarse que la ley surge del pueblo y no de una sola voluntad, es una conquista de trascendencia histórica.

En este Estado de Derecho Liberal la Administración se adecúa a normas de carácter abstracto y se afirman el Principio de Legalidad, en la prohibición a la Administración para intervenir en la actividad de los ciudadanos, sin que esté autorizada por la ley.

Al Estado de Derecho Liberal se le denominó también Estado Gendarme. Ello se debió a que, la intervención del mismo en la vida de los ciudadanos era mínima comparada con el Estado Social de Derecho.

El Estado de Derecho Liberal, se limitaba a ciertos fines; a

4 Bis) Dr. Roberto Oliva, Clases Expositivas, Tomado Apuntes Derecho Administrativo II 1978.

mantener y proteger su existencia como ente soberano y a conservar el orden jurídico y material, a fin de proteger la actividad de los ciudadanos y las relaciones de la libre empresa, básicamente las únicas atribuciones eran de policía, lo que tenía que hacer era conservar el orden. El Estado Liberal sólo tutela el Derecho; según los postulados de aquella época, la economía, la salud, son propias de cada hombre, por lo que no está sometido jurídicamente, en estas actividades, al Principio de Legalidad, ni mucho menos hay leyes que le permitan intervenir en ese aspecto, esto no le permite al Estado realizarse plenamente. En este Estado, se señaló una esfera de derecho a cada ciudadano, una esfera en la que cada uno de ellos tenía libertad de acción.

3) ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Vinculado al Estado Liberal de Derecho surge el Estado Social de Derecho. El Estado siente la necesidad de intervenir en la actividad de los particulares, comienza a restringir la misma, tratando -- que armonice con el interés de todos; siente la necesidad de crear servicios públicos.

Rafael Entrena Cuesta dice: "Frente al Estado Liberal de Derecho se alza históricamente el Estado Social de Derecho; con lo que se invierte la situación anterior. El centro de gravedad de esta -- forma de concreción del Estado de Derecho va a situarse también en los derechos públicos subjetivos, pero no se sigue ya el criterio estricto de orden público antes descrito: el Estado incluye entre sus fines la realización de una serie de actividades en favor de los particulares, y todo ello ocurre en perjuicio del derecho público subje

tivo de libertad, que se vera frecuentemente afectado por medidas de policia e inversamente en beneficio de los derechos públicos subjetivos de carácter cívico. Es decir, aquellos derechos en virtud de los cuales los particulares podrán dirigirse al Estado para exigirle la realización de prestaciones por el simple hecho de ser ciudadanos. - Es aquí donde reside el rasgo fundamental del Estado Social de Derecho" 5)

Los servicios públicos necesarios como las comunicaciones que son grandes obras que no producen ganancias a los particulares, tienen - que ser realizados por el Estado; a medida que se multiplican los servicios públicos, la Administración se convierte en intervencionista quedando atrás aquella Administración abstencionista; y - hoy en día la Administración va más allá en la solución de los problemas sociales, es una de sus obligaciones, al respecto Garrido Falla - nos dice: "El Estado intenta ahora configurar la sociedad de acuerdo con una previa idea de justicia, por lo que, en primer término, la finalidad de la actuación Administrativa se hace social. Este es el sentido que hay que asignar a la hoy tan traída y llevada "justicia Social" cuya temática es de tan ineludible vigencia para la mentalidad contemporánea que no hay Estado que no predique de sí mismo, al darse su Constitución, el calificativo de social, ni partido Político -- que, incluso por razones de propaganda, no utilice el propio calificativo". 6)

Como ejemplo tenemos nosotros en nuestra Constitución Política el Art.136 y el Art.137 que dicen:

Art.136.-"Se garantiza la libertad económica, en lo que no se o

5) Entrena Cuestas, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1976, página 39.-

6) Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I Parte General, Madrid, 1976, página 87.-

ponga el interés social".

Art.137.-"Se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social".

Es en el Estado Social de Derecho, en donde surge un nueva forma de Derecho, a fin de armonizar las exigencias del Estado, con las necesidades a satisfacer por la Administración.

Algunos autores consideran que el intervencionismo del Estado determinó el nacimiento del Derecho Administrativo, pero para Entrena Cuestas, el nacimiento del Derecho Administrativo obedece a causas más profundas, por ello nos dice:

"Cómo todas las grandes creaciones históricas fecundas, no es invención ni hallazgo de un hombre o un pueblo, sino una necesidad histórica, que corresponde a un orden de exigencias que la misma historia plantea. De aquí su Universalidad". 7)

Al principio, en el Estado de Derecho se postula el reconocimiento de los derechos públicos de los particulares frente al Estado, siendo éste abstencionista, dicho postulado podía enmarcarse dentro de la normas de derecho común, al convertirse en intervencionista,

7) Entrena Cuesta , Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1976, página 39.-

sus fines no se pueden enmarcar dentro de dichas normas de derecho privado y por ello se hizo necesario el Derecho Administrativo.

Resumiendo Entrena Cuestas manifiesta: "El Derecho Administrativo es consecuencia necesaria de dos fenómenos que se complementan entre sí: el primero, el Estado de Derecho unido a la división de poderes le sirve de presupuesto; el segundo, el intervencionismo estatal actúa como causa próxima de su nacimiento". 8)

En el Estado Liberal se consideraba que legislar era gobernar, considerando que así se satisfacían las necesidades colectivas.-

La intervención del Estado surge, cuando se entrecruzan los intereses de grupos sociales y la satisfacción de las necesidades -- que nacen dentro del conglomerado social. Es entonces cuando el Estado debe de asumir obligaciones que se dan en la realidad, no basta sólo con crear leyes económico-sociales, sino que es imprescindible concretizar dichos principios legales a través de la actividad intervencionista de la Administración Pública.-

4) DIFERENCIAS ENTRE LOS TIPOS DE ESTADO POLICIA, ESTADO LIBERAL DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

a) En el Estado Policía toda las actividades del Estado estaban -- centradas en una sola persona; en el Estado Liberal, de la actividad Estatal participa el pueblo, pero esta actividad sólo se lleva a cabo para preservar el orden público y al Estado no intervienen en la esfera de actividad de los particulares; en cambio en el Estado Social de Derecho, la Administración interviene en la actividad de los particulares, limitando los derechos particulares con -

8) Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1976, página 40.-

la finalidad de satisfacer el interés público.

b) En el Estado de Policía el ciudadano se encuentra desprotegido y sólo es un objeto sujeto a la voluntad del soberano; en el Estado Liberal de Derecho, el ciudadano adquiere derechos, libertades amplias e ilimitadas para realizar sus actividades particulares; en el Estado Social de Derecho se limitan las actividades de los particulares, asumiendo el Estado la realización de dichas actividades que se traducen en servicios públicos para beneficio de la colectividad.

c) En el Estado Policía el ciudadano carece de derechos, no hay ninguna ley que los proteja; en el Estado Liberal de Derecho, tanto el Estado como los ciudadanos se rigen por normas de Derecho común; en cambio en el Estado Social de Derechos, la Actividad del Estado está regulada por normas de Derechos administrativo que regula la actividad del Estado para proteger a los particulares.

d) En el Estado Policía no existía sujeción al Principio de Legalidad como dice Marienhoff, "la Administración estaba legalmente incondicionada,....la Administración se caracteriza por un poder discrecional ilimitado y por que el individuo o administrado carece de acción para discutir u oponerse a las resoluciones de la autoridad";⁹⁾

en el Estado Liberal de Derecho siguiendo a Garrido Falla expresamos que con la declaración de los derechos del hombre, considerados como anteriores al estado y la división de poderes, en la cual se enmarca la estructura orgánica del Estado Liberal, surge como premisa fundamental el respeto a la libertad individual y para asegurar esa libertad aparece el Principio de legalidad formal para regular

9) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1970.-

la actividad de la Administración; en El Estado Social de Derecho, según expresa Garrido Falla: "La Administración Pública está encargada de la satisfacción de los intereses Públicos, y esta finalidad ha de lograrse, por supuesto, dentro de los límites de la ley". Lo anterior implica que ante la creciente actividad intervencionista - de este tipo de Estado la importancia del respeto al Principio de Legalidad se afirma con mayor fuerza, perdiendo el carácter formalista que antes tenía.-10)

10) Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, - Parte General, Madrid, 1976, página 253.-

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION Y LA ACTIVIDAD DEL PARTICULAR
EN EL ESTADO DE DERECHO.

Es necesario destacar, que si los ciudadanos estamos obligados a cumplir la ley, nuestra esfera de acción es más amplia que la de la Administración, nota característica del Estado de Derecho, es el sometimiento de la Administración a la Ley o sea, que dicho Ente no puede actuar sin una autorización legal.

García Trevijano dice: "Lo que caracteriza a la Administración en el Estado de Derecho, es la imposibilidad de intervenir en la libertad humana o en su propiedad, sin que existe una autorización de la ley". 1)

Esto es así, como una garantía para el Administrado, porque si la ley emana del pueblo, la Administración, mediante la ley, está sometida a la voluntad de aquel.

La Administración está limitada para actuar siempre que una ley se lo permite, consecuentemente su capacidad se restringe a hacer lo que la ley le manda que haga y nada más.

El Art.6 consagra el Principio de Legalidad al que debe estar sometida la Administración, los funcionarios que son sus representantes deben dirigir esa voluntad a la realización de actos enmarcados dentro de las facultades concedidas por la ley.

La Administración debe actuar si la ley se lo permite; ello establece una diferencia sustancial entre su actividad y la del particular. El principio de Legalidad surge para garantizar los derechos del subordinado y para combatir el absolutismo que da lugar a la arbitrariedad en perjuicio de los mismos.-

1) García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1973, página 32.-

La validez de los actos realizados por la Administración Pública, se encuentran condicionada a que cumpla en forma estricta las normas jurídicas.

El principio de Legalidad permite que el ciudadano actúe con mayor libertad, lo que significa que tiene éste mayor capacidad para actuar con sobrada razón señala García Trevijano Foss: "Que el hombre puede realizar todo lo que no está prohibido y la Administración sólo lo que se le permite".²⁾

En el Estado de Derecho la finalidad que persigue el constitucionalismo es la de garantizar la libertad y la dignidad del ciudadano, lo que se realiza a través de la adecuación o sumisión del Estado al Derecho y por ello la Constitución es la norma fundamental que afianza el régimen que garantiza los derechos de la personalidad y ciudadanía del ser humano y señala la conducta jurídica de los funcionarios que ejercen poderes y realizan determinadas funciones.

En el Estado de Derecho la Constitución: "Es la afirmación de la soberanía del Derecho, restituyendo en la vida política la nación de mando por la regla obligatoria, incluso para el mando".

La actuación de los particulares es distinta, están sujetos a otro principio, al Principio de Libertad contrario al Principio de Legalidad que rige al Poder Ejecutivo.

El Principio de Libertad que rige a los particulares lo consagra nuestra Constitución Política en su Art.152 cuando dice: "NADIE ESTA OBLIGADO A HACER LO QUE LA LEY NO MANDA NI A PRIVARSE DE LO QUE ELLA NO PROHIBE".

2) García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1973, página 32.-

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS PAISES SOCIALISTAS

La doctrina marxista-leninista se considera como la expresión clara, sin discusión, de la verdad y la razón, por lo que en la U.R. S.S., al derecho precede dicha doctrina, la que da prioridad a los principios económicos.

Para el marxismo-leninismo el Derecho como creación de la clase dominante forma parte de la superestructura que surge de la infraestructura económica que pone de manifiesto claramente, los intereses de dicha clase, en una determinada sociedad, en la medida en que disponen de los bienes de producción. Si así es, constituye el instrumento de opresión en contra de las personas que carecen de dichos bienes y que constituyen la clase explotada, por lo que es evidentemente injusto.

La doctrina marxista-leninista pretende llevar a la sociedad al comunismo o sea una sociedad en la que no existirá ni el Estado ni el Derecho, la cual regirá por sentimientos de solidaridad la conducta de las personas; el ser humano se guiará por normas morales, costumbre, reglas técnicas, hábitos; para ellos la transformación de un modo de vida económico, transformará también al hombre, quien actualmente es producto del medio social en que vive.

En la U.R.S.S., después de la Revolución Bolchevique, al aplicarse los principios de la doctrina marxista, cambia la estruc-

tura social y económica del pueblo ruso; pero se dan cuenta que -- hay una realidad que no se puede abolir o destruir; el Estado y el Derecho.

Comprenden los dirigentes revolucionarios que es utopía -- pretender hacer desaparecer el Estado y el Derecho en la revolu--- ción comunista y que por el contrario, es necesario y de vital im--- portancia para afianzar los principios económicos que se sustentan y surge entonces el derecho, como un derecho nuevo, un derecho co--- mo instrumento de la revolución, un derecho socialista, un derecho que vela por los intereses de la colectividad, un derecho de toda una sociedad soviética y consecuentemente se afirma con mayor fuer--- za el principio de legalidad; pero un principio de legalidad socia--- lista, que es lo que hace que se diferencie fundamentalmente del --- derecho que regula las relaciones económicas y sociales en los paí--- ses que como el nuestro tienen un sistema capitalista.

Para Marx el derecho en los países de economía burguesa, ha--- sarvido como instrumento para proteger intereses económicos que -- tienen su base en la propiedad privada, por ello siempre predijo -- que el Estado y el derecho necesariamente desaparecerían al adveni--- miento de un sistema comunista, en cuyo seno las relaciones jurídi--- cas serían de solidaridad, siempre en interés del bien social; sin embargo, para que ello suceda se hace necesario en la actualidad -- que en la U.R.S.S. el derecho impere con mayor fuerza, para alcan---

zar el ideal comunista; pero para llegar a esta etapa final, se -- tiene que pasar por una etapa transitoria, que es el socialismo, en la cual es de vital importancia una disciplina férrea para llevar adelante el plan y para realizar el trabajo y para que esta disciplina sea permanente, se tiene que hacer uso de la coacción y el -- derecho, aunque no necesariamente sea éste el único instrumento.

En el momento actual, la actividad estatal en la U.R.S.S. se conforma mediante la regulación de normas jurídicas, las cuales determinan la actuación de las empresas estatales (sovjoz) y las -- cooperativas agrícolas (koljoz), la actividad de los ciudadanos y se lucha porque algún día se llegue a la etapa final; el comunismo.

por esta razón el Principio de Legalidad Socialista es un imperativo y su cumplimiento u observancia, constituye la adecua-- ción de los ciudadanos en forma absoluta al orden jurídico sovié-- tico.

Para los soviéticos el imperativo del Principio de Legali-- dad surge, porque tienen conciencia de que las leyes soviéticas -- son justas y son justas porque miran el interés de todo un conglo-- merado socialista; el proletariado, que constituye una sola clase, no existiendo en la U.R.S.S. antagonismo de clases, no existiendo dos clases en pugna; poseedores y desposeídos, no existiendo una -- clase privilegiada y otra explotada, las leyes soviéticas constitu-- yen un instrumento necesario para fortalecer los ideales socialis-- tas.

Ahora bien, debemos tener presente que el marxismo ha estado en contra del principio de legalidad, en la medida en que éste ha servido para instaurar, proteger y mantener un sistema económico y un orden social no justo. Sin embargo, la actitud de los dirigentes marxistas-leninistas cambia, cuando les hacen ver a los miembros de la U.R.S.S. la necesidad que se tiene de adecuar la conducta al orden legal existente.

El principio de legalidad socialista se diferencia fundamentalmente del principio de legalidad de los sistemas capitalistas porque en estos últimos protege dentro de dicha estructura los intereses de propiedad privada sobre los medios de producción (tenencia de fábricas, tenencia de la tierra, libertad de empresa); en cambio para los soviéticos el principio de legalidad socialista, tiene validez, según el orden económico que representa; la propiedad social sobre los medios de producción (fábricas, tierra, instrumentos de trabajo, etc.); la distribución social justa de lo producido que conlleva a elevar el nivel económico de vida del pueblo y que supone un salario justo, asistencia médica y educación gratuitas, etc.); por estas razones tienen validez las normas jurídicas, porque el ser socialistas es lo que le da un sentido valioso; mira el interés social, el interés de todos, el interés de toda una colectividad, se dice que su razón de ser estriba en que sólo lo tiene sentido, en una economía socialista y supeditadas a los principios de dicha economía.

Con el triunfo de los bolcheviques en 1921, el pueblo ruso tiene que hacerle frente a dos fuerzas; una interna y otra externa; pero lo que anhelan es poner en práctica sus ideales, para lograrlo tienen que vencer a los elementos que se oponen al sistema económico que pretenden implantar aquellos revolucionarios y por cuyo ideal luchan, debido a esta situación, en determinadas circunstancias las leyes dictadas no se cumplen; pero ello no constituye preocupación para los dirigentes bolcheviques, ya que consideran que lo importante es hacer conciencia en las masas a fin de que el ideal marxista se cumpla; pero sucede, que dichos revolucionarios al querer aplicar, en un principio, los lineamientos de la doctrina de Marx, no toman en cuenta, la realidad económica sobre la que predijo Marx, iba a tener lugar el socialismo; un país desarrollado económicamente, industrializado, con una inmensa fuerza de trabajo.

La situación rusa era diferente, la inmensa mayoría de los ciudadanos soviéticos eran campesinos, el país no estaba desarrollado, no estaba industrializado, por esta razón, teniendo Rusia una economía diferente, los bolcheviques pretendieron utópicamente durante la revolución, instaurar el comunismo, sin que se diera la etapa del socialismo, tal como fue previsto por Marx.

En la etapa del comunismo revolucionario (1917-1921) se trata de suprimir el derecho, y por ello, desaparecen los Tribunales, los Códigos, todo procedimiento, hay una gran desconfianza en contra de los estudiosos del derecho, quieren eliminar todo formalismo pretendiendo instaurar tribunales con conciencia revolucionaria, con un

sentido de justicia socialista, que velen por los intereses del proletariado constituido por campesinos y obreros. En este período no opera ni tiene ninguna validez el Principio de Legalidad que sólo - puede imperar, siempre y cuando haya un sistema en el que existan - normas jurídicas precisas, aplicables a un caso concreto.

Sin embargo, los dirigentes soviéticos revolucionarios comprenden que están actuando erróneamente, que están actuando fuera - de la realidad y que con su actitud están contradiciendo los mismos principios marxistas.

Después del aplastamiento de las fuerzas contrarias inter-- nas, con el triunfo obtenido en la guerra civil por los comunistas y habiendo ganado la lucha en contra de las intervenciones extranje ras, se sucede una nueva etapa: "Período de la Edificación del So-- cialismo, que es el que corresponde a la N. E. P. (Nueva Política E conómica), (1921-1928). Durante este lapso el Principio de Legalidad cobra vida, se promulgan una serie de Códigos (Civil, Penal, Procedi mientos Civiles, Procedimientos Penales, etc.), se organiza el sis-- tema de administración de justicia, etc.

Comprenden que para que se consolide el régimen socialista, debe fortalecerse el principio de legalidad socialista; se hace ne-- cesario el cumplimiento en forma exacta y rigurosa de las leyes tan to de parte de las instituciones y organizaciones como de los fun-- cionarios y ciudadanos soviéticos.

Lenin estableció era imprescindible consolidar la dictadura del proletariado, el poder estatal socialista y el fortalecimiento de

de la legalidad socialista, siendo ésta indispensable como condición para consolidar la dictadura del proletariado, para proteger los derechos de los trabajadores, para lograr la disciplina estatal.

La legalidad se hace necesaria para proteger la propiedad socialista, el sistema socialista de la economía, el régimen socialista estatal y social de cualquier situación, de cualquier acto, que pretenda perjudicarlo.

