

TESIS DOCTORAL



TITULO:

**INSTITUCIONES PROCESALES FUNDAMENTALES DE LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑA.
(ANTECEDENTES HISTORICOS, ORGANIZACIÓN, PARTES PROCESALES,
PRETENCIONES Y MEDIDAS CAUTELARES)**

ROBERTO OLIVA DE LA COTERA

PROGRAMA DE DOCTORADO:

DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

DIRECTORES: Dr. RICARDO RIVERO ORTEGA

Dr. PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO

I) ANTECEDENTES HISTÓRICOS, NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN HACIA UNA EFICIENTE Y CONFIABLE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1.-Antecedentes Históricos del Contencioso Administrativo en El Salvador.

2.-Estado de Derecho y Contencioso Administrativo

3.-Adopción del Modelo de Control Judicialista Especializado Contencioso Administrativo

4.-Situación de los Administrados Previo a la Instauración de la Jurisdicción Contencioso Administrativo

5.-Fundamentos Constitucionales y Organización Actual de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6.-Procedimiento de Escogitación de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

7.-Desarrollo Económico y la Administración de Justicia

II) PARTES PROCESALES

1. Posición Jurídica De Las Partes En La Ley De La Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña.
 - 1.1. Órgano Jurisdiccional
 - 1.2. Auxiliares
 - 1.3. Partes procesales
2. Clases de partes
3. Principios Informadores Relativos A La Actividad De Las Partes Procesales.
4. La Capacidad De Las Partes.
5. La Capacidad Para Ser Parte.
 - 5.1. Personas Naturales.
 - 5.2. Personas Jurídicas.
 - 5.3. Personas Jurídicas Públicas.
6. Capacidad Procesal.
7. Capacidad de Postulación.
8. Legitimación Sustancial.
9. Pluralidad de Partes y el Tercero Beneficiado
- 10.-Intereses Difusos y Colectivos

III) LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

- 1) Consideraciones generales de la pretensión
- 2) La pretensión procesal administrativa
- 3) Naturaleza jurídica de la pretensión.
- 4) Actividad Impugnable
 - a) Actos impugnables
 - b) Actos no impugnables.
Actos Consentidos
Actos Confirmatorios
- 4) Actos objeto de la pretensión contencioso administrativa
 - a) De limitación positiva
 - Control de legalidad
 - Control sobre actos administrativos
 - El silencio administrativo
 - Control sobre actos discrecionales
 - Impugnación de reglamentos
 - b) Materias excluidas y ajenas
 - Actos públicos o de Gobierno
 - Actividad privada de la Administración
 - Actos del Tribunal Supremo Electoral
 - Actos de la Corte de Cuentas de la República
 - Contratos Administrativos.
 - Arbitraje Administrativo
 - Conflictos sobre inversiones Extranjeras
- 5) Clases de Pretensiones
- 7) Tendencias Actuales de las Pretensiones en el Derecho Comparado.

IV) MEDIDAS CAUTELARES

1. Aspectos Generales
2. El Concepto General de Medida Cautelar
3. Tutela Cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva
4. Características Generales de la Medida Cautelar
 - A. Instrumentalidad
 - B. Provisionalidad
 - C. Urgencia
 - D. Funcionalidad
 - E. La improcedente Homogeneidad
 - F. Jurisdiccionalidad
- 5.-Presupuestos Generales de la Medida Cautelar
 - A. Periculum In Mora
 - B. Fumus Boni Iuris
 - C. Interés Público
 - D Contracautela
- 6.-La Suspensión de los Efectos del Acto Administrativo como la única y tradicional medida cautelar y su evolución a una medida de no innovar.
- 7.-Medidas Cautelares Positivas
- 8-Tratado de libre Comercio y Medidas Cautelares en la Contratación Pública.
- 9.-Influencia del Nuevo Código Procesal Civil Sobre el Sistema Cautelar Contencioso Administrativo.
- 10.- Medidas Cautelares en el Derecho Comparado.

V. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- 1).- Proceso Contencioso Administrativo.
- 2).- Principios del Proceso Contencioso Administrativo.
 - a) Derecho a La Protección Jurisdiccional.
 - b) Principio de vinculación a la Constitución, Leyes y demás normas.
 - c) El principio de Oficialidad y el principio Dispositivo.
 - d) Principio de Igualdad
 - e) Principio del carácter Revisor de la jurisdicción Contencioso-Administrativo.
 - f) Principio de Celeridad
 - g) Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Mercantil
- 3.-Proceso Administrativo, Iniciación, Desarrollo y Terminación
- 4.-Causas de Terminación Anticipada.
 - A) Por resolver el demandado favorablemente la petición del demandante
 - B) Por desistimiento del actor, sin que sea necesario la aceptación del demandado;
 - C) Por expresa conformidad del demandante con el acto administrativo impugnado.
 - D) Por no rendirse prueba sobre la existencia del acto administrativo impugnado, cuando aquélla fuere necesaria;
 - E) Por revocación del acto impugnado
 - F) Por fallecimiento del demandante, si el acto impugnado afectare únicamente a su persona.
 - G) Cosa Juzgada
- 5.-Sentencia.
 - Clasificación De Sentencias.
 - Recursos

-Ejecución De La Sentencia.

6.-Proceso de Lesividad

VI CONCLUSIONES

PRESENTACION Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

En un Estado Derecho constituye una exigencia básica que las diferentes Administraciones Publicas actúen con total apego a las leyes, por ello deben existir mecanismos eficaces que fiscalicen el apego a la legalidad. Por esta razón germina la jurisdicción Contencioso Administrativo, que en esencia se debe al genio del pensamiento jurídico francés, de donde toma su concepción histórica contemporánea como instrumento de control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública; esta jurisdicción ha obtenido a través de los años una significativa expansión en la mayoría de los países pertenecientes a la familia Romano-Germánica, especialmente durante el siglo XX, dentro de los citados países se encuentra la República de El Salvador que con algunas diferencias conceptuales tomó como suyos los principios fundamentales de dicha institución y la erige en máximo contralor de la legalidad dentro del Estado.

El Salvador, país en vías de desarrollo, aspira constituirse en un autentico Estado de Derecho, respetuoso de las leyes y del derecho en general, que garantice la seguridad jurídica y la justicia; pese a ello, a menudo las Administraciones Públicas violan leyes y vulneran derechos; esta situación torna indispensable el surgimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa, a efecto que se pueda frenar el abuso del poder y el quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Así, el respeto a la legalidad implica la tutela de las situaciones individuales y que el poder se encuentre plenamente controlado; en nuestro caso la potestad contralora de más alta jerarquía recae en la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de la Sala de lo Constitucional.

En El Salvador la jurisdicción Contencioso Administrativa nace tardíamente, data apenas del año 1979, asumiendo hasta recientes años una importancia inusitada en la vida jurídica de El Salvador, especialmente después de la adopción de los

Acuerdos de Paz de Chapultepec México celebrados en 1992, multiplicándose en número y complejidad las controversias

Debido a que la jurisdicción contenciosa es relativamente nueva, y también a que en ella existen vacíos y deficiencias, resulta imposible decir que se haya alcanzado un nivel óptimo en la revisión de las actividades de las diferentes Administraciones. Buena parte del retraso institucional y carencias de la legislación contencioso administrativa derivan de la situación de que las ideas que prevalecieron al articular la ley se inspiraron en demasía en la Ley de Procedimientos Constitucionales que regula el Proceso de Amparo, concibiéndose al Proceso Contencioso Administrativo como un amparo por violación a la ley, mentalidad que deformó su contenido desnaturalizando ciertas instituciones que no tienen cabida en el procedimiento contencioso, principalmente en lo que respecta a la figura del demandado, regulación del fallo y algunas causales de inadmisibilidad, que como se verá separan a nuestra legislación de la mayoría de las legislaciones modernas. La jurisdicción Contencioso Administrativa, tiene un rigor y exigencia científico jurídico del que carece nuestro amparo, institución que se inspiró en la legislación mexicana, bien sabemos que actualmente el amparo está siendo objeto de estudio de los principales constitucionalistas a nivel mundial, pero su depuración y refinamiento no ha alcanzado hasta la fecha su grado óptimo.