Las leyes socialistas deben regular las relaciones entre los organismos estatales socialistas y los ciudadanos, en forma estricta.

La actuación del Estado debe encaminarse a educar al ciudadano soviético a fin de que tengan conciencia de que es necesario el cumplimiento riguroso de las leyes dictadas; de que la infracción de las normas jurídicas por funcionarios estatales, da lugar a que los trabajadores pierdan la confianza en el Estado, suscitar el descontento, permitiendo así que se dañe el desenvolvimiento de las masas, tanto política como productivamente, actividad que es condición importante para fortalecer el socialismo. Consecuentemente los funcionarios soviéticos están en la obligación de dar el ejemplo en el cumplimiento de los preceptos legales, obligándose a la vez, a proteger los derechos de los ciudadanos y tomando las medidas indispensables para satisfacer los intereses colectivos, asimismo no deben permitir ocultar las infracciones de las leyes y deben tomar medidas para cortar de raíz toda actitud negativa en contra de los principios legales, sea quien fuere la persona que los infrinja.

El principio de legalidad socialista, se puede ver desde dos aspectos fundamentales:

1o.) Se manifiesta como principio al cual debe el Estado adecuar su actividad, conforme al cual deben todos los organismos estatales socialistas realizar sus funciones; los funcionarios soviéticos deben actuar dentro del marco de las normas jurídicas socialistas, respetando en forma rigurosa los derechos del pueblo ruso y de sus organizaciones sociales.

2o.) Se manifiesta como principio, como comportamiento debido de todo un pueblo o sea como la necesidad que se tiene de que incondicionalmente se cumplan las leyes por todos los ciudadanos soviéticos.

Consecuentemente constituye un principio de dirección y de justicia estatal y de comportamiento del pueblo.

También supone el principio de legalidad socialista un sistema que vigile en forma permanente las leyes, un sistema de garantías que permita la eliminación de actos arbitrarios e ilegales, un sistema que permite la exigencia de responsabilidad tanto jurídica como social a quienes incumplen la ley.

Estudiado lo anterior, vemos que el Principio de Legalidad Socialista se impone en la Unión Soviética a todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas; que tiene mayor imperativo para regular la actuación de los administradores y de las instituciones y empresas pertenecientes al Estado.

Concluido el período de la N. E. P. se consolida la Unión Soviética como Estado Socialista y es aquí donde se impone en su totalidad el Principio de Legalidad Socialista.

En la actualidad los conflictos que se suscitan entre las empresas del Estado y los particulares, se someten a arbitraje; pero dicho arbitraje no debe ser entendido como el nuestro, sino que es un arbitraje público o administrativo, en el que toda su actuación y en forma estricta está regulada por el derecho o sea que las normas jurídicas obligatoriamente deben ser aplicadas para solucionar toda controversia surgida entre los entes estatales y los ciudadanos soviéticos, consiguientemente no pueden decidir ningún conflicto, según su conciencia, fundados en principios de equidad, según su verdad o buena fe, o en base a otra clase de consideración no jurídica, porque les está prohibido.

En cuanto a la actividad realizada por las empresas estatales, debe sujetarse estrictamente a las normas jurídicas que regulan dicha actividad y no sólo atender las reglas de eficacia, las que quedan en un segundo plano.

Hecho el análisis en la forma expuesta, de lo que presupone el principio de Legalidad en la Unión Soviética, debemos aclarar -- que el máximo representante del proletariado, es el SOVIET SUPREMO y la voluntad de éste, está por encima del Derecho, consecuentemente, el Principio de Legalidad Socialista se subordina a los lineamientos políticos dictados por el Soviet Supremo, que tiende a la construcción del socialismo, como etapa transitoria para llegar al comunismo.

En el sistema socialista, lo importante es la política, que tiene por objeto la culminación del socialismo; el Soviet Supremo es el que constituye el poder supremo y el máximo representante del pueblo soviético, consiguientemente no se encuentra subordinado al Derecho y éste no tiene para ellos ningún sentido axiológico absoluto, sino que tiende a afianzar, edificar y fortalecer el socialismo.

Lo que caracteriza al Principio de Legalidad Socialista o al Derecho Soviético, es que éste no actúa en beneficio de particulares intereses, no es válido porque favorece o soluciona un problema o un derecho individual lesionado, sino que su finalidad y fundamento estriba, en el hecho de que constituye algo esencial para transformar el comportamiento y el modo de ser de los ciudadanos soviéticos y sirve de base para organizar las fuerzas económicas de los países que constituyen la Unión Soviética.

La concepción que se tiene del derecho varía esencialmente de la nuestra, para los dirigentes soviéticos el derecho, la inobservancia del derecho supone un ataque a su política, una amenaza, un riesgo, que puede dar lugar a que se retarde aún más la etapa definitiva; el comunismo. Para ellos el cumplimiento de la norma jurídica se hace necesario para que se realice el plan y se llegue al desarrollo económico de toda la U.R.S.S. Es por esa razón que el respeto por el Principio de Legalidad Socialista se exige con mayor fuerza, es decir que tiene mayor grado de imperativo, que en países que tienen una economía capitalista, en la que sólo priva el interés particular y no el de una sociedad en general.

Dada la función que desempeña el derecho en la U.R.S.S., - por el que se pretende llegar a una nueva sociedad, toda violación jurídica repercute en el interés general y no en el interés de una sola persona, por esta razón, el daño causado a una persona repercute no sólo en ella, sino también en las autoridades y Estado Soviético.

René David dice: "El principio de legalidad tiene en la U. R.S.S. un carácter más necesario, más exigente, que en los países burgueses, donde el Derecho trata, ante todo, de realizar la justicia entre personas privadas y donde el derecho, en consecuencia, - sólo se impone, en una amplia esfera, en la medida en que los ciudadanos interesados están dispuestos a actuar para la salvaguardia de sus derechos.

Las diferentes funciones que le son asignadas en la Unión Soviética hacen que, en este país, se conciba de modo más estricto el principio de legalidad y se establezcan garantías más eficaces para su respeto; la sociedad y los gobernantes están más interesados en ello en la U.R.S.S. que en los países burgueses." +

Se dice que el principio de Legalidad carece de superioridad en la U.R.S.S. Si se concibe el Derecho, no como instrumento - de política económica, sino vinculado a principios superiores que tienden a la justicia, como valor axiológico del mismo, en los países burgueses, se le considera como algo superior y esta rodeado - de una aureola casi mística. Ciertamente, en este sentido, carece de superioridad, para los dirigentes soviéticos.

Para los marxistas el Derecho es una simple superestructura

+ René David, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Traduc.

al servicio de intereses económicos, que regula los modos de producción, consecuentemente, carece del valor absoluto que se le da en los países burgueses.

Ahora bien, como instrumento que sirve de base para la consolidación del socialismo, tiene una vital importancia y un imperativo superior en la U.R.S.S.

Dado que el Principio de Legalidad no tiene un valor absoluto, permite que tenga ciertas limitaciones:

a) Sobre el derecho se impone el Soviet Supremo que es el que dirige la política económica de la U.R.S.S. hacia el comunismo.

b) No es el Derecho el que rige la conducta del Soviet Supremo, sino que el Derecho le sirve a él de instrumento para lograr el plan.

Quienes conciben el derecho como valor absoluto, pretenden cumplir la norma jurídica para afirmar y afianzar el imperio del Derecho y no lograr determinada política, en cambio la doctrina -- Marxista coloca al Soviet Supremo por encima del derecho, el cual no puede regir su conducta.

Otra limitación a dicho Principio de Legalidad lo constituye el hecho de que en la U.R.S.S. el derecho está subordinado a los intereses económicos y a la política.

Sin embargo, y dadas estas limitaciones, sin poseer el principio de Legalidad el carácter absoluto que se le da en los países burgueses, dicho principio no se discute en la U.R.S.S., que es necesario y corresponde a la etapa transitoria del socialismo para sa

tisfacer las necesidades del mismo, a fin de asegurar en forma más eficaz el cumplimiento de la etapa final; el comunismo, en la cual desaparecerá todo medio de coacción.

En la actualidad el hacer de la U.R.S.S. está regulado mediante procedimientos que afianzan el Principio de Legalidad Socialista, en los que tienen participación los órganos estatales, los sindicatos, las cooperativas, los medios divulgativos.

Para los dirigentes marxistas la legalidad socialista está constituida por la armonía reinante entre los intereses individuales y sociales, a través de la colectivización de los bienes de producción, asegurando de esta manera un régimen socialista en el cual desaparece toda explotación del hombre por el hombre.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS PAISES ANGLOSAJONES

Nuestro derecho difiere totalmente del derecho inglés; las concepciones que se tienen sobre las instituciones jurídicas en Inglaterra, son completamente distintas, en la Gran Bretaña no existe el Derecho Codificado y la ley formal no tiene la supremacía que tiene en nuestro sistema jurídico y en todos aquellos que han basado su derecho en el romano germánico.

Siguiendo a René David diremos: "Que es evidente que ley y jurisprudencia no desempeñan el mismo papel en nuestro Derecho y en el Derecho inglés". Otra diferencia que se da entre derechos romano-germánico y Common Law, es la que se deriva de la propia estructura de estos derechos y se dice que ésta la fundamental y es la que nos explica el porque dichos Derechos tienen una distinta concepción de la Teoría de la fuentes del Derecho y que además la que da el fundamento del porque el Derecho inglés no se encuentra codificado.

El sólo análisis del Derecho como un conjunto de normas vigentes, en determinado momento o en cierta época en un país determinado es incorrecto, debe verse también como producto de una estructura económica, con base en esto último vemos que las diferencias de estructura del Derecho inglés y del Derecho que se origina de las concepciones romano-germánicas, permite tener nociones distintas sobre el mismo, que nacen también según su vida económica.

Sin embargo, tanto en el Derecho inglés, como en nuestro Derecho, hay nociones jurídicas que no cambian, conceptos jurídicos que no se alteran y aunque las normas vigentes cambian constantemente, hay instituciones que permanecen casi estables en los dos sistemas jurídicos. El legislador cambia la norma jurídica; pero difícilmente cambiaría el léxico jurídico que es el que nos permite llegar a la comprensión de la norma.

En las divisiones del derecho inglés no hay distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, no existen las divisiones que se dan en nuestro derecho vigente, como son el Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Laboral, etc.

En la época medioeval hacen una división los ingleses, fundamentalmente son el Common Law y la Equity, instituciones jurídicas que analizaremos.

También hablan de: Trust, bailment, estoppel, consideration, trespass, nociones jurídicas que no se pueden traducir al castellano y si se pretenden traducir, se cambia la naturaleza y significado de las mismas.

La norma jurídica, preceptos o reglas legales, en nuestro derecho está situada en un nivel superior y tiene el mismo significado; en el Derecho inglés surgido a través de la jurisprudencia, la regla legal (legal rule) significa algo distinto de la norma jurídica, a la que la doctrina ha permitido sistematizar o la creada por el legislador y está situada en un nivel en el cual no se le permite una mayor generalidad, lo que origina la no distinción entre normas de carácter imperativo y normas supletorias y lo que no permite una codificación.

La estructura en sí del Derecho inglés es diferente a la del nuestro, y esa diferencia la vemos desde las grandes divisiones del Derecho, hasta en el plano inferior.

El derecho nuestro es racional y lógico, tiene su base en el estudio conciente de juristas, en la doctrina de grandes expositores del Derecho y en legislaciones, como la francesa, española, italiana, chilena, en las que han tenido participación juristas renombrados, las que están basadas también en principios romanistas, principios que aún subsisten; los juristas se hacen en las Universidades y las normas son obra del legislador; el Derecho inglés ha surgido, sin que para ello haya sido necesario el empleo de la lógica y sólo ha tenido como base lo resuelto o impuesto mediante el procedimiento.

Se dijo que en Inglaterra existe el Common Law y la Equity.

El Common Law en sus orígenes es la lengua hablada de los juristas, constituye el derecho común de los ingleses, aplica la costumbre limitándose a resolver conforme a la misma, determinados conflictos, tomando como base los fundamentos alegados por las partes, sin que para ello sea necesario hacer uso de la razón. Hoy en día este derecho es común en toda Inglaterra; pero constituye una síntesis de todas las costumbres locales, que han servido de base para crear la jurisprudencia, en él se han tomado en cuenta principios del Derecho Romano, aunque los elementos de este derecho han sido deformados por el uso de los procedimientos instaurados. El Common Law es la obra de una práctica constante en los Tribunales ingleses.

Debido a que tiene como molde el procedimiento formalista, Inglaterra corría el riesgo de no poder desarrollar su derecho de acuerdo a las necesidades imperantes según la época. El formalismo del procedimiento medieval no permitía conocer de situaciones nuevas, lo que limitaba al Common Law, esto dio lugar al surgimiento de un nuevo Derecho y es al que nos hemos referido como Equity.

La Equity es un conjunto de normas que han sido elaboradas y aplicadas por el Rey a través del Canciller en el transcurso del tiempo desde los siglos XV y XVI y que ha tenido como propósito o finalidad solucionar aquellas situaciones o conflictos jurídicos que no han podido ser resueltos por los Tribunales de Westminster que forman el Common Law.

De acuerdo con la Equity el Canciller ha intervenido con equidad, según su conciencia, para solucionar un conflicto no resuelto por los Tribunales del Common Law. La actuación del Canciller tiene el carácter de discrecional y esta discrecionalidad anteriormente era ilimitada, sin embargo en la actualidad existen una serie de normas que en forma precisa guían al Canciller para que pueda hacer buen uso de ese poder discrecional.

El procedimiento para solucionar o dirimir un conflicto, varía según se trate del Common Law y la Equity. El procedimiento de esta última es escrito, está inspirado en el procedimiento canónico y no interviene la voluntad de un jurado, como sucede en el Common Law.

En la actualidad y a partir de 1873-1875 o sea a mediados del Siglo XIX época en la que hubo una fusión del Common Law y de la Equity, por la Judicature Acts y para evitar la dualidad de procedimientos se --

se puede intentar una acción tanto en el Common Law como en la Equity y pueden invocarse ante una sola jurisdicción y por medio de una sola acción, por esa razón hoy en día se habla de una fusión de Common Law y Equity, aunque en la realidad y jurídicamente no sea así.

Todos los sistemas jurídicos que tienen como base el Derecho Romano, le dan mayor importancia a las normas jurídicas sustantivas y las normas de carácter adjetivo aunque son necesarias, no ocupan el lugar preponderante que tienen las primeras. A éstas se les estudia en forma racional y lógica surgiendo así los grandes juristas, quienes hacen estudios en Universidades, a estas normas sustantivas se contraponen el derecho adjetivo en las que encontramos las reglas de procedimiento, que son las que sirven de guía para la aplicación de las leyes sustantivas, estas reglas pueden ser aprendidas aún por aquellas personas que no tienen estudios universitarios.

Cosa distinta ocurre en el Derecho inglés, el cual no se ha originado en Universidades ni tiene su base en principios fundamentales -como dice David "es un Derecho surgido del procedimiento y elaborado por los prácticos.

A pesar de que el Derecho inglés ha ido evolucionando y que esto ha permitido simplificar el procedimiento y enriquecer el derecho sustantivo; y aunque ya se preocupan por conocer los principios del Derecho y asisten a las Universidades para aprenderlos, sin embargo su tradicionalismo no les permite desvincularse de los procedimientos para dilucidar un conflicto y sigue teniendo la misma importancia.

Los litigios son resueltos en el Derecho inglés por Tri-

bunales "inferiores", por comisiones contencioso-administrativas, por medio del arbitraje particular o privado; y los Tribunales Superiores controlan la actuación de dichos organismos. Cuando se trata de la actuación de la Administración se verá si la decisión adoptada por ésta ha sido de acuerdo a un leal procedimiento y si la misma ha otorgado el derecho de audiencia a todos los administrados que tienen interés en el litigio y dentro de los términos señalados por el procedimiento y oídas que hayan sido las partes si el procedimiento dado se ha verificado con conocimiento de causa. No interesa que decisión ha de tomar la Administración, lo importante es que se haya dado siguiendo fielmente el procedimiento correcto. El jurista inglés tiene fe en la Administración, por esa razón no existe en el Derecho anglosajón recurso por abuso o desviación de poder como ocurre en nuestro sistema jurídico o tal vez no en el nuestro, sino en aquellos países en donde verdaderamente existe lo contencioso-administrativo; pero hay algo muy importante en el Derecho Administrativo inglés, y es el de que a la Administración se le obliga a motivar sus decisiones.

A través del estudio hecho acerca del Derecho inglés, se llega a la comprensión de que aunque las leyes sustantivas (entendida la ley según la noción que tenemos de ella) no tienen la importancia que tienen en nuestro sistema jurídico, a sabiendas de que su derecho no tiene como base los grandes principios generales del Derecho, el Principio de Legalidad existe en el Derecho inglés y quizás con mayor fuerza que en el nuestro. Cuando se dice que el acusado o la persona que ha recibido el daño o la que ha de beneficiarse, debe de tener un trato "leal" en el procedimiento y cuando se dice "leal" debe entenderse que quien actúa con base en el procedimiento debe de hacerlo apegado al mismo en una forma estricta, en

en una forma correcta, de acuerdo a las normas que regulan el procedimiento, que constituye el principio básico del derecho inglés, lo que significa que para los ingleses el procedimiento es lo que para nosotros la ley.

El jurista inglés se preocupa más por la "administración de justicia" que por la "justicia" como valor axiológico a que tiende el derecho según las concepciones filosóficas que tenemos del mismo.

Para el jurista inglés lo más importante es "seguir un procedimiento reglamentado e inspirado por la lealtad y por esa vía llegar a una solución justa", consecuentemente, está aplicando el principio de Legalidad y tratando de cumplir con ese valor "justicia".

Otra situación muy importante que es necesario resaltar del Derecho inglés, es el caso de que para que las decisiones judiciales tengan la debida eficacia, los tribunales, con el fin de que se asegure el respeto al derecho, ellos mismos ordenan a la Administración el cumplimiento de sus decisiones, no les baste o no lleguen sus atribuciones sólo a anular el acto ilegal administrativo, si no que obligan a la misma a que adopte una medida justa en beneficio del particular que ha recibido el daño, de acuerdo a las circunstancias; si ante el Tribunal Superior se interpone el derecho de Habeas Corpus, dicho Tribunal ordena que se ponga en libertad a la persona que se encuentra detenida ilegalmente.

En los ingleses no cabe la idea de que alguien pueda -

burlarse de la justicia; su rigor y eficacia en el procedimiento es el muro que detiene a quienes pretenden desobedecer los mandatos dictados por un Tribunal, por lo que es inconcebible que un particular y mucho menos los organismos o autoridades administrativas, puedan cometer actos que les permita burlarse impunemente de la justicia y es aquí donde se afirma el principio de Legalidad en el Derecho inglés, el que se aplica en dicho Derecho, con mayor fuerza y con un sentido de ética y responsabilidad superior al nuestro.

El Principio de Legalidad en nuestro sistema jurídico, tiene su base en la norma jurídica sustantiva. La concepción que se tiene de la norma jurídica o regla legal en el derecho inglés es diferente.

La fuente del Derecho inglés es la jurisprudencia y la legislación, la concepción que tiene de su derecho es de carácter jurisprudencial, las normas jurídicas se encuentran en las decisiones de los Tribunales Superiores; la regla legal es la que aplica el Juez para solucionar un caso concreto y esta no puede elevarse a la categoría de norma jurídica, es simplemente una decisión que hadado solución al caso en disputa para dirimir el conflicto; si dicha opinión se eleva a la categoría de norma, "estaríamos -como dice René David- desnaturalizando el derecho inglés haciendo del mismo un Derecho doctrinal".