Por todo lo anterior confieso que nuestra ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, siendo benévolo e indulgente, posee deficiencias de tal magnitud que difícilmente pueden ser enmendadas jurisprudencialmente (situación que no ha sido intentada), sino por medio de un rediseño integral que pueda articular los nuevos principios, valores e instituciones que comparten y que cada vez con mayor acento se propagan en las legislaciones a donde se vive y disfruta una razonable y respetable sumisión de la administración al principio de legalidad.

A manera de Justificación, la investigación procura precisar los aspectos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales de varios de los temas más relevantes del Derecho Procesal Administrativo Salvadoreño: determinando los antecedentes históricos que influyeron en la jurisdicción Contencioso Administrativo, así como los temas referentes a las partes procesales, pretensiones deducibles y sobre la posible adopción de medidas cautelares. Los contenidos tienen el objetivo de aportar opiniones y criterios que conduzcan a robustecer y fortificar el desenvolvimiento de los sujetos procesales en este tipo de litigios.

No obstante lo dicho, desafortunadamente para El Salvador, actualmente contamos con escasos y limitados estudios e investigaciones sobre tan importantes temas, sin existir discernimiento sobre como abordar los diferentes problemas que acarrear la aplicación de la ley, debido a los diferentes vacíos normativos que posee y su deficiente regulación. La motivación para la iniciación de este estudio parte de la escasa y contada bibliografía existente en nuestro medio; pretendo por esto, con una sincera modestia, hacer algún aporte a esta rama del Derecho Público, que empieza a despegar en nuestro país, dada la tendencia decididamente intervencionista en que se vive.

La limitada atención a los procesos Contencioso Administrativos, no obstante su importancia en la vida contemporánea de nuestro país, es desafortunadamente inoportuna, debido al fuerte impacto del incesante crecimiento en el accionar de las Administraciones Públicas y la consiguiente disminución de la esfera de libertades de los gobernados.

De igual manera, el estímulo que quizás más influye en la iniciación de un trabajo como este, proviene de la cercanía de los temas con mi práctica profesional, donde inevitablemente se intuye y se descubre los problemas en que se encuentran los administrados, que atados de manos, se enfrentan a situaciones de desamparo ante las ilegalidades que realizan las administraciones, conformando estas ilegalidades

parte integrante de la institucionalidad real, continuamente invocando el trillado interés general superior al que se debe el Estado, sin importar los derechos de particulares.

Con este discreto trabajo tengo la pretensión de despertar un mayor interés entre los juristas Salvadoreños en el desarrollo de los estudios sobre la justicia administrativa en general, así como también un punto de partida de toda innovación o reforma de justicia, que debe encaminarse al fortalecimiento de las instituciones ya existentes para que existan las condiciones mínimas para su buen funcionamiento.

Pretendo por tanto, presentar un panorama de los diversos problemas que presenta la reacción por parte de los ciudadanos al tramitar un proceso Contencioso Administrativo, planteando las diversas soluciones que se conceden al administrado, que se encuentra muchas veces en situaciones de angustia y zozobra frente a las recurrentes ilegalidades del Estado.

De esta forma como señalamos con anterioridad, el presente trabajo tratará en primer lugar acerca de los antecedentes históricos, nacimiento y evolución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña, que en síntesis, examinará los antecedentes más remotos que influyeron en la adopción del Modelo Judicialista Especializado, vigente en la legislación Salvadoreña. Como bien es sabido, es a finales del Siglo XVIII con la Revolución Francesa, que se sientan los postulados básicos sobre los que se erige el Derecho Administrativo y representa el referente histórico más antiguo de nuestra ley.