En el sistema inglés se adopta como norma jurídica, todas aquellas normas que han sido interpretadas por la jurisprudencia y esto equivale a las disposiciones que en nuestro sistema han sido emitidas por el ente que está capacitado para dictar las leyes.

En nuestro derecho positivo la norma jurídica tiene un carácter general y abstracto y ha sido creada por el legislador y el Principio de legalidad se afirma por el cumplimiento estricto de quien aplica el supuesto jurídico contenido en la norma, al caso concreto; para la creación de dicha norma ha sido necesario hacer uso de los principios generales del derecho, tomar en cuenta la doctrina de los expositores, el examen de otras legislaciones del mismo sistema, la realidad imperante en un momento determinado, haciendo uso también de la sistemática y dogmática jurídica.

La norma jurídica inglesa se nos presenta en forma diferente, nace para dar solución en forma inmediata al caso concreto o sea que nace con el conflicto surgido, se formula, se comprende, se aprecia, a medida que se conocen los elementos del litigio. Esta es a la que nos referimos anteriormente como regla legal, aplicable a un caso particular, la cual carece de la amplitud y generalidad de la norma jurídica nuestra, que se encuentra elevada a la categoría de principio jurídico.

Nuestro sistema jurídico como todos aquellos que se derivan de los derechos romano-germánico, se basa en un orden jurídico coherente, es decir sistematizado, esta basado en una carta fundamental, en la que se encuentran principios constitucionales genéricos, que son desarrollados por leyes secundarias que no pueden transgredir dichos principios; dentro de ese marco constitucional se encuentra todo nuestro derecho escrito, lo que indica que nuestro sistema jurídi

es cerrado y todo conflicto jurídico tiene que ser dilucidado de acuerdo con una norma jurídica preestablecida o sea que todo caso concreto tiene que ser resuelto de acuerdo con una norma anteriormente dictada y eso nos permite tener clara conciencia de que en nuestro sistema jurídico el principio de legalidad es una de las bases fundamentales sobre las que se asienta el derecho.

No sucede lo mismo en el Derecho inglés, mediante el sistema jurídico inglés, toda controversia, o todo conflicto, o todo litigio, es resuelto mediante métodos que permiten resolver cualquier caso concreto que se presente ante los tribunales ingleses, sin que para ello sea necesario la interpretación de una norma jurídica sustantiva previamente establecida. El tecnicismo jurídico inglés no permite la interpretación de una norma, sino que la jurisprudencia o sea reglas legales ya formuladas les señale el camino a seguir, para aplicar al caso concreto la regla legal que ha podido descubrir o la aplicación de una nueva regla legal.

El jurista inglés al tomar en cuenta la jurisprudencia o la norma jurídica, tiene plena conciencia de que para solucionar un litigio debe ajustarse en la mayor medida a las situaciones especiales de cada caso concreto, haciendo un análisis conciente de las razones que le permiten diferenciar el conflicto presente del caso que dio origen a la solución que tiene ante sí y que le ha de servir de modelo para dirimir el litigio presentado ante él en el caso actual. El jurista inglés comprende que ^auna situación nueva necesariamente habrá de corresponder una nueva norma.

Explicada en una forma sencilla la concepción que los ingle

ses tienen de la norma jurídico, es preciso señalar que la ley en sen
tido formal tiene en Inglaterra un carácter anormal y se dice así, --
porque para ellos la norma legislativa es un elemento extraño al pere
cho y para que la misma sea asimilada por los jueces se hace necesario
que dentro del sistema jurídico inglés haya sido elevada a la catego-
ría de norma jurídica, siempre y cuando dicha ley haya sido tomada en
cuenta por los Tribunales de acuerdo a las normales condiciones en --
que es elaborado el Common Law.

Al afirmar que la jurisprudencia constituye la norma jurídica
en el derecho inglés, la ley en sentido formal que concede poder dis-
crecional al Juez carece de valor y ésta tendrá sentido, si, existen --
reglas jurisdiccionales en un sin número de casos que determinen en --
forma precisa el camino a seguir a fin de que el Juez haga buen uso --
del poder discrecional, en estas circunstancias está implícito el ---
principio de legalidad.

Todos o la mayoría de los principios jurídicos, en nuestro --
país están contenidos en los Códigos y en leyes no codificadas y la --
jurisprudencia constituye fuente primaria del Derecho, cuando de con-
formidad con el Art. 3 de la Ley de Casación, se eleva a la categoría
de doctrina legal; la fuente primaria del derecho inglés es la juris-
prudencia y constituye un principio de autoridad, que le es desconoci
do en los sistemas jurídicos de Derecho escrito.

El Derecho jurisprudencial emanado de los Tribunales de West-
minster (tanto en lo relativo a los Asuntos de la Reina, Fisco, como a
los asuntos civiles), constituyen reglas del precedentes, lo que en --
lenguaje castellano significa reglas o normas obligatorias que neces
a

riamente tienen que cumplirse para darle certidumbre y seguridad al orden jurídico inglés.

qué debemos entender por regla del precedente?

Las decisiones de la Cámara de los Lores, todas las jurisdicciones deben necesariamente estar de acuerdo a esta doctrina; las decisiones de la Court of Appeal, las que vinculan aquellas jurisdicciones que están en un plano inferior jerárquico, incluida la propia Court of Appeal; las decisiones de la High Court of Justice, que tienen un alto valor persuasivo sobre las decisiones de los tribunales inferiores, aunque no necesariamente tienen que ser obligatorias; pero que son tomadas muy en cuenta, constituyen la regla del precedente.

Los precedentes vinculantes emanan de los tribunales superiores; Supreme Court of Judicature y de la Cámara de los Lores. Son por consiguiente, estos precedentes los únicos obligatorios y a ellos deben atenerse quienes tienen que decidir en un determinado momento un caso concreto.

En Inglaterra las sentencias son mandatos, que no precisan ser razonados, el juez no está obligado a motivar su sentencia, en forma sencilla sólo dispone; "Hágase esto", "debe hacerse esto" "esto queda así". Pero algunos jueces por ilustrar a los abogados, a los estudiantes o a quienes frecuentan los tribunales, expone las razones que tuvo para llegar a la decisión por el tomada, esto lo hace no con el rigorismo que existe en nuestro medio, sino como el expositor doctrinario del Derecho que se sienta ante un grupo ávido de conocimientos, a fin de hacerles llegar los principios generales del

mismo o sobre la materia que está impartiendo.

El precedente en derecho estricto tiene aplicación, naturalmente, dentro de la esfera del Common Law y aunque en la actualidad, en la práctica no existe mayor diferencia en la forma como se aplica en la Equity, sin embargo, el precedente se admite en esta última -- cuando la equidad pierde su carácter de tal y se convierte en normas de carácter complementario o que ratifican las decisiones del Common Law.

La diferencia que sí existe entre la Equity y el Common -- Law es en cuanto a la admisión del precedente, en el primer caso, no tiene el carácter originario del segundo caso; pero ello no influye en cuanto a la aplicación del mismo, porque el precedente se aplica con la misma fuerza tanto en la Equity como en el Common Law, esto nos permite comprender, que aún dado el carácter que tiene la institución de la Equity y del poder discrecional que tienen los jueces -- en dichos tribunales, ello no significa que esa discrecionalidad con -- sista en que pueden aplicar los precedentes en forma potestativa; no, estos tribunales están obligados a aplicar el precedente y tienen -- que hacer uso de la discrecionalidad de conformidad a lo que estable -- cen las normas de los precedentes.

En la aplicación de las reglas del precedente está inví -- vito el principio de legalidad; los Tribunales de la Equity tienen -- que hacer uso de la discrecionalidad siempre que la misma esté permi -- tida por el precedente.

Para concluir, diremos, que aunque el sistema jurídico --

inglés tiene como fuente primaria la jurisprudencia, la que ha orientado por siglos a los juristas, porque no han podido desvincularse de la tradición; que si bien es cierto que las leyes sustantivas no son su fuente primaria, a pesar de que en la actualidad se pretende que lo sea, junto a la jurisprudencia; careciendo de un derecho escrito como el nuestro; teniendo los ingleses otra concepción de la norma jurídica, la que según ellos sólo sirve para solucionar un litigio en determinado caso concreto; sin embargo, no se puede negar la existencia del principio de Legalidad en aquel sistema jurídico, el principio de Legalidad, como Principio General del derecho, tiene su fuente o su base en la Jurisprudencia, que está constituida por los precedentes de los Tribunales Superiores, que en nuestro derecho escrito constituye la doctrina legal, que para nosotros es ley.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

I - GENERALIDADES. 1) Concepto.

No encontramos un concepto específico de lo que se entiende por Principio de Legalidad en los tratadistas de Derecho Administrativo.

En los sistemas de derecho escrito, el precepto legal tiene una jerarquía superior a todas las demás fuentes del Derecho.

La norma jurídica o regla jurídica, como ya sabemos, es un precepto general, abstracto, imperativo, intersubjetivo y coercible; pero dentro de la dinámica de la norma jurídica cobran mayor importancia, los caracteres de imperatividad y legalidad.

En todo ordenamiento jurídico positivo impera la legalidad, lo que nos permite constatar que dicho principio, dentro del Derecho Administrativo define una vinculación de la acción administrativa con dicho ordenamiento.

El principio de Legalidad lo identificamos con todo el orden jurídico positivo, por lo que concierne a toda la acción administrativa y no solamente a los actos administrativos.

Fundamentalmente el principio de legalidad consiste en que toda decisión individual o administrativa debe ser conforme a la regla general, preestablecida.

Resumiendo, podríamos decir, que el Principio de Legalidad es aquél que establece que todos los actos de la Administración Pública y del Estado en general, tienen que tener como antecedente necesario e indispensable un acto regla, es decir, una disposición de carácter general, abstracto e impersonal.

Este principio lo han recogido las Constituciones, especial-

mente, en los países de Europa Continental y América Latina.

Los países que siguen las concepciones jurídicas del sistema Inglés, que forman parte del Commen Law, cumplen el Principio de Legalidad en distinta forma.

Nuestra Constitución Política consagra el Principio de Legalidad en el Art.6, que expresamente dice: "Todo poder público emana del pueblo. Los funcionarios del Estado son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". 1)

También desarrolla dicho Principio, el Art. 47 No.14 que dice: "Corresponde a la Asamblea Legislativa, determinar las atribuciones y competencia de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se hubiese hecho".

2) CARACTERISTICAS.

Siguiendo a Fiorini decimos que dentro del Derecho Administrativo el Principio de Legalidad tiene ciertas derivaciones jurídicas, lo que permite determinar sus características, las cuales analizaremos en forma somera:

a) Normatividad Jurídica. La Administración en su actividad necesariamente tiene que fundamentarse en normas jurídicas, ya sean estas Constitucionales, Legislativas o Reglamentarias, sea esta actividad general, particular o individual. La totalidad de los actos administrativos, de la índole que sean están regidos por todo el ordenamiento jurídico.

b) Jerarquía Normativa. Dentro del Derecho Administrativo cobra mayor importancia la jerarquía de la norma jurídica, significa esto, que ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podría dejar sin efecto lo dispuesto por otra norma de rango superior.

1) Constitución Política, preb.D.O.No.10 Tomo 194, de 16 de Enero de 1962.-

En el caso de las órdenes, si son dictadas por un superior, no podrán ser derogadas o rectificadas por otro funcionario inferior.

Si no existiera dentro del orden jurídico, la jerarquía, no podríamos hablar de unidad dentro del sistema jurídico y no podría desenvolverse el mismo normalmente.

c) Igualdad Jurídica. Significa que la Administración Pública debe actuar equitativamente, imparcialmente, es decir conceder por igual, prerrogativas o privilegios, sin negar en forma arbitraria derechos a quienes en justicia corresponden.

d) Razonabilidad. Los actos que realiza la Administración deben manifestarse razonablemente, deben tener su justificación en normas jurídicas anteriores al acto, lo mismo que en hechos, conductas y circunstancias que lo originen.

La razonabilidad consiste en el hecho de que el acto responde al proceso de la realización de los hechos que lo justifican. Como dice Dromi: "Debe haber una relación lógica adecuada y proporcional entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin". 2)

e) Control Judicial. Todos los actos de la Administración deben controlarse por medio del Poder Jurisdiccional.

La injusticia cometida con la realización de los actos administrativos va contra el principio de legalidad.

3) TECNICAS PARA QUE SE REALICE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad establece que la Administración debe en toda su actividad someterse a lo que determina la ley; pero este sometimiento se obtiene de acuerdo a ciertas técnicas, éstas son:

I) La Administración está regida por leyes formales. Esto es en opinión de algunos autores, porque en nuestro sistema jurídico, la Admi-

2) Dromi, Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1973.

nistración se rige además por reglamentos emanados del Poder Ejecutivo, los cuales constituyen ley en sentido material, en virtud de no ser emitidos por el Poder Legislativo y ser sin embargo normas de carácter general y abstracto. Lo que significa que no debe limitarse a ejecutar las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo, como se dice en doctrina y en la legislación española. Marienhoff nos dice: - "El principio de la legalidad en la Administración no sólo requiere - que ésta quede sometida a las normas que le sean impuestas (reglas - "exteriores" o leyes" formales"), sino también a las reglas que ella misma se imponga: verbigracia, "reglamentos". 3)

II) Debe establecerse un orden jerárquico de la norma jurídica, lo -- cual es muy importante tanto desde el punto de vista jurídico como po-- lítico; debe respetarse el orden escalonado de las normas de derecho según la jerarquía de las fuentes de derecho.

III) La administración no debe por ningún motivo, con actos singula-- res, cambiar lo establecido en las reglas legales.

IV) La administración tiene como fin primordial la satisfacción del - interés público y toda su actuación debe estar necesariamente encami-- nada a ese objetivo.

V) Las normas legales prescriben que si la Administración infrinje los supuestos jurídicos contenidos en la misma, los actos realizados están viciados, lo que significa que dichos actos son nulos.

4) LA LEGITIMIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La legitimidad supone que el acto emitido, lo ha sido confor-- me a derecho. Es decir que está conforme a los preceptos legales.

Según Marienhoff "legitimidad debe entenderse como sinónimo de perfección, como equivalente del acto perfecto".4)

3) Yedel, cita Tomada de Marienhoff, Tratado de Derecho Administrati-- vo, Tomo I, Buenos Aires, 1975 página 70.

4) Manienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II Buenos Ai-- res, 1975, página 369.

La legitimidad comprende la competencia de quién efectúa el acto, el objeto del mismo y la forma en que se emite dicho acto.

Se presume que todos los actos realizados por la Administración son legítimos, porque la misma está sometida al Bloque de la Legalidad.

La razón de ser de la anterior presunción de legitimidad radica fundamentalmente, no sólo en el hecho de que la actuación de los órganos Administrativos deben actuar conforme las reglas legales, sino, y esto es lo más importante, en las garantías de carácter subjetivo y objetivo que siguen a la emisión de los actos Administrativos.

Ahora bien, debemos tener presente que todo acto Administrativo para que sea perfecto debe ser válido y eficaz.

Cuando hablamos de legalidad y legitimidad, queremos significar que dichos actos deben estar respaldados por una ley; en algunos sistemas legales es requisito que dicha ley sea formal es decir que haya sido emitida por el órgano autorizado para legislar. En nuestro sistema jurídico basta que sea ley en sentido material, es decir que sea una norma jurídica general y abstracta y que el órgano que emita dicha norma jurídica esté autorizado para ello. Ej. Poder Ejecutivo, en el caso de los Reglamentos de Ejecución.

Asimismo, la Administración debe tomar en cuenta, el interés público, es decir tomar en cuenta todas aquellas circunstancias que caracterizan cada momento de la vida diaria; que las facultades de la Administración no estén limitadas por una norma superior respetando así el principio de jerarquía de las normas jurídicas.

En la actividad administrativa, se aceptan dos formas que especializan al principio de legalidad y que van más allá del planteamiento

estricto del principio de legalidad:

- a) Todo acto de la Administración debe ser realizado conforme a Derecho para que sea válido.
- b) Todo acto administrativo, debe ser realizado de conformidad a los principios generales del derecho, es decir que no basta con que esté conforme a la ley escrita, sino conforme a todos aquellos principios generales y fundamentales que orientan al derecho como valor cultural.

5) FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de Legalidad se entiende desde dos puntos de vista: en sentido material y en sentido formal.

Desde el punto de vista material el Principio de Legalidad se fundamenta en una norma jurídica general y abstracta, es decir impersonal, sin importar que dicha norma reúna el requisito de formalidad de la ley, lo que significa que puede ser un precepto constitucional, legal o reglamentario.

Desde el punto de vista formal quiere decir que la norma jurídica que fundamenta el Principio de Legalidad además de ser tomada en su sentido material, debe ser una ley en sentido formal, es decir que dicho precepto legal haya sido emitido por el Poder facultado para crear las leyes, en nuestro caso el Poder Legislativo.

Como se expuso antes el Principio de Legalidad en nuestro orden jurídico se aplica en sentido material.

6) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Toda actividad del Estado es de carácter jurídico. El derecho rige todos sus actos, por lo que estos están regidos por principios jurídicos, aplicándose en forma estimativa los valores jurídicos.

La organización, estructura y desenvolvimiento del Estado, se

exterioriza a través de ciertas formas jurídicas, vinculadas en forma compleja e íntima con los principios jurídicos.

En consecuencia, la Administración se manifiesta a través de las formas jurídicas: hecho administrativo, acto administrativo, simple acto de la administración, reglamento, contrato, cuasicontrato de la Administración; manifestación que en determinadas circunstancias puede lesionar un interés legítimo o un simple derecho subjetivo, es aquí donde se hace necesario el control de la legalidad.

Al principio de legalidad incumbe velar por las garantías en favor de los administrados.

Ningún órgano del Estado puede realizar actos si estos no están autorizados con antelación por una norma jurídica, esto nos lleva a la reflexión de que el Principio de Legalidad es absoluto, que no tiene excepción; en un Estado Moderno, de Derecho, no podríamos ver la actitud de la Administración resolviendo situaciones particulares, fuera de lo normativo, porque estaríamos en presencia de un Gobierno Arbitrario.

6) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ORDEN NORMATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Jaime Vidal Perdomo nos dice: "En el derecho moderno se considera que la actividad de la Administración debe estar permanentemente sujeta a un ordenamiento jurídico, esto es que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores." 5)

Estamos de acuerdo con el ilustre jurista, porque para nosotros toda la función administrativa necesariamente debe desarrollarse dentro de un orden jurídico, lo que significa que debe estar sometida al prin-

5) Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, página 419.-

cipio de legalidad.

La norma jurídica debe servir de base a todo acto administrativo y aunque pequemos de positivismo jurídico, consideramos que para garantizar en favor de los particulares la actuación de los funcionarios administrativos debe mantenerse en forma estricta la jerarquía formal de los preceptos legales y además debe haber una firme vinculación entre la Administración Pública y el orden jurídico vigente.

En los Estados Modernos la exigencia de que todos los actos a realizar por la Administración deben estar previstos o autorizados por una norma jurídica es absoluto, principio al que nos sería imposible hacer una excepción, porque para nosotros aún la potestad discrecional debe estar enmarcada dentro de la norma jurídica, no cabría una facultad discrecional fuera de lo normativo, porque entonces estaríamos dentro de la arbitrariedad o sea el desconocimiento total del precepto legal, como nos dice Garrido Falla "El poder discrecional no es sino una delimitación del principio de legalidad" 6).

En todo Estado de Derecho, en la actualidad, aún en los sistemas anglosajones y en el socialista, cada día se afirma la pretensión de vincular la norma jurídica en forma más estrecha con los actos de la Administración.

6) Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Madrid, 1976, página 258.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACION CON LA
JUSTICIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El Principio de Legalidad implica un juicio valorativo que vincula al Estado con el Derecho.