No obstante lo arriba mencionado, encontramos un evidente apartamiento del Sistema francés, que por razones históricas, específicamente en lo que respecta a su rígida división de poderes, el sistema francés consideró que el control de la Administración debe realizarse por la propia Administración, afirmándose que Juzgar a la Administración supone una actividad que también forma parte de ella misma. En

este sentido parece necesario determinar e identificar nuestros propios antecedentes y establecer cuales fueron las razones por las cuales se decidió que la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña se desarrollara en un sistema donde, si bien es cierto el órgano encargado de justiciar a las Administraciones es un órgano especializado y técnico, igual que en el sistema francés, se diferencia en que el órgano contralor se encuentra enmarcado fuera del poder ejecutivo, hallándose dentro del órgano Judicial.

Las discusiones sobre que tipo de tribunal se ajustaba a nuestra normativa constitucional se prolongó durante muchísimos años. Todo este debate se realiza bajo la vigencia de diferentes constituciones, muchas de las cuales amparaban la creación de la jurisdicción Contencioso Administrativa, pero no fue hasta la constitución mil novecientos sesenta y dos que se consuma la creación de tan necesario tribunal.

Mediante esta investigación se pretende, asimismo, indagar sobre la influencia de legislaciones extranjeras sobre todo legislaciones como la Española que por su cercanía con iberoamerica en determinadas épocas, han generado una indiscutible influencia sobre toda esta región, pero del mismo modo analizar posibles influencias de otras legislaciones como la Anglosajona que bajo el sistema Rule of Law también han podido ejercer posibles influencias principalmente en ciertos postulados constitucionales, tomados de la Constitución Norteamericana.

Recordemos que la decisión de un país para adoptar determinado sistema jurisdiccional de control administrativo, resulta de tomar en cuenta las realidades sociológico políticas de un país, como serían su tradición democrática con especial acentuación en la Administración Pública. En Países como el nuestro donde el Poder Ejecutivo no se caracteriza por su actuar en lo referente a la defensa de los derechos de los ciudadanos, podría surgir una desconfianza hacia lo que provenga de la Administración Pública, inclinándose por esto la balanza al Poder Judicial, al que al

dotársele necesariamente de independencia, puede confiársele el control jurisdiccional de los actos de la Administración.

Como segundo tema de esta investigación se pretende abordar el tema de la Posición Jurídica que ocupan las partes en los procesos Contenciosos Administrativos, tema de gran relevancia, ello en vista que la eficacia de los procesos contencioso administrativos dependen en gran medida del desempeño de las partes procesales en los litigios, por lo que es necesario exponer el régimen jurídico aplicable a éstos; el contencioso administrativo constituye parte importante del derecho a la protección jurisdiccional que corresponde a los ciudadanos activar, por lo que la Administración debe someterse al principio de legalidad y al control jurisdiccional su actuación, sin que pueda darse resquicios de inmunidad.

Es necesario entonces ofrecer una introducción general sobre los aspectos más importantes en lo relativo a los sujetos procesales, estableciendo los principios que los rigen y determinar las diferentes cargas, facultades y deberes que están obligados a ejercer.

Dentro de esta temática se proyecta el estudio de ciertas instituciones que tienen especial transcendencia para el ejercicio de los intereses y derechos sustanciales de los ciudadanos, instituciones como la legitimación, que para el caso concreto, el sujeto pasivo, se concreta en el funcionario o autoridad que dicto el acto, situación que implica una ruptura con la doctrina mayoritaria. Asimismo se puede sentir y observar una angustia radical en cuanto a la legitimación que sin duda lleva a crear incertidumbre en la efectividad del sistema democrático que pretende principalmente la protección de las libertades de los ciudadanos.

Vale la pena insistir en la importancia que asienta el tema de las partes, dado que precisamente el Derecho Administrativo brota de la necesidad de amparar los derechos de los personas frente a las eventuales invasiones ilegítimas de los

órganos administrativos, formando esta defensa un mecanismo fundamental dentro de la disciplina, que ha llevado a expresar que no puede existir derecho Administrativo en un Estado de Derecho, mientras no se tenga una apropiada garantía judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de las administraciones, situación que dependerá en gran medida del efectivo desempeño de las partes en este tipo de pleitos.