Mediante la ley se establece la forma, el modo, en que se va a realizar, se va a conservar dicha relación, en un momento determinado. El Estado aún para imponer sus mandatos, tal como lo establece el Art. 10. C. hace uso de la ley.

En el Estado de Derecho, se entiende que toda actividad del mismo tiene que enmarcarse dentro de la ley, para limitar el Poder de la Administración Pública.

Al constituirse la ley como marco dentro del cual se -- realiza la actividad estatal, en Derecho Administrativo, sirve de límites a cada Estado.

El ordenamiento jurídico de cada país es el que determina la conducta a seguir por los Titulares de la Administración Pública y esto es lo que permite establecer un régimen de seguridad para los particulares, garantizando así la libertad de dichos ciudadanos, lo contribuye a lograr la Seguridad Jurídica.

En el régimen monárquico absolutista, no existía límites, no había ningún freno que hiciera contrapeso a la voluntad del Monarca.

En el Estado de Derecho, se persiguen fines, fines que tienden a lograr el bienestar colectivo y para lograr dichos

fines se establece un régimen a favor de los particulares, en el que no se vulne la seguridad de los particulares.

En el Estado de Derecho la voluntad del gobernante es sustituida por la ley, que según nuestra Cn. en relación con el Código Civil, constituyen la voluntad popular y esto es lo que da certidumbre y seguridad jurídica a los particulares.

En nuestro derecho positivo la Constitución Política es el marco legal dentro del cual se tiene que desarrollar las relaciones entre el Estado y los particulares. El Principio de Legalidad en la mayoría de Estados ha sido elevado al rango de precepto constitucional y así lo establece el Art. 6 Cn., en dicho precepto está consagrado el Principio de Legalidad, en forma jerárquica.

El Principio de Legalidad no sólo asigna competencia a los órganos del Estado, sino que también determina formalidades a seguir para que la Administración realice determinados actos en cada caso concreto.

El Art. 119 Cn. establece: "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público".

El Estado no puede arbitrariamente imponer el pago de impuestos, multas, tasas y demás contribuciones, para hacerlo tiene que tener base en una disposición jurídica.

Como ejemplo podríamos señalar la Ley de Impuestos de Alcabala. El Art. 10. de dicha ley establece: "que el impuesto de Alcabala por la enajenación de bienes raíces será el uno por --

ciento sobre el valor real de dichos bienes, etc."""""

La norma jurídica establece la clase de impuesto, el monto, en que clase de acto jurídico, en que forma, se va a pagar y cuando va a ser el momento en que se va a pagar dicho impuesto.

Cada relación entre el Estado y el particular debe estar establecida en una ley, los efectos de derecho que se producen están determinados en la ley. Los titulares del Estado no pueden actuar sin basarse en una ley, es ésta la que ha de establecer, como, cuando y en que forma y lugar va a surtir efecto su actuación.

En todo régimen de Derecho existe un Principio de Legalidad que limita la actividad del Estado en beneficio del particular; y debemos tener presente que lo que no está autorizado para la Administración está prohibido.

De acuerdo al Principio de Legalidad para la Administración no opera el vacío de la ley, no existen las lagunas, si en determinado momento no existe disposición legal para llevar a efecto el acto concreto, esas lagunas no pueden ser llenadas por los Titulares de los órganos de la Administración. No opera en beneficio de la Administración el Principio de Analogía, ni en ninguna otra forma puede haber integración del Derecho.

El funcionario público para actuar, dispone de un solo instrumento: LA LEY.

Si para el ciudadano rige el Principio de Libertad, que nos dice: "que lo que no está prohibido está permitido", para

el Estado rige el Principio de Legalidad. El Estado sólo puede realizar determinado tipo de actos, para hacerlo tiene que enmarcarse en órganos que constituyen al Poder Ejecutivo, creados por una ley, estos órganos están limitados en cuanto a la materia, territorio, grado, tiempo, por medio de una ley.

Si el funcionario público realiza actos sin basarse en una disposición legal, está actuando arbitrariamente. El acto divorcionado de la ley, es un acto arbitrario.

La importancia y la trascendencia que tiene el Principio de Legalidad es la de que toda actividad de la Administración Pública debe tener su base en una norma jurídica de carácter general y abstracto, de lo contrario se cae en la arbitrariedad.

Puede suceder que en determinado momento el acto realizado por el funcionario público sea justo y que éste ha actuado fuera del marco de la ley para no cometer una injusticia; pero el Derecho no sólo persigue la justicia, sino también la seguridad jurídica.

El Derecho tiene al valor justicia, al bienestar común, al orden jurídico, a la seguridad social; y en estas sociedades que actualmente vivimos, el valor seguridad tiene igual jerarquía que la justicia.

Las normas de seguridad tienen a proteger al individuo en su vida, en su salud, sin que ello implique un juicio valorativo de justicia, simplemente se está protegiendo al ciudadano.

Los griegos exigían el respeto a la ley, en beneficio de la seguridad social. Cuando se hace referencia a la vida de Só-

crates, el gran filósofos griegos, entre sus anécdotas, se cuenta: "Que cuando se encontraba en la cárcel, sus discípulos, quienes lo amaban y admiraban mucho, llegaron a la cárcel y le dijeron: "Maestro, lo que han hecho con Usted es injusto, Usted no puede estar preso y venimos a ayudarle para que se fugue de la cárcel". Sócrates les contestó: "No puedo salir de la cárcel -- sin una orden legal; si todas las personas obraran como Ustedes pretenden obrar, no podría existir dentro del Estado un ordenamiento jurídico".

Esto nos evidencia que no debemos detenernos a analizar - si el acto realizado por el funcionario es justo o injusto, lo fundamental es que se cumpla el Principio de Legalidad.

El acto arbitrario puede ser justo o injusto; pero aunque se realice dicho acto pretendiendo hacer justicia, si va contra o fuera de la ley, es un acto arbitrario que rompe el Principio de Legalidad en detrimento del orden jurídico y la seguridad social,

En cumplimiento del Principio de Legalidad en determinado momento se pueden cometer injusticias; pero si con ello hay seguridad social no debemos ver que el acto realizado sea justo o injusto.

Para mantener el orden social es necesario que se cumpla el Principio de Legalidad. En nuestra Sociedad el Derecho persigue la seguridad y dicho principio busca esa seguridad para el ciudadano estableciendo límites para el Poder del Estado.

Siguiendo el criterio sustentado por el célebre jurista - Eduardo Novoa Monreal en su obra "El Derecho como obstáculo pa-

ra el Cambio Social", expresamos que el Estado de Derecho tiene su base en la organización social, en la que debe velarse por los valores de la persona humana, es por ello que el Estado lo mismo que los particulares, deben enmarcar su conducta dentro de normas jurídicas de carácter objetivo, lo cual se ve a través de:

- a) La afirmación de que la norma jurídica de carácter general contenida en la ley tiene supremacía, porque genera justicia y seguridad, la que se realiza con base en reglas y consecuencias jurídicas ya determinadas y tiene validez para todos los casos;
- b) La afirmación de fundamentales derechos del hombre, lo que no permite que se nieguen los valores de la personalidad humana;
- c) Un sistema de responsabilidades tanto para la Administración como para los funcionarios públicos y el establecimiento de recursos legales para prevenir y sancionar los actos administrativos no legales;
- d) Existencia de un control de la legalidad para que las leyes no traspasen los moldes del orden jurídico existente.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO IV

BLOQUE DE LA LEGALIDAD

"Todo ordenamiento jurídico existe para reglamentar la vida social, no sólo entre los particulares, sino entre éstos y la Administración".1)

¿Qué significa para nosotros ordenamiento jurídico? Es el conjunto de normas y de principios que regulan la conducta de los entes, tanto naturales como jurídicos, que forman parte de un conglomerado social.

Cada país tiene su propio sistema jurídico, por lo que, de acuerdo a cada sistema varía la concepción que se tiene de la norma jurídica.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene mucha similitud con el Francés, Italiano, Alemán, Español y con el de los países latinoamericanos. El que varía es el anglo-sajón.

Nuestro sistema jurídico es de derecho escrito y todas las leyes que se emiten constituyen un marco legal en el que debe encuadrarse toda la actividad del Estado y de los particulares y es lo que denominaremos, siguiendo a Hauriou, Bloque de la Legalidad o como dice García Trevijano, Bloque Jurídico.

El Bloque de la Legalidad lo constituye: La Constitución Política, las leyes de carácter formal o leyes secundarias u ordinarias, los Decretos, Decretos Leyes que tienen la misma jerarquía; y los Reglamentos, los que en doctrina se denominan leyes materiales por que no provienen del órgano legislativo, que es el que en principio está facultado para crear las leyes.

1) García Trevijano, tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, Pág.407.-

I - CONSTITUCION POLITICA.

La Constitución Política es la fuente primaria de donde emanan todas las ramas del Derecho y constituye la base del ordenamiento jurídico, en países que como el nuestro, tienen derecho escrito y en aquellos países que teniendo derecho jurisprudencial como Estados Unidos de América, están regidos por una constitución.

En el orden jerárquico de las leyes, es la Constitución la que ocupa el plano superior, el más elevado y dentro de la cual debe enmarcarse todo el orden jurídico de un Estado.

Los principios generales y abstractos que señalan la conducta a seguir por el Estado y los particulares están contenidos en la Constitución en la que se encuentran los deberes y atribuciones de los tres Poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, señalándoles a cada uno su competencia.

II - LEYES SECUNDARIAS U ORDINARIAS.

Las leyes secundarias u ordinarias son las que desarrollan los principios generales de la Constitución en todas las ramas del Derecho, civil, mercantil, laboral, penal, procesales, etc. y las diferentes leyes de derecho administrativo, que en nuestro país se encuentran disgregadas.-

Al referirnos a la Ley, en este sentido, debemos verla en su aspecto formal, es decir considerando que ley es aquella norma jurídica emanada del Poder Legislativo y que ha seguido el procedimiento previsto en la Constitución.

Según el Art.47 No.12 corresponde al Poder Legislativo la -

facultad de crear las leyes secundarias, facultad que no puede ser delegada.

Todo Estado de Derecho tiene su base en el principio de la división de poderes y cada uno de ellos dicta actos que tienen un valor jurídico distinto.

El Poder Ejecutivo tiene como atribuciones el emitir los reglamentos de ejecución y los autónomos. Pero en determinadas circunstancias y excepcionalmente realiza actos que significan una verdadera función legislativa y esta situación se dá cuando: a) la Constituición señala la posibilidad de que el Poder Legislativo delegue competencia legislativa al Poder Ejecutivo (en nuestro país no prevee la Constitución ésta competencia); b) en los casos de urgencia y necesidad; c) cuando no siendo previsto por la Constitución el Gobierno se vé en la necesidad de adoptar medidas legales; y d) cuando debido a un golpe de Estado surgen los Gobiernos de facto los que concentran los tres poderes en uno solo.

Aunque en doctrina se conocen las circunstancias que señalan los literales a) y c) en nuestro sistema jurídico estas situaciones no se admiten por nuestra Constitución, según lo establece el Art.4 que expresa que los tres poderes del Estado "actuaran independientemente dentro de sus facultades, las cuales son indelegables" y el Art. 80 que expresa: "que todos los decretos, ordenes y resoluciones que el Poder Ejecutivo emita excediendo las facultades que la Constituición establece, serán nulos".

Según nuestra Constitución está prohibido al Poder Ejecutivo dictar leyes por delegación de funciones; y en situaciones no previstas por la Constitución.

DECRETOS-LEYES

Para algunos autores como García Trevijano Fos, Garrido Falla y de acuerdo a la legislación Española, los Decretos Leyes son aquellas normas que dicta el Poder Ejecutivo en los casos de necesidad y urgencia; para otros autores los Decretos Leyes son Leyes Delegadas, posteriormente aclararemos estos conceptos.

No estamos de acuerdo con dichos criterios y nos unimos al criterio de los famosos juristas Agustín Gordillo, Marienhoff y Manuel María Díez para quienes los Decretos Leyes se emiten por el Poder Ejecutivo al asumir éste funciones legislativas.

Los Decretos Leyes sólo pueden darse cuando por medio de una revolución o un golpe de estado surge un Gobierno "de facto".

Constitucionalmente, interpretando en forma correcta la división de poderes, los Decretos Leyes no deben existir; pero aparecen y se imponen a fin de mantener la continuidad del orden jurídico en la vida social, a pesar de que se ha quebrantado institucionalmente el derecho, al arrogarse facultades legislativas el Poder Ejecutivo, en virtud de la inexistencia del Poder Legislativo que ha sido subsumido por el primero.

Los Decretos - Leyes no se admiten constitucionalmente, en un Gobierno "de derecho" como dice Marienhoff, "sino cuando se ha depuesto éste, siendo reemplazado de súbito fuera del orden jurídico preestablecido y ejerce el poder público sobre la generalidad de las personas y de las cosas de determinado territorio". 2)

III - REGLAMENTOS.

El reglamento es una norma jurídica de carácter general cu-

2) Marienhoff, tratado de Derecho Administrativo, Tomo I Buenos Aires, Editorial Abeledo Penot, 1970, Pág.226.-

ya emisión corresponde regularmente al Poder Ejecutivo y siendo un acto meramente administrativo, por excepción corresponde a los otros órganos y sólo en el caso de los Reglamentos autónomos que sirven de base para la organización de los mismos; algunos autores los denominan también reglamentos de organización administrativa a aplicando el principio de la separación de Poderes, sabemos que el dictar leyes de carácter general y abstracto corresponde en orden de prioridad al Poder Legislativo, por lo que debemos entender que la facultad que tiene el Poder Ejecutivo de dictar Reglamentos es una facultad concedida excepcionalmente; pero según nuestro ordenamiento jurídico entran dentro del ámbito de su competencia.

Compete al Poder Ejecutivo dictar los Reglamentos de Ejecución o de aplicación, los Reglamentos autónomos que también es atribución de los otros Poderes y en determinadas circunstancias y tal como reza el principio constitucional, según el Art.175, en casos de calamidad general y de grave perturbación al orden público en algunas legislaciones como la Italiana tienen base constitucional los Reglamentos Delegados; pero la mayoría de tratadistas los rechazan y en la mayoría de países no se admiten.

REGLAMENTO DE EJECUCION O APLICACION.

Según Marienhoff "son los que, en ejercicio de atribucio--nes constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible o más conveniente, la aplicación o ejecución de las Leyes, llenando o previendo detalles omitidos en estas". 3)

El reglamento de ejecución es el que desarrolla la Ley, indica manera y formas en que la Ley debe de cumplirse. En doctrina se les denomina también Reglamentos secun-dum legen término derivado del latín y entre nosotros tiene su base en el Art.78 No.15 de

3) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I Buenos Aires, Editorial Abeledo Penot, Pág.240.-

nuestra Constitución Política que dice: "Decretar su reglamento interior y los que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde" Esta clase de reglamentos son únicamente de procedimientos, es la regla procesal en derecho administrativo; si el Poder Ejecutivo se sale de su competencia al emitir esta clase de reglamentos, implica un acto inconstitucional, la potestad reglamentaria se circunscribe a la Ley. 4)

El Dr. Roberto Cliva, critica el hecho de que en determinados momentos hay normas reglamentarias que imponen sanciones, lo que constituye un acto arbitrario y por lo tanto inconstitucional, los reglamentos de ejecución no pueden oponerse a la ley, se subordinan a ella, si la contradicen, son ilegales.

REGLAMENTOS AUTONOMOS.

Es un acto meramente administrativo, aunque encierra normas de carácter general, se dan para organizar y señalar los deberes y atribuciones de los órganos de la administración para señalar los procedimientos internos de los mismos, se les denomina autónomos, praeter-legem, porque los emite el Poder Ejecutivo, sin que se subordine a una ley de carácter formal.

En Argentina es una atribución propia del Poder Ejecutivo el emitir esta clase de reglamentos, por lo que Marienhoff dice: "que esta clase de reglamentos a los que llaman también independientes o constitucionales son los que integran la "reserva de la administración" así como al Poder Legislativo le corresponde la "reserva de Ley".

Los reglamentos autónomos son atribuciones que provienen directa e indirectamente de la Constitución Art.78 No.15 que establece como fa-

4) Constitución Política, publicada en el D.O. No.10 Tomo 194, de 16 de Enero de 1962.

cultad del Ejecutivo el decretar su reglamento interior; mediante estos se autonorma, en los mismos no dicta el procedimiento a seguir para la aplicación de una ley, como los de ejecución, si no que sólo dicta normas para la organización interna de la entidad administrativa, esta facultad viene de la Constitución y está desligada de la ley, por ello dice con mucha razón el Dr. Roberto Oliva "que no es un acto administrativo porque no cumple con el principio de legalidad ni se sujeta a la fiscalización judicial el reglamento autónomo, es más de la Administración, por agotarse dentro de ella misma". 5)

Jurídicamente y no siendo el reglamento autónomo un acto administrativo, cabe también esa Potestad al Poder Legislativo y al Poder Judicial, para reglar la organización y procedimiento interno de dichos poderes.

REGLAMENTOS DELEGADOS.

Se emiten por el Poder Ejecutivo delegado por el Poder Legislativo, tienen la misma fuerza que las leyes secundarias; pero han surgido de una potestad reglamentaria, sin haber llenado los requisitos formales tal como lo establece el principio de auteridad formal de la ley contenido en el Art.59 de la Constitución.

En esta clase de Reglamentos existe por parte del parlamento un encargo a la Administración Pública para que haga surgir reglas de derecho de carácter secundario.^x Según Manuel María Díez "es una habilitación legal conferida por el Poder Legislativo al Ejecutivo y son también praeter-legen"⁶⁾ debemos aclarar que hay una situación que los diferencia, los autónomos o praeter legen, surgen por atribución propia del Poder Ejecutivo, han sido creados con verdadera autonomía, en los dele-

5) Dr. Roberto Oliva, copias de clase de expositivos de Derecho Administrativo, año 1973.-

6) Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1963, página 429.-

gados ha habido como su nombre lo indica una delegación.

En países como Inglaterra, Francia, Italia, España, el reglamento autónomo tiene autoridad formal de ley, a través de ellos se puede crear, reformar o extinguir situaciones jurídicas de carácter general o sea que el reglamento delegado tiene la misma jerarquía que la ley y -- dentro de la pirámide de Kelsen puede derogar o modificar cualquier ley secundaria; son reglamentos o Decretos con fuerza de ley. Con ese valor jurídico se desprende que no debe cumplir el principio de legalidad, no admite fiscalización jurisdiccional e igual que los de necesidad y urgencia no es un acto administrativo.

Garrido Falla al referirse a esta clase de reglamentos les denomina "Decretos Legislativos", porque emanan del Poder Ejecutivo y tienen el carácter de Ley secundaria.

En Argentina cabe la posibilidad de que se den esta clase de reglamentos, pero existe controversia entre los juristas de aquel país, -- para unos son Constitucionales pero para otros son emitidos inconstitucionalmente, ya que la Constitución Argentina no hace referencia a los mismos.

En la doctrina española a esta clase de reglamentos que tienen la misma fuerza jurídica que las leyes secundarias se les denomina Decretos con fuerza de Ley.

Hay legislaciones como la Italiana, en la que dichos reglamentos tienen base constitucional.

En la Constitución vigente antes de la de 1950 existía un principio Constitucional que permitía al Poder Ejecutivo emitir estos Reglamentos por encargo del Poder Legislativo. Según la regla general era de

competencia del Poder Legislativo emitir las leyes pero podía delegar esta facultad al Poder Ejecutivo. Esta disposición fué abolida por el Art. 4 de la Constitución de 1950.-

Nuestra legislación no permite la creación de esta clase de reglamentos, las facultades de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están contenidos en los Arts.47, 78 y 89 de nuestra Constitución y de acuerdo al Art. 4 de dicha ley fundamental, dichas facultades son indelegables.

Según la doctrina esta clase de reglamentos pueden derogar una ley secundaria; pero en nuestra legislación están prohibidos porque la atribución de derogar las leyes es competencia del Poder Legislativo según el Art.59 de nuestra Constitución.

REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.

Esta clase de reglamentos tienen su fundamento jurídico en una causa: "Necesidad y Urgencia", la que debe surgir en forma imprevista y de consecuencias graves que alteran el orden social.

La institución del estado de necesidad surgió en el Derecho penal; pero hoy se puede trasladar a otras ramas del derecho, siempre que se sacrifique un bien jurídico, en aras de otro de mayor jerarquía. Se pueden dar en caso de: cataclismos, enfermedades que exigen medidas urgentes, para resolver problemas sociales en forma inmediata. El Art. 80 de la Constitución niega los reglamentos de necesidad y urgencia, por tanto están suprimidos como potestad del Ejecutivo y el único caso es el de suspensión de las garantías Constitucionales y el Estado de sitio, son reglamentos de necesidad y urgencia que tienen el carácter especial, no crean, no modifican, ni derogan normas nada mas suspenden

su positividad.

Según Manuel María Díez, esta clase de reglamentos naturalmente son un acto legislativo; pero formalmente es acto administrativo, -- criterio que compartimos, dado que no sigue el procedimiento que la creación de la ley exige y lo emite un órgano que no está facultado para -- crear las leyes.

Los reglamentos que estudiamos los dicta el Poder Ejecutivo -- para solucionar en forma inmediata las situaciones que surgen debido a un hecho como en el caso de un terremoto, incendio, invasión etc.

En nuestro sistema jurídico, su fuerza legal emana del Art. -- 175 de la Constitución, disposición que concede al Poder Ejecutivo sus pender las garantías constitucionales en los casos específicamente se- ñalados; igual que los reglamentos delegados se asimilan a las leyes -- secundarias sin que tengan las formalidades legales de éstas.

Esta clase de reglamentos se asimilan a los Reglamentos Delegados y al Decreto-Ley porque provienen del Poder Ejecutivo y tienen la misma jerarquía que las leyes secundarias; pero se diferencian, porque la causa que ha dado origen a su emisión es distinta, en el caso de -- los Reglamentos Delegados ha habido de parte del Poder Legislativo una delegación o sea que su autorización ha sido apriori; los decretos-leyes los emite un gobierno "de facto", es decir un gobierno de hecho que surge inconstitucionalmente.-

El Art.175 de la Constitución autoriza al Poder Ejecutivo a -- suspender las garantías constitucionales contenidas en los Arts.154, 158 inciso lo., 159 y 160 de la Constitución. Esta facultad la tiene, cuando la Asamblea se halle en receso; pero deberá la Asamblea Legislativa, deng

tro de las 48 horas de haberse emitido el Decreto, aprobar o desaprobar éste.

Según nuestra legislación toda ley formal proviene de la Asamblea Legislativa (Art.47 No.12).

En cuanto a los reglamentos de necesidad y urgencia, como caso aislado y concreto se encuentra el Art.175 que dispone que en determinado momento "podrá" el Poder Ejecutivo suspender las garantías Constitucionales.

Esta clase de reglamentos como los de necesidad y urgencia y los delegados no tienen garantías constitucionales, especialmente estos últimos.

Considero que los reglamentos de necesidad y urgencia se dan en nuestra legislación solo en las circunstancias que señala el Art. 175 de la Constitución, excepcionalmente, "o sea que no es genérica dicha facultad como en el caso de los Reglamentos de Ejecución y autónomos y si el Ejecutivo emitiera un reglamento de esta índole, alegando otras causas, sería inconstitucional, según el Art. 80 relacionado".

En los países en donde se admiten, son decretos con fuerza de ley, deben seguir los mismos trámites legislativos son iguales a la ley; pueden modificar, reformar o derogar una ley por tanto no están sujetos al cumplimiento del principio de legalidad y no dan lugar a una revisión jurisdiccional por motivo de legalidad.-

En un principio, de acuerdo al principio de Legalidad, todos los actos de la Administración Pública, tenían como antecedente necesario una disposición jurídica de carácter general y abstracto, emitida por el Poder Legislativo. Montesquieu decía al respecto: "quién crea la regla jurídica no debe aplicarla".

Inicialmente el Parlamento creaba la norma jurídica y el Poder Ejecutivo era el llamado a aplicarla, la legalidad se derivaba del Poder Legislativo que era considerado el primer Poder del Estado, todas las actividades del mismo, debían estar enmarcadas dentro de las disposiciones legales establecidas previamente por el Poder Legislativo.

El esquema creado por Montesquieu cambió. Actualmente la Administración Pública goza de mayores facultades legislativas; en Francia, a partir de la V República, en 1958, y con el intervencionismo estatal, el Poder Ejecutivo asume potestades legislativas, invirtiéndose en consecuencia, el sistema siendo el mayor productor de la norma jurídica el Poder Ejecutivo, a través de los reglamentos enumerados.

En conclusión, toda la actividad del Poder Ejecutivo, está condicionada al Bloque de la Legalidad. La validez de cada acto concreto de la Administración Pública está determinada por normas jurídicas que autorizan el quehacer, la actividad ejecutiva.

Hauriou nos dice "que tanto las leyes como los reglamentos administrativos, integran el llamado Bloque de la Legalidad, cuya observación rigurosa debe ser cumplida por la Administración Pública en el ejercicio de su actividad, como requisito para la validez de sus actos".⁷⁾

El cúmulo de normas jurídicas que sirven como antecedente nece

7) Hauriou, Tomado de cita #83 de la Obra de Marienhoff tratado de Derecho Administrativo, citada, página 70.-

sario para que la Administración Pública pueda emitir sus actos de carácter particular y a las que deb. estar supeditado el Poder Ejecutivo para llevar a efecto su actividad administrativa, es lo que constituye el Bloque de la Legalidad.

La totalidad de la actuación ejecutiva, está condicionada a lo dictado por los preceptos legales contenidos en las fuentes de Derecho Administrativo, de carácter general y abstracto y si la actividad Administrativa estatal a través de sus Órganos, no se lleva a cabo de esta manera no tendría justificación.

Si la aplicación de la Ley se funda en las fuentes a que nos hemos referido y que constituyen el Bloque de la Legalidad, el acto Administrativo tiene justificación, tiene fundamento jurídico, es válido.

Necesariamente, el cumplimiento del Bloque de la Legalidad conlleva al respeto de la jerarquía de las normas. Por ejemplo ninguna ley puede contradecir la Constitución Política, el Art. 220 de la misma dice: Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público primará sobre el interés privado.

Asimismo no se puede contradecir el principio de autoridad formal de la Ley implícitamente establecido en el Art. 59 de la Constitución.-

Si se da cumplimiento al Bloque de la Legalidad, tendremos regularidad jurídica y con ello certeza en la actuación administrativa.

El principio de legalidad debe ser valuarte de la Administración

Pública, para que el ciudadano viva en un verdadero Estado de Derecho, no puede haber una sola excepción a este principio, sólo se debe actuar cuando el Bloque de la Legalidad lo establezca.

Ahora bien, debemos tener presente que esta vinculación no debe entenderse como una esclavización para los órganos administrativos, se necesita también cierta autonomía, cierta libertad, determinada iniciativa, sin lo cual no se puede cumplir los fines asignados a la Administración Pública, y esta función la cumplen las facultades discrecionales, que las Leyes le atribuyen al Ejecutivo.

TERCERA PARTE
CAPITULO V

FORMAS DE CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La Administración Pública al enmarcar su actividad dentro del bloque de la Legalidad, tiene que hacer uso de dos potestades:

- I - 1o) Potestades Regladas
- II - 2o) Potestades Discrecionales

POTESTADES REGLADAS.

El Administrador Público, al hacer uso de las potestades regladas, únicamente tiene la tarea de establecer supuestos de hecho, la interpretación del precepto legal y la aplicación de éste al caso concreto. Todo el quehacer de la actividad Administrativa se encuentra detallado en forma total en la Ley.

El acto reglado es aquel en el que la conducta Administrativa específica está establecida previamente por la norma jurídica. Como ya se dijo, la actividad del órgano administrativo está limitada a interpretar y aplicar la Ley.

En la actividad reglada el criterio del órgano de la Administración pública es sustituido por la ley, es el precepto legal el que determina en forma previa, que es lo que conviene en aras del interés público, por lo que no le cabe al Administrador Público sino, obedecer la ley, sin que valga la apreciación que personalmente pueda hacer sobre el mérito del acto. La conducta administrativa está predeterminada por una norma de Derecho. El no puede decidir, no tiene potestad de decisión, no puede escoger que caminos seguir, ni tiene libertad para tomar a su arbitrio uno, su actitud sólo puede ser una, la que determina el precepto jurídico.

Agustín Gordillo nos dice: "En la actividad administrativa reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho

él debe tomar tal o cual decisión; el Administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de de recho".1)

Este mismo criterio es sostenido por MARIENHOFF, según sostiene dicho autor" en las facultades regladas hay una predeterminación concreta de la conducta de la Administración Pública"2) El órgano ejecutivo debe tomar la decisión que le ordena la ley, no tiene alternativa, no puede tener opciones, solo una, la que la ley le señala. Podrá tener cualquier criterio, querrá tener una opción; pero el criterio personal o la opinión que pueda tener el funcionario público es irrelevante.

El funcionario público sólo debe determinar los supuestos de hecho, que han de poner en movimiento la norma jurídica para su interpretación y aplicación al caso concreto.

Según la opinión de algunos autores esto es "un automatismo".

No puede haber automatismo, ya que si hay interpretación de la norma jurídica, hay una acción intelectual de parte del funcionario Público, hay raciocinio, que da lugar a un juicio, esto es lo que justifica a la ciencia del Derecho. La interpretación de la norma es una ardua labor que debe realizar el jurista. Determinar la forma en que debe aplicarse correctamente la norma jurídica, no podría hacerse nunca sin un razonamiento previo, consecuentemente, no es tarea de un autómeta. En el ejercicio de su actividad reglada o vinculada, la Administración no se convierte en ciega y automática ejecutora de la ley: hay siempre un proceso intelectual realizado por el órgano público para ubicar y realizar en la vida social las condiciones impuestas por la norma jurídica.

El Administrador debe desentrañar el fondo de las instituciones.

-
- 1) Agustín Gordillo, tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1974, página VIII-16.-
 - 2) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, 2a. Edición 1975, página 411.-

dederecho, por lo tanto no podría actuar como un autómeta, por lo que su tarea es difícil, aún más que la del juez, ya que le está encomendada la realización concreta de los intereses públicos. No le corresponde el juzgamiento de hechos ocurridos, para absolver o condenar, sino determinar el camino a seguir para satisfacer dichos intereses y esto es lo que determina su actuación, la que es sumamente restringida en las potestades regladas, ya que en ellas le corresponde seguir un solo camino: "la aplicación de la ley al caso concreto". Aquí no puede haber un juicio de valor, un criterio personal en aras de una mejor actuación en beneficio de los intereses generales.

Entrena Cuestas nos dice: "En el caso de que funcione normalmente la Administración, quién entra en contacto con ella conoce de antemano la resolución que recaerá, puesto que bastará con subsumir el supuesto de hecho en la norma aplicable". 3)

Sabemos ya, que el Principio de Legalidad debe campear en la actuación de la Administración Pública y ésta debe hacer lo que la ley ordena, la ley es el pilar que sirve de base al acto administrativo y cuando ésta vinculación es evidente, entonces la actividad ejecutiva es vinculada o reglada.

Concluyendo, decimos que la actividad de la Administración es reglada cuando se determina el momento, contenido y forma de la misma, la ley al sustituir anticipadamente el criterio administrativo, establece de antemano que es lo que conviene al interés general, indica el camino que debe seguir el administrador, éste no puede disponer subjetivamente sobre el mérito del acto, su apreciación personal nada tiene que ver, -- pues no tiene el derecho de elegir. La conducta del administrador ya está especificada, limitada su actuación, no hay libertad para decir: " se hace esto " , la ley a n t i c i p a d a "

3) Entrena Cuestas, Cuerso de Derecho Administrativo, 5a. Edición, Madrid 1976, página 123.-

mente indica que se debe hacer ante un hecho concreto, ante tal o cual situación.

Si la actividad de la Administración es reglada, necesaria y estrictamente tiene que estar vinculada a la norma jurídica.

POTESTAD DISCRECIONAL.

Las facultades discrecionales se dan porque en determinado momento y en la mayoría de los casos, a la ley le es imposible detallar minuciosamente el quehacer administrativo; no se puede regular todos los actos de los servidores públicos, por ello, la misma ley deja cierto margen de aplicación para valorar la realidad social, a fin de determinar lo que es oportuno. Es aquí donde nace la iniciativa del Administrador Público.

Para Hans Kelsen: "La facultad discrecional es la libre actividad dentro del marco de la ley". 4)

Hay casos en que las facultades para realizar la conducta administrativa, no se encuentran expresamente determinadas en forma concreta en la ley, sino en forma genérica; lo concreto, al acto particular en sí, no se encuentra establecido en la ley, por lo que el Administrador Público, tiene que hacer un juicio adicional, es éste el que tiene que apreciar cuando la norma jurídica debe aplicarse a la realidad concreta.

La mayoría de autores sobre Derecho Administrativo, coinciden en que el Administrador Público haciendo uso de sus facultades discrecionales debe de ver, debe de analizar, si el acto es meritorio, conveniente y oportuno y que satisfaga, esencialmente, el interés público; no existe en las facultades discrecionales un juicio eminentemente jurídico, sino un juicio adicional, técnico y político, tomando también en cuenta elementos que conlleven a la realización de valores sociales.

4) Kelsen, cita, Dr. Roberto Oliva, Copias de Clase de Derecho Administrativo 1973.-

Marienhoff nos dice: "Discrecionalidad Administrativa pura o Política es aquella en que para que el acto que se emita quede adecuado al interés público, la Administración no tiene otro gufa que criterios de equidad, oportunidad y conveniencia". 5)

En cumplimiento del fin, que es el interés público, para manifestar la voluntad Administrativa discrecional, el Administrador Público puede escoger entre distintos y variados caminos el que mas convenga al fin señalado en la norma; tiene pues distintas opciones, puede decir en una o en otra forma, ya no es como en las potestades regladas en las -- que la conducta a seguir sólo debe ser una.

Hay discrecionalidad, cuando el precepto legal, al preveer para la Administración determinada competencia, cuando existe un vínculo jurídico entre el particular y el órgano administrativo, queda expedito a éste un poder libre de apreciación para que se tomen decisiones a fin de ver, si se debe obrar o abstenerse, en que momento, como debe obrar y cual debe ser el contenido de su actuación.

Asimismo se puede decir que dentro de las potestades discrecionales, existen grados de discrecionalidad, hay la posibilidad de actuar o no actuar. Como tiene que actuar, los alcances que se le van a dar a la actuación.

Como ejemplo se puede señalar, cuando se hizo necesario generar mayor energía eléctrica, dado el grado de industrialización del país.

En este caso hubieron varias opciones: seguir generándola a base de petróleo; hacer una represa utilizando las aguas del Río Lempa, generando

5) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 2a. Edición, 1975, página 429.-

la electricidad a base de energía geotérmica utilizando los ausoles de A huachapán; y se optó por la Presa del Cerrón Grande y los Ausoles de a-- aquella ciudad.

La realidad social es cambiante, fluctúa mucho y en determinado momento no sólo depende de los aspectos locales de un Estado, sino de as pectos de carácter internacional que inciden en la realidad interna del mismo y es por ello, que el Administrador debe hacer un juicio de valor al actuar discrecionalmente.

Según Forsthoff "Potestad Discrecional es, pues, elección de com portamiento en el marco de una realización de valores..... y por tanto -- significa, que el orden jurídico presta validez jurídica a todo medio -- considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate"6)

Cada vez se otorgan mayores potestades discrecionales a la Admi- nistración, dada la complejidad de los problemas que se suscitan hoy en día y que tienen relación directa con los intereses de los Administra- dos.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en todas las Le-- yes de carácter Administrativos, normas legales que otorgan al funciona- rio público facultades discrecionales.

La Ley de la Junta Monetaria por la que se rige la actividad eco nómica del Estado y los particulares y más que todo el sistema bancario, otorga potestades discrecionales a dicha Junta para fijar el tipo de in- terés para determinados créditos, para que se determine el encaje legal Art.6.-

La ley de Migración es otro cuerpo legal, que otorga facultades

6) Forst hoff, Tratado de Derecho Administrativo, página 123.-

Discrecionales al funcionario Público, en su Art.63, para expulsar a cualquier extranjero, siempre que su presencia sea contraria a los intereses del Estado.

La misma ley en su Art.66 otorga potestad discrecional para fijar la multa que ha de imponerse a un extranjero, por infracciones o incumplimiento de sus obligaciones no previstas en la Ley.

CARACTERISTICAS DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES.

A través del estudio realizado se ha podido comprobar, que ninguno de los autores a que se hace referencia, han expresado en forma concreta las características inherentes a la potestad discrecional; pero de suyo se conocen, ya que podemos diferenciar la potestad discrecional de la potestad reglada.

Talvez porque en su contenido la potestad discrecional siempre lleva en si el principio de legalidad, los autores no se han detenido a expresar, su opinión en este aspecto o porque algunos consideran que toda potestad es parte reglada y parte discrecional.

Marienhoff expresa: "que las potestades discrecionales son como los metales, nunca se encontrarán en un estado de pureza". 7)

Siempre, en un acto administrativo, hay elementos reglados y elementos discrecionales.

Uno de los elementos del acto administrativo, es la Competencia y esta tiene que ser siempre reglada. Necesariamente tiene que haber un precepto legal que establezca que las facultades discrecionales han sido otorgadas a determinado órgano, para un fin determinado.

El objeto del acto administrativo también tiene que ser reglado.

7) Manienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1975, página 422.-

Sin embargo si se habla independientemente de aspectos reglados y discrecionales de la potestad administrativa y de que éste admite -- ciertas modalidades, es lógico pensar que la potestad discrecional tiene algunas características o notas esenciales que le son propias.

Considero que estas características son:

- 1) Constituye la potestad discrecional dentro de la actividad administrativa un principio general.
- 2) La potestad discrecional se justifica esencialmente por razones prácticas.
- 3) En la potestad discrecional se refiere a la emisión del acto, eventualmente a su contenido.
- 4) La discrecionalidad radica en una valoración subjetiva, que es esencial para determinar el contenido del acto que se emite.
- 5) La potestad discrecional siempre tiende a satisfacer exigencias de interés público.
- 6) La discrecionalidad es el instrumento que el Derecho entrega al Administrador para que la gestión de los intereses sociales se lleve a cabo satisfaciendo las necesidades de cada momento.
- 7) La potestad discrecional, debe ser equitativa, oportuna y conveniente.

MOMENTOS EN QUE SE REALIZA LA POTESTAD DISCRECIONAL.

En un momento determinado se duda, no hay certeza, no se ve claramente cuando nos encontramos ante el supuesto jurídico, que quiso decir el legislador, no sabemos si estamos en presencia de una actividad reglada o discrecional; lo que debemos hacer, es interpretar el precepto.

to legal, para ello debemos tomar en cuenta, de acuerdo con Marienhoff lo siguiente:

1o.) La vinculación entre el orden jurídico vigente y la actividad a realizar por el Administrador Público.