Como tercer punto se pretende estudiar uno de los aspectos centrales del proceso Contencioso Administrativo, en concreto lo relativo al objeto y pretensiones posibles en los mencionados procesos. En este sentido es necesario mencionar el principal desperfecto de nuestra actual ley, refiriéndonos a los actos impugnables. El concepto de acto administrativo que origina la contienda procesal, de conformidad al criterio respaldado por nuestra Ley, debe tomarse en su sentido material, consultando exclusivamente los efectos de derecho que de él derivan, circunscritos a personas, sin consultar y tener en cuenta el autor del acto.

El concepto material del acto administrativo se conforma e integra con los actos subjetivos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas; así como los actos condición, que hacen posible la aplicación de un estatuto jurídico legal a personas determinadas. El autor de los actos puede ser, desde esa perspectiva, cualquier Órgano Estatal sea de Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial o de Entes descentralizados, porque el único elemento que califica al acto administrativo son sus efectos limitados a personas determinadas.

Desde esta lógica se encuentran afuera del concepto del acto administrativo, y en consecuencia, no pueden ser impugnados en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa los reglamentos, que desde el punto de vista material son actos regla o legislativos, que tienen la virtud de crear modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales. Lo anterior se encuentra en franca oposición con la mayoría de las legislaciones procesales administrativas, que posibilitan el

ataque jurisdiccional directo a los reglamentos y los fallos de los tribunales que los deciden tienen alcance general.-

La postura doctrinal que compartimos tiene sus cimientos en que únicamente los actos de la Administración Pública poseen la autoridad formal, o en otras palabras valen, como actos administrativos.

En efecto, los actos del Poder Legislativo no se someten a la legalidad sino a la Constitucionalidad y sus actos no pueden ser revisados en sede contenciosa administrativa, por su valor formal de Ley especial. Tal vez lo relativo al Servicio Civil y alguna otra cuestión olvidada podrían contarse entre las excepciones.

Lo propio sucede con el Órgano Judicial. Sus resoluciones, aún cuando se limite a personas determinadas y se someten al principio de legalidad, no conocen de las controversias sobre las mismas los tribunales Administrativos, porque ellas dan origen a procesos de naturaleza civil, mercantil o de otra índole. Las resoluciones apuntadas corresponden principalmente al ejercicio de la jurisdicción voluntaria, materia rechazada por procesalistas y administrativistas.-

La enmienda que podría proponerse es de tal envergadura que trastornaría el sistema que dio lugar a la vigente Ley, ampliando irreversiblemente la actividad impugnabile.

Por otro lado, la investigación, abordará el tema de las medidas Cautelares, dicho tema modernamente se identifica indiscutiblemente, en el contexto de un verdadero acceso a la justicia; ello se debe en gran medida a la complejidad de las modernas relaciones jurídicas que hacen imposible pretender que los Tribunales y Juzgados puedan llegar a tiempo al Dictado de la Sentencia; por lo anterior es que los abogados tratamos de lograr una medida cautelar que suspenda y congele

temporalmente las situaciones jurídicas, ya que en los procesos litigiosos una justicia tardía equivale a denegación de justicia.

Las medidas cautelares son pues, una reacción frente a la natural dilación temporal de los procesos, razón que constituye su principal fundamento, ya que como puso de manifiesto Calamandrei, ya hace mucho tiempo, si la justicia pudiera dispensarse de modo inmediato las medidas Cautelares perdieran su razón de ser.

La importancia de la temática que nos ocupa radica en que las medidas Cautelares son actos de urgencia que están destinados a proteger los intereses y derechos de los justiciables desde que se promueve la demanda hasta que se dicta la correspondiente sentencia. Constituyen según expresa Carmen Chinchilla un instrumento que sirve para evitar ese peligro de que la justicia se pierda o deje en el camino su eficacia, sin la cual, por supuesto, deja de ser justicia.