2o.) Si el acto emitido tiene la característica de estar subordinado a la apreciación subjetiva de los hechos o circunstancias por parte del órgano que lo emite.

3o.) La existencia de forma y de un procedimiento especial para la emanación de un acto, no es razón valedera para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea "discrecional".

4o.) Sin más elementos de juicio, la forma en que está redactada la disposición legal nos da la pauta para comprender si estamos ante una actividad reglada o discrecional.

5o.) Si con los actos a realizar se pretende restringir las libertades públicas, en caso de duda, debemos estar en contra de una actividad discrecional.

La actividad discrecional se da generalmente en los actos que realiza la Administración; pero ello no quiere decir que todos los actos que realiza la Administración son actos discrecionales.

Para determinar con certeza cuando se da la discrecionalidad, debemos tener presentes fundamentalmente dos cosas: la forma y la competencia.

Cuando el precepto legal expresa los procedimientos a seguir para resolver determinada situación entre la Administración y el particular; cuando la ley expresa que órgano o que funcionario es el compe

tente para fallar o dilucidar un conflicto jurídico de carácter administrativo, lógicamente no estamos en presencia de una actividad discrecional, sino ante una potestad reglada, como dice García Oviedo estamos ante "una voluntad vinculada".⁸⁾

García-Trevijano expresa que para saber donde reside la discrecionalidad debemos responder a dos preguntas distintas: "el cuando y el que de la actuación".

El mismo García Trevijano para explicar lo que quiso decir, ofrece el cuadro siguiente:

1o. Una actuación vinculada en el cuando y discrecional en el contenido. a) Repartir obligatoriamente salarios a varios funcionarios (actividad vinculada); pero fijar la cantidad a pagar a cada uno según sus méritos o tiempo de servicio. (Discrecional)

2o. Una actividad discrecional vinculada en el cuando y en el que. Ej. Matricula en la Universidad.

3o. Caso de discrecionalidad en el cuando y de vinculación en el contenido. Ej. Pedir informes sobre conducta empleado (discrecional) para ascenderlo (vinculada).

4o. Una actuación discrecional no sólo en el cuando sino en el qué. Ej. Caso de inundación, es preciso actuar en el momento que exigen las circunstancias." 9)

La discrecionalidad siempre está vinculada. La administración actúa discrecionalmente, siempre de acuerdo al interés público.

Como dice el mismo autor "No puede hablarse de una actividad completamente discrecional de la Administración puesto que tiene que

8) García, Oviedo Derecho Administrativo, 8a. Edición, Madrid, 261.

9) García Trevijano. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid 1974.

realizar, quiera o no, el interés público, actúa siempre éste como espejo de vinculación para ella. Sólo que esta conformidad de la actuación al interés público puede ser completa o incompleta. Es completa cuando no solamente se pueden fiscalizar las razones de interés público que obliga a actuar, sino también la oportunidad y la conveniencia de la medida".

AMBITO DE APLICACION DE LA POTESTAD DISCRECIONAL.

El bienestar general, se satisface, realiza o materializa a través de la actividad administrativa del Estado, por ello podemos decir - que administrar significa llevar a cabo una política bien intencionada tendiente al bien común, actividad que se desarrolla de acuerdo con leyes previamente establecidas.

Cuando se emiten las leyes, al legislador escapan determinados hechos concretos, por tanto no quedan comprendidos dentro del supuesto jurídico en forma precisa; pero dada la generalidad de la norma jurídica y mediante la potestad que ella misma señala, deja al Administrador la facultad de obrar discrecionalmente; y esto es así, porque aunque se dicten muchas normas de carácter administrativo, dada la compleja actividad de la Administración, para satisfacer el interés público y siendo la única responsable de llevar a feliz término los planes que el Estado se traza para realizar el bien común, es necesario reconocerle a la misma un poder de iniciativa. Dentro de dicho poder se encuentra el reconocimiento de una esfera discrecional.

Ahora bien, este poder discrecional dentro de la iniciativa de la Administración Pública, siguiendo a Garrido Falla, podemos decir que

se encuentra doblemente limitada: lo.) porque la actividad administrativa debe ser lícita y en la mayoría de los casos, debida; y 2o.) Por que el criterio del fin puede servir de base para calificar la actividad administrativa de correcta o incorrecta, jurídicamente.

Para terminar diremos que el poder discrecional, tiene un ámbito de aplicación, el que está delimitado por el Principio de Legalidad ya que se da en aquellos casos en los que a falta de preceptos legales se reconoce a la Administración Pública, con ciertas reservas, la iniciativa de resolver, discrecionalmente, determinadas situaciones concretas.

REGULACION NORMATIVA DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL.

Cuando hablamos de regulación normativa, sabemos ya que se trata del establecimiento de reglas o preceptos jurídicos, que determinan la actuación o la conducta a seguir por el ser humano; estamos -- dentro del campo del Derecho nos encontramos ante la norma jurídica; y dentro del Derecho Administrativo, en el punto de que se trata.

El Derecho Administrativo es el que regula la actividad de la Administración Pública, la que posee ciertas potestades que le son -- propias y necesarias para realizar sus atribuciones y en ellas se encuentra la potestad discrecional.

La potestad discrecional necesariamente se encuentra regulada -- por un precepto legal, lo que significa que dentro de la misma existe el Principio de Legalidad, ya que si dicha potestad no estuviera regulada normativamente, daría lugar a que el Administrador actuara según su capricho, lo que siempre originaría actos arbitrarios.

Como dice Dromi: "Siempre existe alguna norma que fija un marco de acción y deja un margen de libertad para actuar. El acto discrecional como acto puro, es utópico".10)

LIMITACION DE LAS ACTIVIDADES DISCRECIONALES.

Toda actividad Administrativa debe desarrollarse conforme a derecho, consecuentemente, siendo la actividad discrecional una potestad - del órgano administrativo, ésta necesariamente debe llevarse a cabo de conformidad a un ordenamiento jurídico.

Aunque en cierta forma la Administración al actuar discrecionalmente, tiene un margen de libertad, sin embargo sus actos discrecionales no deben rebasar la esfera de lo jurídico. Sería un absurdo pensar que determinada parte de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima de un orden jurídico.

Consecuentemente, la actividad discrecional tiene ciertos límites; pero no debemos confundir éstos con las facultades regladas.

Cuando hay violación de las facultades regladas, ésta se ve claramente al confrontar el acto realizado con el precepto legal.

De acuerdo con José Roberto Dromi y con Agustín Gordillo podemos decir que las limitaciones a la discrecionalidad son "más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión.

Los límites de la discrecionalidad son los siguientes:

1o) RAZONABILIDAD. La potestad discrecional de la Administración pública se tendrá por ilegítima si va contra el principio de razonabilidad.

La voluntad del órgano administrativo, debe ser razonable y de-

10) Dromi - Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires -- 1973.

de estar conforme a la ley.

Agustín Gordillo señala "que la decisión discrecional será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma, si es irrazonable, lo que puede ocurrir; a) Cuando no dé los fundamentos de derecho que la sustentan; b) Cuando no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente o públicos y notorios y se funde en hechos o pruebas inexistentes; c) Cuando no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva, en relación a lo que se quiere lograr." 11)

2o.) DESVIACION DE PODER. La decisión discrecional administrativa será ilegítima si el funcionario actúa con desviación de poder, ya sea, por fines personales (venganza, favoritismo) o con fines administrativos no deseados por el precepto legal.

3o.) BUENA FE. Para que se realice la actividad discrecional es necesario la buena fe; pero si el funcionario emplea artificios, subterfugios o artimañas, ya sea omitiendo o actuando tratando de engañar o hacer cometer errores al administrado, esta conducta es incompatible con el ejercicio de la potestad discrecional.

4o.) DISCRECIONALIDAD TECNICA. Cuando las reglas técnicas sean claras, precisas, uniformes, el administrador no debe actuar en su contra, la discrecionalidad otorgada por la norma jurídica no debe contradecirlas y esto debe ser así porque la Administración Pública se basa en principios generales de Administración. Si una técnica es científica, necesariamente tiene que ser cierta, objetiva, universal, conforme a reglas

11) Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo Parte General Tomo I, Buenos Aires, 1974, página VIII - 30.

uniformes independientes del sujeto que lleva a cabo el acto discrecional, si la técnica es errada sólo por ello es antijurídica.

El Dr. Roberto Oliva en sus clases explicativas señala los límites legales de las potestades discrecionales en los actos administrativos:

1o) COMPETENCIA. La ley señala que órgano es el autorizado para desarrollar determinadas facultades discrecionales, como ejemplo podría señalar, vale la repetición, el Art. 63 de la Ley de Migración. El órgano facultado para expulsar a un extranjero, es el Ministerio del Interior. Si el Ministerio de Relaciones Exteriores decreta la expulsión de dicho extranjero, este acto discrecional, es ilegal, porque el órgano que realizó el acto es incompetente.

2o) FORMA. Es necesario seguir el procedimiento establecido en la ley para hacer uso de las potestades discrecionales. El Art. 2 Pr. expresa "que los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces" y el Art. 164 que constituye la garantía de Audiencia nos dice en lo sustancial: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes"

3o) FINALIDAD. El fin del acto administrativo es el interés público. En cuanto a los caminos a seguir, el administrador tiene entera libertad; pero el límite a las facultades discrecionales está, en que, ese fin tiene que ser específico. A cada órgano de la Administración le está señalado un fin específico." 12)

Ej. La Dirección General de Contribuciones Directas deben encami

12) Dr. Roberto Oliva, Clases explicativas, en Derecho Administrativo - II, 1973.-

nar su actividad a la percepción de impuestos fiscales directos. Ese es su fin.

El Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria fue creado con el fin de regular la tenencia de la tierra en El Salvador. No podría este órgano realizar otros, deferentes a los que le corresponden. Ej. Conceder préstamos hipotecarios como el Banco de Fomento Agropecuario.

Cada Ley tiene una finalidad pública específica, en el Administrador persigue fines distintos al legal, previsto en la norma jurídica, el acto no tiene validez.

Esto es lo que según la doctrina francesa se denomina "desviación de Poder".

Las facultades discrecionales deben usarse en atención a la finalidad específica de la ley de la materia. Cualquier finalidad, incluso pública diferente a la finalidad de la ley, es una violación que convierte el acto en ilegítimo, no obstante que la finalidad sea loable. Con frecuencia, se hace uso de facultades discrecionales personalistas, alejadas de la ley, con el objeto de favorecer o perjudicar al sujeto a quien se dirige el acto. Si un funcionario público hace uso correcto de sus facultades discrecionales, no puede incurrir en ninguna responsabilidad y el acto no puede ser atacable.-

III - DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.

La teoría acerca de esta Institución de Derecho Público y más de Derecho Administrativo es reciente, es moderna.

Ha sido creada para clasificar los conceptos jurídicos, para ver el grado en que la norma jurídica se determina en relación con la discrecionalidad.

Antes de hablar en forma específica de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesario, hacer la clasificación que da origen a los mismos.

Los conceptos jurídicos se dividen en determinados e indeterminados.

CONCEPTOS JURIDICOS DETERMINADOS.

Estos coinciden con las facultades regladas ejercidas por el Administrador.

Algunos conceptos jurídicos se definen en la norma jurídica, claramente. Estos son los conceptos jurídicos determinados directamente.

En estos conceptos, ha sido determinada en forma satisfactoria su contenido y ha sido precisada su significación por la norma y al definirlos, lo toma como soyos; algunas veces el concepto jurídico determinado es el mismo dado por la experiencia vulgar o la científica y otras veces es distinto al admitido por la sociedad o en la ciencia.

Cuando la definición hecha en la norma es igual a la común o la científica o técnica, se debe tener en cuenta, la forma en que se ha determinado el concepto, la que pudo hacerse por el ordenamiento jurídico

co, explícito o implícitamente, la primera se denomina formulación expresa del concepto, que está más o menos de acuerdo con los criterios sociales o técnicos extrajurídicos, contribuyendo muchas veces la jurisprudencia a que se perfile dicho concepto.

Cuando el concepto dado por la norma jurídica no está de acuerdo con los anteriores criterios, pero se entiende en forma implícita, debe de entenderse el mismo, de acuerdo al examen hecho al ordenamiento jurídico, es decir a los institutos jurídicos, que sirven de marco legal a la Sociedad.

Esta clase de conceptos, no tienen otro sentido que el definido por la norma: es susceptible de descomposición en sus diversos elementos y éstos pueden ser analizados por el jurista.

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y LA DISCRECIONALIDAD.

Los conceptos jurídicos indeterminados anteriormente se confundían con la discrecionalidad, pero ambas instituciones tienen diferencias substanciales.

Estos conceptos los encontramos en todos los cuerpos legales que pertenecen a distintas ramas del Derecho.

El contenido de los conceptos jurídicos indeterminados hacen a la norma jurídica flexible y permiten que en determinado caso concreto, al que aplica el precepto legal le dejan libertad para apreciar la medida que debe dictarse para resolver el conflicto surgido entre los particulares y la Administración, para ser más específica, ya que la ley no ha previsto el caso taxativamente.

Como ejemplo de conceptos jurídico indeterminados tenemos las

siguientes expresiones: interés público, buen padre de familia, orden social, orden público, buena administración, casos especiales, circunstancias excepcionales, etc.

Según algunos autores a estos conceptos se les denomina también "conceptos imprecisos", "conceptos generales", "de ámbito amplio", "conceptos elásticos", etc.

Discrecionalidad y los Conceptos Jurídicos Indeterminados tienen algo en común y es el hecho de que ambos tienen un ámbito que la ley no puede determinar.

Ahora bien, hay algo que diferencia a la discrecionalidad y a los conceptos jurídicos indeterminados y es que este se completa con nociones extrajurídicas ya técnicas, ya científicas.

Los conceptos jurídicos Indeterminados llevan invítita una valoración deseada por la ley, por lo que se hace necesario hacer uso de la teoría general de la interpretación.

Al hacerse el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado éste constituye un juicio de valor, un juicio de estimación, de comprobación, tomando en cuenta circunstancias reales aplicables al caso concreto y de acuerdo al sentido jurídico dado por la ley, dado el carácter reglado de dichos conceptos, le permite al intérprete llegar a una solución justa.

En los conceptos jurídicos indeterminados el intérprete no tiene la facultad de disponer lo que considere justo, oportuno o conveniente, ni puede elegir un camino entre varios posibles, sino uno solo, el que señala el concepto, lo único que hay que hacer es desentrañar el significado de dicho concepto y hecha la interpretación aplicarla al caso concreto.

En lo que coinciden los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad es el hecho de que ambos dan origen a opciones de parte de la Administración. En el primer caso tiene una sólo opción y en el segundo, varias opciones para resolver el caso concreto.

A medida que el Estado de Derecho amplía su campo de acción interviniendo con mayor fuerza en la actividad de los particulares, a su vez trata de reducir sus facultades discrecionales, a sus justos límites, rechazando jurisprudencialmente la confusión que ha existido entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

Concretizando podemos decir que actualmente, las potestades discrecionales se pueden diferenciar de los conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo a las circunstancias siguientes:

- a) El acto jurídico indeterminado en cualquier rama del ordenamiento jurídico, para aplicarse sólo permite una sola solución justa, el administrador no tiene ningún margen para escoger entre varias determinaciones posibles en su comportamiento, porque sólo hay una que responde a los fines señalados por la ley y se deja al funcionario público determinar este comportamiento; en cambio, en el ejercicio de una potestad discrecional, se permite la posibilidad de varias soluciones justas, siempre enmarcadas dentro del Derecho.
- b) El concepto jurídico indeterminado tiene que respetar el procedimiento disciplinario en cuanto a elegir una única solución que tendrá que ser justa; en cambio en la discrecionalidad hay libertad de selección entre varias alternativas que son igualmente justas, ya que el poder discrecional es una elección de comportamiento, en el

marco de una realización de valores.

- c) Los conceptos jurídicos indeterminados se aplican en circunstancias reales determinadas, en la que no interviene la decisión voluntaria de la autoridad, en cambio, en la discrecionalidad, está la voluntad decisoria del aplicador de la norma jurídica.
- d) La institución de los conceptos jurídicos indeterminados, se encuentran en todas las ramas del Derecho vigente, es decir en el Código Civil (buen padre de familia), en el Código Penal (nocturnidad), -- etc., las facultades discrecionales, sólo en el Derecho Administrativo.-

FORMAS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

CAPITULO VI

CONTROL DE LA LEGALIDAD.

En el Estado de Derecho, la actuación administrativa es de carácter jurídico, al instituirse el gobierno absoluto por un régimen en que se consagran los derechos individuales, se proclama la supremacía de la ley, un régimen jurídico, en el que Administración Pública está ordenada por el derecho en una actividad administrativa, esta ordenación sería ilusoria si no existiera un sometimiento de la misma a la norma jurídica mediante un sistema de controles creados por el ordenamiento jurídico, a fin de garantizar a los administrados el derecho a la legalidad de los actos administrativos.

Gabino Fraga dice: "Consideramos que los administrados tienen el poder de exigir a la administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto, y que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijan las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que los mismos indiquen".1)

El principio de Legalidad lleva involucrados los derechos de competencia, forma, motivo, objeto y el fin señalados por la ley.

Para proteger esos derechos se ha hecho necesario dar al particular los medios legales, para que pueda impugnar el acto que ha lesionado sus intereses a consecuencia de la violación del precepto legal.

Debe de haber un sistema de controles por medio de los cuales se pueda fiscalizar la actividad administrativa del Estado, lo mismo que quienes representan la voluntad de la administración Pública, eso

1) Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1975, página 438.-

permite garantizar la legitimidad y la oportunidad de los actos administrativos, para satisfacer correctamente el interés público.

Hay dos tipos de controles de la Actividad Administrativa; El control de la Legalidad, a través del cual se verifica la legitimidad y la oportunidad del acto y que estrictamente se refiere al control del cumplimiento de la norma jurídica y el otro control es el financiero, el cual no tratamos en este estudio.

El control de la legalidad es el medio a través del cual se logra el cumplimiento del Principio de Legalidad, y se lleva a cabo de oficio o a petición de parte.

Para lograr la reparación del daño causado por el acto administrativo, existen determinados sistemas en los Estado Modernos, los que trataremos de exponer en este trabajo.

En nuestro sistema jurídico, y en otros países de derecho escrito y en doctrina, se conocen tres tipos de controles:

- 1o) Legislativo o Político
- 2o) Administrativo Auto Control o Gubernativo
- 3o) Jurisdiccional.

I - CONTROL LEGISLATIVO.

La fiscalización de los actos de la administración puede ser política o sea que puede llevarse a cabo por el Poder Legislativo. Todo ello depende de la organización política.

Esta fiscalización se puede ver claramente en los sistemas como el de los Estados Unidos, en los que el Poder Legislativo o sea el Senado, vigila la actividad del Poder Ejecutivo en forma directa, recordemos el tan famoso caso de NIXON, que en nuestro derecho contempo

ráneo causó un gran impacto y afianzó el régimen democrático de aquel país.

El control legislativo tal como el caso señalado lleva a la separación del funcionario del Poder Ejecutivo a quien se le deducen responsabilidades.

En nuestro sistema jurídico se manifiesta el control legislativo sobre la administración pública a través de la interpelación según principio constitucional contenida en el Artículo 76 Cn.

II - CONTROL ADMINISTRATIVO.

Este control lo ejerce el Poder Ejecutivo, en forma directa, cuando el acto administrativo tiende a satisfacer en forma inmediata el interés particular, el cual se lleva a cabo por la propia autoridad que emitió la resolución, ya que está obligada a intervenir y examinar por segunda vez el acto administrativo, en cuanto a su legalidad y oportunidad, obligación que nace ya porque se encuentra regulado en el precepto legal, expresamente o ya que se entienda implícitamente porque ha sido ordenado por la Constitución Política.

Otras veces los medios de control o fiscalización se llevan a cabo en virtud del reconocimiento que doctrinariamente se hace de ellos.

El régimen de centralización de la Administración Pública es una de las formas de hacer efectiva la actividad administrativa, lo que permite la realización y la coordinación de la acción estatal, la cual es absorbida por los órganos centrales dentro de la organización administrativa.

Ahora bien, debemos tener presente que una organización administrativa conlleva a la existencia de órganos superiores e inferiores, -

que se vinculan mediante una relación de supremacía y de subordinación, que se manifiesta por el deber de obedecer o de acatar órdenes del superior que dá origen a la jerarquía, la que es elemento necesario para que haya una verdadera organización administrativa.

La jerarquía la facultad que permite a los órganos superiores - ejercen ciertas potestades sobre los órganos inferiores, estas potestades son: a) Potestad de mando, que permite la facultad de dar órdenes, de dictar normas de carácter interno; de nombramiento; de evocación; de facultades de competencia; de resolver conflictos, disciplinaria o sancionadora y la más importante para nosotros, la facultad de vigilancia, de control o fiscalización por parte del órgano superior, ya sea de oficio o a petición del particular.

FACULTAD DE FISCALIZACIÓN O CONTROL.

Esta facultad es ejercida dentro de la Administración Pública a través de:

- a) Facultad de revisión
- b) Facultad de Dividir Competencia
- c) Facultad de Avocación
- d) Facultad de Delegación.

En Doctrina se conocen los siguientes tipos de control:

REPRÉSIVO. Que se lleva a efecto a través del recurso jerárquico y el - Recurso de Reposición, o Revocatoria.

PREVENTIVOS. Que se realizan antes de entrar en vigencia el acto. En -- nuestro sistema jurídico este control, se dá a través de la aprobación, de la autorización; y a través de la garantía de audiencia contenida en

el Artículo 164 de la Constitución, en base al cual, en defecto de normas específicas, se garantiza el derecho de defensa de los administrados.

FACULTAD DE REVISIÓN. La revisión consiste en la facultad que tiene el órgano superior en prever lo actuado por el órgano inferior, a fin de que los actos de éste sean perfectos, y sean actos finales, ya sea con firmándolos, después de realizar un examen integral de dichos actos, lo que se puede realizar de oficio o a petición de parte.

Como ejemplo podríamos señalar las diligencias que sigue un extranjero para obtener la nacionalidad salvadoreña por naturalización. Después que la Gobernación emite la resolución y pasa al Ministerio -- del Interior para revisión. Esta revisión es de oficio.

En el Art.23 de la Ley de Gravámen de las Sucesiones promulgada en 1936 aparece la facultad que tenía la Dirección General de Contribuciones Directas de revisar en las diligencias de liquidación de impuestos sucesorales, verificadas por las Delegaciones Fiscales.

En la misma Ley sobre la misma materia promulgada en 1974 esa facultad de revisión de oficio ha desaparecido y fué creado el Recurso de Rectificación o Recurso de carácter administrativo o sea la Revisión a petición de parte, siempre que se hubiere fijado un impuesto -- complementario.

En legislación, como la de Argentina, los recursos se encuentran instituidos en los Reglamentos, que en doctrina se conocen como leyes adjetivas o de procedimientos.

En nuestro derecho positivo los Recursos Administrativos se encuentran regulados en las Leyes formales, y cuando éstas nada dicen se

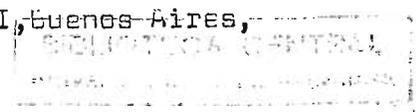
se llevan a efecto con base en el P. Constitucional contenido el Art. 164 y siguiendo el procedimiento común. Por ello Marienhoff nos dice: "En el orden " administrativo" los recursos no requieren ley formal - que les sirva de base, pues, importando ellos una manifestación de la "Organización administrativa", a la vez que una autolimitación o regulación de sus propias potestades por parte del Poder Ejecutivo, va de suyo que la facultad para instituirlos le corresponde privativamente a dicho Poder, quien al efecto se vale del instrumento jurídico con - que expresa su voluntad; el "decreto o el reglamento". 2)

Vemos ya que la revisión es corriente cuando opera de oficio y se dá recurso jerárquico o el Recurso de Apelación, cuando es a instancia de parte, siempre que el particular se considere agraviado por la emisión del acto administrativo.

RECURSO JERARQUICO O RECURSO DE APELACION O DE ALZADA.

Este recurso como ya dijimos se lleva a cabo a instancia del particular, con base en el principio de jerarquía administrativo, por medio del cual, la autoridad superior confirma; reforma, o anula la resolución que ha sido emitida por el órgano inferior, por medio de este recurso se agota la vía administrativa, según los grados jerárquicos que existan.

Esta clase de recursos han sido instituidos como medios de control o fiscalización, y tienen como meta el cumplimiento del bloque de la legalidad, por lo que no pueden darse en favor de la administración sino en favor de los administrados, en su carácter de titulares del derecho subjetivos y cuando éstos han sufrido menoscabo, por lo que son éstos últimos los que están facultados para impugnar el acto administrativo.



Los recursos administrativos constituyen garantía en beneficio del particular y auto limitación de la administración Pública, lo que nos lleva al cumplimiento del Principio de Legalidad que constituye - el pilar en que se afianza todo Estado de Derecho.

Hay que hacer notar que el Recurso Jerárquico, en determinadas circunstancias no sigue el Principio de Jerarquía, en la que se basa la centralización administrativa, ya que algunas veces, el Recurso de apelación lo entabla el particular para ante un organismo ajeno a la centralización burocrática, como ejemplo podríamos señalar el caso -- del recurso de apelación del que conoce el Tribunal de los Impuestos de Renta y Viabilidad, que está facultado para conocer, a instancia de parte, cuando ésta ha sido dañado en sus intereses legítimos por un - acto de la Dirección General de Contribuciones Directas, facultad y - procedimientos señalados en el Art.70 y siguientes de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

La Dirección General de Contribuciones Directas, no depende, no está subordinada al Tribunal de Apelaciones citado, por lo que en este caso, se dá lo que dice Marienhoff: "si bien el Poder de control o de fiscalización en la Administración Pública es inherente al "Poder Je--
rárquico", es de advertir que "control" no es lo mismo que "jerarquía"; de donde resulta que puede haber control o fiscalización a cargo de un órgano jerárquicamente inferior con relación a uno superior." 3)

Esto significa que control no es sinónimo de subordinación.

CLASIFICACION DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Siguiendo a Marienhoff, clasificamos esta potestad, de la si--
guiente manera:

3) Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1970, pág. 595-600.

- a) En cuanto al momento o tiempo. Puede ser anterior o posterior al acto administrativo. En este sentido el control se ejerce a través de la autorización, la aprobación, el visto bueno, la suspensión y la intervención.
- b) En cuanto a la Iniciativa. Puede ser de oficio o a petición de parte. Tenemos aquí que el control se ejerce a través de la vigilancia y de los Recursos.
- c) En cuanto al objeto. Que puede ser en cuanto a la legitimidad o la oportunidad. Aquí se ve, que el control ha de ejercerse en cuanto a la legitimidad, para impedir que se viole la norma jurídica en los actos reglados. En el caso de la oportunidad, cuando se trata de impedir que se viole la ley, mediante la emisión de actos discrecionales, con el propósito de que se cumpla el fin específico del precepto legal.

III - CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD.

Orígenes.-

En la época de la monarquía absoluta, en Francia, en 1309, existen algunas materias Administrativas, que tenían la función de controlar la Administración; pero en esta época no puede hablarse de un control de la Administración, porque la justicia emanaba del soberano, por lo que no podían existir dos jurisdicciones distintas; al triunfar la Revolución Francesa con la tesis de Montesquieu, se trata de evitar que los demás Poderes intervengan en la esfera de la Administración. Es así como se da la Ley del 16 fructidor, año III, y se confirma el principio de la separación de Poderes al establecerse que "Los jueces no pueden inmiscuirse en las funciones Administrativas ni citar ante ellos a los Administradores por razón de sus funciones. Se prohíbe a los Tribunales conocer de los Actos de Administración de cualquier especie que sean" 1)

Al reorganizar las instituciones Napoleón, y para mantener el principio de separación de poderes, dió origen al Consejo de Estado, con el que surge lo contencioso Administrativo; al principio el Consejo de Estado Francés era un organismo consultivo, era más que todo un ente que ejercía funciones de asesor jurídico del gobierno, habiendo participado en la redacción de los códigos Napoleónicos, elaboraba los proyectos de ley. Tenía la atribución de hacer los proyectos por medio de los cuales se condenaba a pagar a los funcionarios Administrativos por los daños causados a los particulares y con base en dichos proyectos el primer Cónsul condenaba o absolvía.

1) Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Colombia, 1975, página 24.-

A medida que transcurre el tiempo el Consejo de Estado va convirtiéndose en una verdadera jurisdicción y en 1806 se creó dentro de dicho Consejo lo contencioso para delucidar conflictos entre los ciudadanos y la Administración, creándose se reglas procesales, y aunque el Consejo -- siempre se mantenía como Consejo Jurídico, sin embargo todas las proposiciones que dictaba eran acogidas por el primer Cónsul, por lo que en virtud de ello legislativamente se le reconoció su carácter jurisdiccional.

En la segunda República con Napoleón III se vuelve a la justicia retenida o sea que se reconoce que ha de ser el Jefe del Estado el que tiene la facultad del control Administrativo, asesorado siempre por el Consejo de Estado. Cuando surge la III República y según la Ley de 24 de Mayo de 1872, vuelve nuevamente a otorgársele al Consejo de Estado su carácter jurisdiccional, a la que se le denomina justicia delegada, por que será el Consejo de Estado quién ejercerá la justicia Administrativa en forma autónoma.

Actualmente en Francia, en asuntos Administrativos es el Consejo de Estado quién dicta las normas de carácter Administrativo que regulan la actividad de la Administración Pública.

La justicia Administrativa en Francia se creó como una jurisdicción especial diferente a la ordinaria, por lo que se da la dualidad jurisdiccional.

Siendo Francia el modelo de organización, en cuanto a lo contencioso Administrativo se refiere, su sistema ha sido seguido por varios países de Europa tales como, Bélgica, Italia y en América, Colombia. Para Maurice Hauriou es: "el derecho Administrativo más acabado, es de

cir como aquel en que la Administración está dotada de un estatuto jurídico propio que rige sus relaciones con los particulares y de un juez especial que decide de los litigios surgidos de estas relaciones". 2) SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL.

Para llevar a efecto el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración, en las diferentes legislaciones se han creado tres sistemas:

SISTEMA ADMINISTRATIVO: Históricamente fué el primero que surgió a la vida jurídica, y que dió origen a la jurisprudencia contencioso Administrativa, nació en Francia con la creación del Consejo de Estado, este sistema como ya se dijo anteriormente tiene su fundamento base en la independencia de los tres poderes del Estado, en base a la concepción dogmática de la división de los mismos, está asignada a órganos especializados del Poder Ejecutivo, por lo que según la legislación Francesa y la doctrina que apoya este sistema, considera que debe ser la propia Administración la que debe conocer y juzgar situaciones jurídicas que le son propias, porque de lo contrario perdería su autoridad, su independencia.

El tratadista español Stahl en apoyo de este sistema nos dice: "Si se concibiese una organización donde las reclamaciones formuladas contra el Estado por los ciudadanos por lesión de sus derechos hubiesen de ser resueltas por los Tribunales, el Estado dejaría de ser Estado, perdiendo su soberanía moral sobre los individuos; sus actos no serían entonces de una autoridad superior; la situación de soberano sobre súbditos sería sustituida por la de acreedor sobre deudor, y los súbditos perderían su consideración de parte integrante del Estado para convertirse en simples sujetos de Derecho independientes y entre si mismos"

2) Maurice Hauriou, Tomado de la Cita de Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Colombia, 1975, pág.577.

desligados frente a otro sujeto de Derecho de su misma naturaleza".³⁾
SISTEMA JUDICIAL. Con el triste recuerdo del Sistema Administrativo, impuesto por Napoleón, y después que desaparece el dominio de dicho Emperador, como una reacción a los padecimientos sufridos en dicho sistema surge en Bélgica un nuevo sistema: El Judicial, atribuyéndoles a los Tribunales la competencia sobre los conflictos que se originan entre el Particular y la Administración Pública. (hoy en día Bélgica y a partir de 1946 se rige por el sistema Administrativo como estaba antes).-

En este sistema judicialista, están agrupadas dos tendencias:

- 1o) La de los países anglosajones, que forman parte del COMMON LAW (Inglaterra y Estados Unidos) en este sistema la jurisdicción contenciosa Administrativa es ejercida por los mismos Tribunales ordinarios, éstos son los que resuelven los conflictos que surgen entre los particulares y la Administración, porque no existe en este ordenamiento jurídico Tribunales especializados, es a los Tribunales ordinarios a quienes compete la fiscalización de la legalidad de los actos Administrativos.
- 2o) En algunos países la jurisdicción contenciosa Administrativa la ejerce un órgano especializado del Poder Judicial, este organismo especializado vela por el control del Principio de Legalidad, este organismo, algunas veces se encuentra en la mas alta jerarquía o Tribunal superior, tal como ocurre en España y en Argentina.-

El sistema Anglosajón-Es judicialista, ubica lo contencioso administrativo dentro del Poder Judicial, (por su propia naturaleza del Derecho), pero también otros países tienen el sistema judicialista, España, Costa Rica, que han tomado parte del sistema Francés, (la especiali

3) Stahl, Tomado de García Oviedo, Derecho Administrativo, Madrid, 1962, página 807.-

zación en la materia Administrativa de los encargados de aplicar el Derecho), pero ubican en el Poder Judicial lo contencioso administrativo, por una mejor aplicación del sistema de separación de Poderes y para mayor garantía de imparcialidad; los autores estiman que es mejor esto último, por las razones apuntadas y dado que el auge de funciones del Ejecutivo hace necesario que el control sea efectivo. En Teoría son iguales. Uno de los grandes problemas de lo contencioso administrativo es la dificultad de hacer efectivos los fallos de los tribunales, como obligar al Estado a que cumpla un fallo en su contra. Esto depende de la cultura de los países y de los pueblos.- Es necesario la educación para hacer que se cumplan las leyes.- En América Latina, por su idiosincrasia, quizás es preferible el judicialista.

SISTEMA INDEPENDIENTE O MIXTO.

En doctrina y en algunas legislaciones se habla de un Sistema Independiente, es decir de la creación de un organismo ajeno a los Poderes del Estado; deben ser Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los que deben conocer jurisdiccionalmente de los actos de la Administración, este sistema se adopta porque las Constituciones Políticas de dichos países lo permiten.

Colombia es uno de los países que ha adoptado este sistema, sin embargo ha tenido grandes problemas surgidos entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado Colombiano, quién tiene asignada la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Sobre estos sistemas hay argumentos en contra y en favor.

Para algunos el sistema judicialista es el más indicado, porque siendo la materia de lo contencioso Administrativo una especie de jurisdicción

Características del Sistema Administrativo en Francia.

Ya vimos que el sistema Francés se basa en la separación de funciones, en forma absoluta, entre los 3 Poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, este sistema se caracteriza:

- a) Por tener una fuerte centralización; El Estado tiene la mayoría de competencias, lo que origina la jerarquización aguda entre los órganos.
- b) La existencia de Tribunales especiales para dirimir conflictos entre la Administración y los particulares (Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado en 2a. Instancia).
- c) Gran responsabilidad de la Administración Pública.

En el sistema Italiano, el Consejo de Estado tiene funciones consultivas y Judiciales.

IV - SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL ADOPTADO EN EL SALVADOR.

En nuestro derecho positivo ha sido de creación reciente la legislación contencioso administrativa, como dijo el Dr. Roberto Oliva en una de sus conferencias sobre la materia, " es el hecho más importante que hemos tenido en el Derecho Público en lo que va del actual siglo".

Ha sido un avance en el ordenamiento jurídico nacional el que por fin tengamos un contralor de la legalidad; teníamos sólo un contralor de la Constitucionalidad, por lo que, cuando el particular se sentía dañado en sus intereses seriamente por un procedimiento administrativo, hacía uso del Recurso de Amparo, con base en el Art. 164 Cn. que establece la garantía de audiencia, a fin de que se siga el proceso administrativo. A través de dicho recurso se exige la exacta aplicación de la ley tanto en su forma como en su fondo, ante la ausencia de una ley que contralorara específicamente el cumplimiento del Principio de Legalidad.

Nace a la vida jurídica salvadoreña la LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, por iniciativa del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

El Proyecto de Ley se remitió a la Asamblea Legislativa el 17 de Agosto de 1976.

En la exposición de motivos se expresa que al crear la Ley se cumple con el precepto constitucional previsto y ordenado en el Artículo 47 numeral 13 y siendo una necesidad impostergable, se llena

el vacío existente en nuestra legislación ya que mediante dicha ley, se garantizan los derechos reconocidos a los administrados.

También se manifiesta que tiene fundamento jurídico en el Art. - 81 Cn., en el que se prescribe que al Poder Judicial corresponde la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y que con base en dicha atribución le corresponde conocer sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos.

Que el control de la constitucionalidad es materia propia de la Ley de Procedimientos Constitucionales y que en igual forma el control de la legalidad debe ser materia propia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con lo que se garantizará un régimen de la legalidad ajustando el procedimiento de la Administra--ción Pública al principio consignado en el Art. 6.

Que de acuerdo a la naturaleza de las disposiciones de la ley, se ha tratado de crear un estatuto legal que contenga disposiciones amplias, sencillas y flexibles, con lo que se da a este cuerpo, normas de viabilidad, facilidad y seguridad propias de su régimen.

Que se ha tomado como base para su creación la doctrina de los expositores del Derecho Administrativo sobre la materia, legislaciones extranjeras; pero adecuando la ley al medio salvadoreño, por lo que está en plena armonía con el ordenamiento jurídico.

Que en cuanto a la competencia, se crea el Tribunal competente y se respetan las demás competencias. Ello permite el que se haga uso de la ley cuando se agoten los procedimientos administrativos.

En cuanto a la sencillez, se ha creado una ley hasta donde lo - permite la técnica legislativa, con esquemas sencillos que facili--

ten a los Tribunales y a los intérpretes su fácil aplicación para que los administrados, a quienes afecta la ilegalidad del acto administrativo objeto de su juzgamiento puedan con facilidad hacer uso de sus derechos, de conformidad a las disposiciones contenidas en la ley.

Que en acatamiento del Principio de Legalidad, la ley le otorgará mayor firmeza a las disposiciones y actos emanados de la Administración Pública, puesto que significará una mayor garantía de dicho Principio en los actos administrativos, a ello obedece precisamente que el organismo encargado del trámite y sentencia en el juicio, sea un Tribunal del más alto nivel en materia de juicio.

Al ser presentada la Ley en la Asamblea Legislativa y conocer de ella la Comisión de Legislación y Funtos Constitucionales, rindió su dictamen el 11 de noviembre de 1978.

Al emitir su dictamen con un concepto de lo que debe entenderse por jurisdicción: "La jurisdicción es el poder para aplicar las leyes mediante sentencia, sobre conflictos de que conocen para hacer cumplir sus resoluciones como manifestación de su particular imperio".¹⁾

Expresan que la jurisdicción contenciosa administrativa es la potestad que se confiere al organismo juzgador para revisar fuera de la vía jerárquica, los actos administrativos del Poder Ejecutivo mediante el juicio contencioso administrativo.