Las anteriores percepciones las hace suyas la mayoría de la Doctrina, al grado de considerarse a la Tutela Cautelar como un autentico derecho fundamental, parte integrante de la Tutela Judicial Efectiva(conocido en nuestro medio como debido proceso o derecho a la protección jurisdiccional); así en el contexto internacional se ha producido lo que García de Enterría denomina en su célebre obra “La Batalla por las Medidas Cautelares”, una Constitucionalización de dichas Medidas Cautelares, constituyéndose, como el mismo autor expresa “en una de las luchas más apasionantes por el derecho de este tiempo”, hablándose incluso de una nueva época en el Contencioso Administrativo.

Sin embargo, no obstante lo prolífica de la doctrina internacional en referencia a las medidas Cautelares, en nuestra medio, la evolución jurisprudencial de dichas medidas ha sido modesta, con avances jurisprudenciales sólidos, pero siguiendo parámetros bastante conservadores.

La medida cautelar por excelencia ha sido desde siempre la suspensión de los efectos del acto, esta es la única medida recogida en nuestra Ley de lo Contencioso Administrativo; sin embargo la evolución acelerada de la que hablábamos ha dado origen a la aplicación de un sistema cautelar abierto. En este orden de ideas estas medidas cautelares salen a relucir pues buscan la protección de aquel que en su contienda requiere de manera provisional protección en sus derechos. La intención que se tiene es determinar si es posible obtener una favorable evolución a la hora de la aplicación de estas medidas, si efectivamente nuestra normativa legal y constitucional permite la aplicación de un sistema cautelar abierto o si nos encontramos relegados a la tradicional suspensión del acto reclamado, que no obstante su importancia parece ya insuficiente en estos tiempos.

El obvio beneficio que representaría para los administrados, obtener medidas de esta naturaleza, sería sin exagerar uno de los más grandes hitos en Derecho Procesal, por lo que es necesario encontrar el camino jurisprudencial o por el contrario plantear la reforma eventual que las permita.

La importancia de una justicia cautelar plena queda fuera de discusión, pues resulta meridianamente claro que cualquier conducta lesiva de la administración requiere de una medida cautelar correlativa, que prevenga y evite el menoscabo a los intereses subjetivos de quién discute sobre sus derechos, evitando así la evaporación del objeto litigioso, con aseguramiento pleno de la eficacia de un eventual pronunciamiento favorable.

Como último contenido del trabajo, trataremos lo relativo al trámite del proceso Contencioso Administrativo. La relevancia del tema apuntado, parte de que en El Salvador sin lugar a dudas es necesario brindar una visión panorámica del proceso, con el objeto de que la colectividad forense aborde de la mejor manera los posibles problemas que surjan en la tramitación del juicio.

En este sentido los procesos Contenciosos Administrativos deben garantizar que los trámites se realicen con fluidez y agilidad así como garantizar la plena vigencia de una seguridad jurídica. Se busca en definitiva que los particulares dispongan de un proceso fiable, para poder recurrir a una instancia donde se reconozcan los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

En la misma línea de ideas, las legislaciones deben adecuarse a la Constitución, tratados internacionales y modelos procesales modernos, con el afán de lograr que el proceso sea un instrumento eficaz para la realización del Debido Proceso o, como lo llamado nuestra la Sala de lo Constitucional, el Derecho a la Protección Jurisdiccional reconocido en el Art. 2 de la Constitución.

Los enfoques de los temas de la presente investigación buscan establecer un punto de partida de toda innovación o reforma de justicia, que debe encaminarse al fortalecimiento de las instituciones ya existentes para que existan las condiciones mínimas para su buen funcionamiento. Parece necesario precisar la disyuntiva de fortificar o por el contrario conformar nuevas instituciones de justicia Administrativa, debido a que es posible proyectarse una doble visión, por un lado el abarcamiento de instancias no jurisdiccionales, tales como “tribunales Administrativos” y por otro en una referencia exclusiva al sistema procesal de protección de los derechos e intereses de los justiciables en sede jurisdiccional.

Estas perspectivas que señalo constituyen supuestos inclusivos y complementarios que en ninguna forma deben entenderse como opuestos; sin embargo para efectos de esta investigación únicamente trataremos de encauzar el estudio en el mejoramiento de la esfera jurisdiccional dejando de lado el primero de estos supuestos.

Finalmente debe insistirse en el rol que le corresponde realizar a la Doctrina y muy especialmente a las Salas de lo Constitucional y Contencioso Administrativo de la

Corte Suprema de Justicia, quienes son las principales obligadas a adjudicarse la inevitable tarea de proceder a la interpretación evolutiva de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, y el resto de disposiciones jurídico-administrativas existentes en el Derecho salvadoreño, de modo que se puedan satisfacer convenientemente los derechos del individuo proclamados en la Constitución de 1983. Así ha tenido ocasión de proclamarlo la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, impulsando a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a sumir la tarea de colmar mediante sus pronunciamientos las perceptibles lagunas que existen en el ordenamiento jurídico-positivo que impiden la realización efectiva de los derechos individuales.

**I. ANTECEDENTES HISTORICOS, NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN
HACIA UNA EFICIENTE Y CONFIABLE JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

ANTECEDENTES HISTORICOS, NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN HACIA UNA EFICIENTE Y CONFIABLE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La historia de Occidente está animada por dos profundos sentimientos: el ansia del poder y la pasión por la Libertad¹, este binomio natural que poseen los hombres, provoca que a causa del arbitrario uso del poder político, se creen instrumentos cuya misión consista en el reestablecimiento del sistema normativo y la garantía de los derechos de los miembros de la comunidad política, justificándose las Instituciones del Derecho Administrativo tendientes a fiscalizar las tareas que constitucional y legalmente se encomiendan a la Administración Pública².

El Derecho Administrativo consiste entonces en una garantía propia del Estado de Derecho y su presencia en el mismo resulta ciertamente indispensable, pues su contenido es creación necesaria de este y de la posición que se asigna a la Administración al someterla jurídica y políticamente al Poder Legislativo y al control de legalidad por parte del Poder Judicial³

Lo arriba señalado corresponde al fenómeno de carácter casi universal bajo el cual la Administración Pública inviste un relativo predominio respecto de los demás órganos del Estado, principalmente en los modelos presidencialistas⁴, pero que también se

¹ Rubén Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 2001, Pág. 25

² El concepto jurídico de Administración Pública puede ser concebido desde dos puntos de vista: Subjetivo y Objetivo. Subjetivamente se entiende por ella al órgano estructurado jerárquicamente, dentro del Poder Ejecutivo. Objetivamente representa la actividad estatal, realizada para satisfacer de manera inmediata, continua y permanente las necesidades públicas, actividad que difiere de la legislativa y de la jurisdiccional. Desde este punto de vista la actividad administrativa no sólo es efectuada por el Poder Ejecutivo sino también por el Legislativo y el Judicial. En El Salvador la expresión Administración Pública denota un sentido objetivo, comprendiendo en ella cualquier órgano de los tres Poderes Estatales que ejerza función administrativa.

³ José Luís Martínez López-Muñiz, La Garantía Constitucional del Derecho Administrativo, Revista Iberoamericana de Administración Pública(RIAP), Numero 9, Madrid, 2002.

⁴ Maurice Duverger en obra titulada Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, Pág. 606 expresa que a pesar que el principio de separación de poderes fue plenamente implementado en el constitucionalismo iberoamericano la realidad histórica, pasada, y presente, de estos pueblos muestra un

encuentra presente inclusive en aquellas naciones que otorgan una preeminencia del órgano legislativo, calificados fundamentalmente como gobiernos parlamentarios. Esta situación se debe a que en los gobiernos contemporáneos el despliegue de la política nacional e internacional se concentra de alguna forma en el presidente o jefe de gobierno⁵, pero a diferencia de los gobiernos autoritarios de antaño, son elegidos democráticamente, ya sea en forma directa o indirecta, encontrándose también limitados por el tiempo de permanencia en su cargo, así como por factores políticos, económicos y sociales.