Que los principios constitucionales contenidos en los Arts. 47 - No. 13, 4 y 81 Cn. prescriben que es competencia de la Corte Suprema de Justicia conocer de dicha jurisdicción y que el Art. 82 Cn. establece el derecho de crear nuevas Salas que formen parte de dicho or-

1) Tomado Expediente Archivo Asamblea Legislativa, en el que consta la etapa legislativa del Proceso de formación de la Ley, 1978.

ganismo judicial.

Al hablar de la Responsabilidad del funcionario, la Comisión expresa que será más sólida, puesto que se le obliga a cumplir no sólo con la letra de la ley sino con su espíritu.

que se ha seguido para la creación de la ley el criterio sustentado en las legislaciones de España, Costa Rica, Francia, Guatemala e Italia, tomando en cuanto la experiencia acumulada en la Corte Suprema de Justicia al aplicar la Ley de Procedimientos Constitucionales y disposiciones que regulan el Procedimiento de Amparo.

Para emitir la ley, se pidió la opinión de las diferentes Asociaciones de Abogados; y se oyó en el seno de la Asamblea Legislativa - la opinión del Dr. Oscar Gómez Campos y la del Dr. Roberto Oliva.

El Dr. Gómez fue de opinión que se adoptara el Sistema Administrativo, con el ejemplo de Francia ha ido a la vanguardia en el control jurisdiccional del Principio de Legalidad de los actos administrativos.

Considero que cualquier sistema que se adopte es eficaz para controlar jurisdiccionalmente el cumplimiento del Principio de Legalidad en los actos administrativos; pero de acuerdo a los principios constitucionales en mención, es al Poder Judicial a quien compete dicha atribución.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue dada en la Asamblea Legislativa el catorce de noviembre de mil novecientos se ta nta y o cho, sancionada el veinticuatro del mismo mes, según Decreto Legislativo No. 81 publicado en el Diario Oficial No. Tomo 261 de diecinueve de Diciembre del mismo año, la que entró en vigencia el -- primero de Enero de este mismo año.

Con las reformas que se le hicieron a los Arts. 2, 4, 47, y 106 y la inserción del Art. 51 bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial, según Decreto No. 82 de 14 de Noviembre de 1978, publicado en el Diario Oficial de 19 de Diciembre del mismo año; y con base al Capítulo I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que prescribe la competencia de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativa, para conocer de lo contencioso administrativo, nuestra legislación adopta el SISTEMA JUDICIALISTA, sistema que según el Dr. Roberto Oliva era el conveniente adoptar, en base a los principios constitucionales y a la eficacia del mismo.

V - CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La jurisdicción contenciosa Administrativa es necesaria para revisar jurisdiccionalmente los actos Administrativos; para que se genere un proceso jurisdiccional que controle la actuación de la Administración Pública, es necesario un acto de esta misma, sea éste reglado o discrecional.

La jurisdicción contenciosa Administrativa protege al particular al fiscalizar y controlar la legalidad de los actos Administrativos.

De Laubadere advierte; "El Principio de Legalidad constituye una limitación del Poder Administrativo; estará mejor asegurado, de otra parte, en la medida en que resulte más expedito controvertir judicialmente las decisiones Administrativas". 5)

VI - CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES.

A través de lo jurisdiccional se puede controlar el uso correcto de las potestades discrecionales.

Las facultades discrecionales son necesarias para una buena Administración, siempre que se persigan y satisfagan en óptima forma los intereses públicos; pero no debe abusarse, haciendo uso de las mismas en forma personalista, satisfaciendo intereses propios, sectarios o de grupo.

Como dice Marienhoff: "La discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública. El Estado de Derecho no consiente potestades estatales ilimitadas: todas ellas tienen un ámbito que no puede ser excedido; consecuentemente, hallanse sometidas a posibles controles: Se dijo acertadamente: "La posibilidad de que ciertos actos Ad-

5) De Laubadere, Tomado de Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, 1975, página 419.

ministrativos sean consecuencia del ejercicio de actividades discrecionales no significa que deban estar fuera de la juridicidad y de los principios de Legalidad Administrativas".

La jurisdicción contenciosa Administrativa de eso trata, de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos.

Debemos tener presente que los Tribunales de Justicia para llevar a efecto el control de la discrecionalidad del acto administrativo debe distinguir: la "oportunidad", "conveniencia" o "mérito", estas situaciones no pueden ser controladas de ninguna manera, jurisdiccionalmente, ya que ello implicaría la violación del principio de separación de poderes.

El Tribunal de lo contencioso administrativo tiene potestad para juzgar los hechos o situaciones de hecho los antecedentes que invoca la Administración Pública para emitir el acto discrecional. Hay situaciones de hecho, en la Administración Pública que aparentemente son legítimos, sin embargo son ilegales.

Al hablar de la finalidad de la potestad discrecional, expresamos que ésta tiene que ser específica, la discrecionalidad ajena al fin que establece el precepto legal, aun siendo de interés público, es ilegítima, es ilegal, el acto está viciado, hay "desviación de poder".

Cuando hay desviación de poder conlleva a la anulación del acto por parte del Tribunal de lo contencioso administrativo.

Al hablar de la discrecionalidad expresamos que las potestades discrecionales nunca se encuentran puras, sino que tienen parte reglada y parte discrecional, esa parte reglada en cuanto a la competencia, en cuanto al objeto, en cuanto a la forma y en cuanto al fin específico que

señala la norma jurídica, es cuanto a estas situaciones jurídicas que tiene necesariamente que haber control jurisdiccional para que el acto sea legítimo, sea legal, en beneficio del particular.

El titular del Órgano emisor del acto administrativo debe ser -- competente, la competencia es un requisito de validez indispensable.

El Estado tiene plena capacidad para actuar a través de sus tres Órganos; Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Ejecutivo por tener una actividad intermitente dentro de todo su quehacer administrativo necesita dividirse en varios Órganos y cada uno de ellos goza de cierto grado de competencia, la total potestad administrativa todo el obrar corresponde al Poder Ejecutivo, pero la medida de esta potestad es la competen- cia, cada Órgano es un concepto que excluye la actividad de los otros - Órganos y por lo tanto no pueden realizar actos que no son propios.

La competencia puede ser en razón de la materia, cada Órgano del Poder Ejecutivo, tiene asegurada una función y sólo en ella puede ac- - tuar con validez, porque debe imperar el principio de especialidad, que es lo que distingue a un Órgano de otro. El Art.10 del Reglamento Inte- rios del Poder Ejecutivo, resuelve la forma en que se da la competencia de los mismos.

Puede ser Consultiva, Ej.Asesoría Técnica, como Ejemplo se hubiera podido señalar el Consejo Nacional de Planificación; pero al conver- tirse hoy en Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo - Económico y Social, dejó de ser un organismo de competencia consultiva.

Puede haber de consuno Ej. Ministerio de Economía y de Hacienda Art. 9 del Reglamento directo.

Está la competencia funcional en razón del grado, llamado también vertical, cada órgano del Poder Ejecutivo, tiene una ubicación dentro de la pirámide, cada órgano tiene jerárquicamente señalado un lugar, cada uno de estos órganos tienen señaladas sus atribuciones en razón del grado. Ej. Ministerio de Hacienda, Dirección General de Contribuciones Directas.

La competencia en razón del territorio Ej. Las Gobernaciones Políticas Departamentales. El Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas.

El objeto es aquello que se ordena, es el efecto práctico que se persigue a través de la emisión del acto Administrativo.

El Estado puede obtener bienes inmuebles a través de los particulares ya sea voluntariamente o coactivamente. Cuando hablamos de la expropiación, el objeto es que se transfiera coactivamente un bien inmueble particular a favor del Estado, el derecho de propiedad se ha originado en forma coactiva.

La forma que comprende los requisitos o solemnidades del acto para que se configure la voluntad administrativa y las formas de expresión o exteriorización de la voluntad del órgano Administrativo.

El proceso de la juridización del acto Administrativo comprende: la fundamentación en un acto regla y el procedimiento a seguir para la emisión del acto administrativo, se le indica cuando debe actuar y como debe actuar, esto da garantía al ciudadano, ya que mediante la forma se está limitando la actividad de la Administración.

El procedimiento Administrativo requiere actos de Trámite; estos no producen efectos contra terceros y no son susceptibles de impugnación, estos actos de trámite son propios e internos de la Administración Pública.

En nuestro derecho positivo y en lo que se refiere a materias Administrativas, generalmente se les indica a los funcionarios cuando deben actuar pero no como deben actuar, y por ello se asimila el procedimiento Administrativo al Procedimiento Civil. Tenemos como Ejemplo el caso de la Ley del Régimen Político que indica un procedimiento igual al del Procesal Civil, esto es nocivo para los particulares porque los intereses públicos dada la repercusión social que tienen no pueden dilatarse indefinidamente, no se trata de resolver conflictos jurídicos sino de la aplicación de la Ley al caso concreto.

No existiendo en nuestro país un procedimiento Administrativo general, se dan las de tipo especial, como ejemplo tenemos los procedimientos que se siguen para obtener una matrícula de comercio; para obtener residencia en el país, en calidad de extranjero Residente temporal o definitivo, para obtener una visa múltiple, para imponer sanciones en la percepción del tributo directo establecido en la Ley de Impuesto sobre la Renta, etc. para obtener una matrícula de comercio, una patente de invención, para llevar a cabo la expropiación, para percibir la renta de Aduana, para imponer sanciones en el caso de incumplimiento de obligaciones empresariales, en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, etc.

En cuanto al fin del acto administrativo, señalamos que la potestad discrecional debe de tener presente la finalidad del acto, que es un elemento esencial del mismo, la acción administrativa debe tener en cuenta el interés público, que debe ser su principio fundamental; la sumisión de la Administración al orden jurídico es el re-

sultado de la limitación de ésta por el interés público.

Algunos autores consideran que los actos administrativos pueden emitirse a través de los tres órganos del Estado, sin embargo esta concepción material de la naturaleza del acto, ha sido superada doctrina-riamente y por las legislaciones vigentes, sólo los actos del Poder E-jecutivo tienen autoridad formal de actos Administrativos.

La autoridad formal del acto administrativo conlleva a la ejecu-toriedad, porque se presume que el acto administrativo es legal.

El control jurisdiccional tiene que velar por la legalidad de - los actos administrativos, debe circunscribirse al análisis de la lega-lidad de los actos sujetos al Derecho Administrativo, pero en los actos discrecionales, no sólo existe la legalidad sino un juicio de valor ha-cia el interés público, con base en él, anteriormente se consideraba - que los actos discrecionales no tenían control jurisdiccional, por lo que los afectados por los mismos no tenían ninguna protección jurisdic-cional, se consideraba que para la emisión del acto discrecional el Ad-ministrador gozaba de entera libertad, por lo que no había la oportuni-dad de analizarlo, sólo se analizaba el aspecto reglado. Debido a la no fiscalización de las potestades discrecionales, se originaban grandes - arbitrariedades.

Ante esta ilimitada actividad de la Administración Pública dañi-na a los intereses del particular, se hizo necesario frenarla, ponerle un límite. El Consejo de Estado Francés lo encontró, a través del recur-so de desviación de poder; cabe al Consejo antes mencionado el mérito - de haber encontrado la vía jurídica, dentro del Derecho Administrativo, para que se afirmara el uso correcto de las potestades discrecionales,

esa vía es elemento fin del acto administrativo, el fin del acto siempre está establecido exprese o implícitamente en la ley y como ya lo expresamos anteriormente, el funcionario público debe exteriorizar la voluntad de Administración Pública en el cumplimiento de los fines -- que conllevan al interés público. Los fines públicos son variados; pero a cada órgano le corresponde un fin específico concreto, cuando la ley otorga facultades discrecionales al funcionario lo hace para la realización de determinados fines. Pudiera ser que el funcionario al hacer uso de la conveniencia, de la oportunidad, el mérito, se equivoque; pero si con ello ha buscado el interés público, no importa el equívoco, ha obrado bien, legítimamente, y se ha cumplido el fin.-

VII - EL SILENCIO EN LA ADMINISTRACION.

La voluntad de la Administración Pública se exterioriza a través del acto administrativo.

Cuando se da la relación jurídica entre el particular y la Administración Pública para solucionar determinado caso concreto, el Órgano Administrativo debe de resolver, la falta de resolución indefinida ocasiona al particular grandes perjuicios.

Esto ha dado origen a una institución con la que se protege -- los intereses del particular: "Silencio de la Administración".

La Administración en determinado momento, no resuelve, quedando las diligencias que sigue el particular para la obtención de un derecho, en suspenso, este no hace, esta pasividad, es una forma de denegación. Esto se ha tratado de solucionar con la Teoría del Silencio, para no dañar los intereses de los particulares ni el de la Administración.

En nuestro sistema jurídico se ha recurrido en el Derecho Procesal a dos instituciones: Al Recurso de Retardación de Justicia contenido en los Arts. 563, 564, 565 y 566 Pr.Fn. en relación con los Arts. 475 y 473 este último que se refiere al Prevaricato, del Código Pe--nal, instituciones que constituyen un medio para controlar la pasividad.

El silencio no es que produzca efectos jurídicos, se produce -- con él una situación de ambigüedad "el que calla no niega ni otorga", los efectos jurídicos no se producen por medio de la interpretación, lo que sucede es que no se perfecciona el acto administrativo, porque la voluntad administrativa es un presupuesto necesario para la exis-

tencia del acto.

Dentro de la Teoría del Silencio hay dos criterios:

- 1o) El Silencio de la Administración es una negación;
- 2o) El Silencio de la Administración es una afirmación.-

EL SILENCIO COMO NEGACION.

En este caso el particular acude al funcionario superior jerárquico, la competencia del órgano no desaparece, continúa el proceso de emisión del acto Administrativo, si se emite el acto habiéndose interpuesto el recurso, el acto es válido ya que el recurso jerárquico termina junto con la competencia del Superior; pero si el órgano silente resuelve negativamente no se altera el recurso. Ya sea que resuelva favorablemente o desfavorable, no hay un mayor perjuicio para el particular, porque aunque ha habido daño en el silencio, el particular ha podido solucionar su problema.

Anteriormente cuando no teníamos la Ley de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se podía interponer recurso jerárquico con base en los anteriores criterios, porque no existía una disposición legal que estableciera si el silencio era afirmativo o negativo.

El Art.162 Cn.sólo establece el derecho de petición, "en el que se expresa que toda persona tiene derecho a que se le resuelva lo pedido y se le haga saber lo resuelto".

Con base en este principio Constitucional, se interpone una petición para que resuelva el órgano, sino resuelve con la petición dentro de un tiempo prudencial, hay silencio en la Administración, en consecuencia, hay violación al precepto constitucional y hay lu--

gar a hacer uso del Derecho de Amparo contenido en el Art.221 Cn en relación con el Art. 3 de la Ley de Procedimiento Constitucionales.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente, - en su Art.3 le da al silencio de la Administración los efectos de negación.-

Con base en dicho artículo hay lugar a la acción contencioso Administrativa, por no manifestar la Administración su voluntad, al - abstenerse de resolver dentro del término que la ley señala, se considera que hay una negación presunta y al particular al sentirse dañado, agota en dicha instancia el derecho que tiene a que se dé cumplimiento al principio en beneficio de su interés legítimo.

Para que el Silencio en la Administración sea considerado negativo:

- 1o) Se fija un plazo para resolver y transcurrido éste mas el fijado por la doctrina la legislación del país el simple transcurso de tiempo hace negativo el silencio.-
- 2o) El sistema Español y el Francés fija un plazo relativamente corto aumentado en 2 meses y si aun así no resuelve se requiere un acto del Administrado y es que se le pida resolución a la Administración y a partir del requerimiento se le dan 30 días más y si aun así no resuelve el silencio es ya una negación.

En la Ley de procedimiento Administrativo de España se acoge este último sistema, quedándole el recurso jerárquicoo interponer juicio contencioso o esperar la resolución.

Manuel de Jesus Argañaras, nos dice: "La apreciación del silencio de aut. Administrativa, como una denegación del derecho reclama-

do ante ella, a los fines de poner en término al estado de incertidumbre que ese silencio crea y abrir la vía contencioso administrativa, - es concepto comunmente admitido en la legislación y la doctrina Administrativa.

"Cuando la autoridad Administrativa no ha dictado resolución, puede el interesado insistir en esperar, si lo prefiere, sin hacer uso de su facultad de demandar inmediatamente de vencido el término que a la Administración la ley fija. Esta interpretación es la más lógica y jurídicamente fundada pues la Administración puede, mejor pensada la cosa, admitir la reclamación, con beneficio para ella y para el recurrente y sobre todo para el orden jurídico, pues entonces se evita un litigio".

El recurso por retardación es optativo. Es una ventaja en favor -- del interesado, a la que puede renunciar si prefiere esperar pacientemente el desenlace final. No debe apurar la ley al interesado: es bastante con que se le ofrezca una salida voluntaria en caso necesario". 1)

SILENCIO COMO AFIRMACIÓN.

Algunos Tratadistas toma el silencio de la Administración como afirmación, criterio que ha sido rechazado porque se lesionan los intereses sociales.-

1) Manuel de J. Argañarás, Tratado de lo Contencioso Administrativo, página 88 y 94.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, 1964, Edición Primera.
- 2.- SARRIA, Eustorgio, Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 1960.
- 3.- GORDILLO, Agustín A., Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1966, 2a.Edición, Abeledo-Ferrot.
- 4.- PAREJA, Carlos H., Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico, Bogotá, 1939, Segunda Edición, Editorial Escolar.
- 5.- VILLAR PALASI, Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Madrid, 1974.
- 6.- DRONI, JOSE ROBERTO, Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1973, Editorial Astrea.
- 7.- GARCIA TREVIJANO, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Revista de Derecho, Madrid, -- 1974.
- 8.- SARRIA, Félix, Derecho Administrativo, Tomo I, Córdoba, 1961, Tercera Edición.
- 9.- VIDAL FERDINAND, Jaime, Derecho Administrativo General, Bogotá, 1966, Editorial Temis.
- 10.- BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1959,
- 11.- ENTRENA CUESTA, Derecho Administrativo,
- 12.- GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Séptima Edición, Madrid, 1976, Instituto de Estudios Políticos.
- 13.- GARCIA GVIÉDÉ, Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1943.
- 14.- Recopilación de Leyes Administrativas, pub.Ministro de Hacienda, San Salvador, 1974.
- 15.- Ley de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.--

- 16.- Constitución Política de El Salvador, Decreto No.6, 8 Enero 1962, D.O. No.10 Tomo 194, de 16 de Enero de 1962.-
- 17.- Ley de Procedimientos Constitucionales, D. L. 2996, de 14 - de Enero 1960, D.O. 22 de Enero de 1960.-
- 18.- Recopilación de Leyes, Publicaciones de la Asamblea Legislativa, Tomo V Julio 1972 Junio 1977.
- 19.- Dr. Roberto Oliva, Clases Expositivas, Cátedra de Derecho - Administrativo, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de El Salvador.
- 20.- Expediente Proceso de formación de la Ley de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Etapa Legislativa, 1978.-
- 21.- Código Penal de la República de El Salvador, D. L. de 8 Enero de 1974, D. O. No.21 Tomo 242, 31 de Enero de 1974.
- 22.- Código Procesal Penal, D.L. No.94, publicado D.O. No.181 Tomo 244 de 30 de Septiembre de 1974.
- 23.- Duverger, Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, 5a.Edición, Barcelona, 1970.
- 24.- Díez, Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires 1963.
- 25.- Novoa Monreal, Eduardo, El Derecho como obstáculo al cambio Social, 1a. Edición, Chile, México, 1975.
- 26.- Fried Mann, W., El Derecho en una Sociedad en Transformación, Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, - 1966.
- 27.- Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, 10a. Edición, México 1977.