Lo dicho no se opone señalar que la democracia forma, por el momento, la ordenación más admirable que puedan tener las sociedades humanas; por el contrario realza la idea de someter al poder sistemáticamente a un proceso en el que cualquier ciudadano puede exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho⁵

Así el Estado de Derecho en su versión original de corte liberal, perseguía la sujeción de los órganos del estado a la ley entendida como acto derivado del Poder Legislativo, depositario de la voluntad general de Rousseau⁷. En la actualidad tal orden de cosas se mantiene con la adición del reconocimiento y garantía de los

desequilibrio entre los poderes del estado existiendo un claro predominio del poder ejecutivo hecho que ha llamado por el profesor Lambert *preponderancia presidencial* de los regímenes iberoamericanos, fenómeno que se debe a factores institucionales o funcionales dentro de los que se encuentran: la iniciativa legislativa, el veto presidencial, potestades reglamentarias que se extienden a poderes legislativos delegados y decretos leyes, entre otras.

⁵ Alex Solís, Reyes sin Corona Rendición de Cuentas y Evaluación de Resultados, Impresión Grafica del Este, San José, 2002, Págs. 74 y sigs

⁶ Eduardo García de Enterría, La Democracia y el Lugar de la Ley, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 92, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

⁷ Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Discurso Sobre Las Ciencias y Las Artes Discurso Sobre El Origen de la Desigualdad, Editorial Porrúa, México, 1982.

derechos fundamentales y libertades públicas⁸, que ha dado lugar al nacimiento del Estado Constitucional de Derecho de que habla Manuel García Pelayo⁹.

La reacción de los ciudadanos ante la arbitrariedad de los poderes públicos permite algunas variantes, pero la más importante y trascendental en opinión de Jesús González Pérez, se localiza en los Tribunales de Justicia mediante los Procesos de Amparo¹⁰ y Contencioso Administrativo¹¹. González Pérez sustenta su punto de vista en los términos siguientes: “Desde que los hombres aparecieron sobre la tierra no se ha inventado sistema mejor para dirimir sus disputas que confiar su decisión a una persona distinta de los litigantes, que no esté vinculada a ninguno de los intereses en juego, que goce de la más absoluta independencia y de los conocimientos suficientes para comprender lo que es objeto de la litis¹².”

Coincidimos con el profesor González Pérez cuando manifiesta que la jurisdicción administrativa es el más alto nivel de tutela jurídica del administrado en el mundo actual, sin embargo el mismo autor señala en un momento de desaliento que “No se puede someter la administración a la justicia. Justicia y administración son términos que se oponen, que se repelen.¹³” Lo expuesto no debe simbolizar la impotencia del proceso administrativo para obtener justicia, en cambio señala la complicada labor que los órganos judiciales realizan, al resolver controversias cada vez más complejas

⁸ Dirk Ehlers, La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 77, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

⁹ Manuel García Pelayo, Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español, Revista de Derecho Constitucional, Numero 2, Publicación de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1992

¹⁰ El amparo Salvadoreño consiste en un mecanismo de protección de los particulares contra la violación de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, este proceso fue introducido mediante la constitución del Estado de El Salvador de 1886, encontrándose presente desde entonces en nuestro sistema jurídico; posteriormente se han promulgado tres leyes que tratan sobre la regulación de dicho proceso, la de 1939, 1950 y la actualmente vigente de 1960, enmarcando esta ultima al amparo como uno de los tres procesos constitucionales posibles, como lo son el habeas corpus y el proceso de inconstitucionalidad.

¹¹ Fernando Garrido Falla, Democracia y Estado de Derecho: Sometimiento Efectivo de todos los Poderes a la Ley, Revista de Administración Pública, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

¹² Jesús González Pérez, Los Recursos Administrativos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969, Pág. 33

¹³ Jesús González Pérez, La Justicia administrativa, en la Colectiva La España de los años 70, Vol. III, El Estado y la Política, Madrid, 1974, Pág. 169

entre los administrados y la Administración Pública, causando en definitiva la adopción de nuevos instrumentos e instituciones jurídicas¹⁴ que forman importantes componentes de la denominada justicia Administrativa¹⁵, reforzando así el control.

Llegar a este estado de cosas ha costado a la humanidad infinitos sacrificios y torrentes de sangre, y aún desde el punto de vista de la técnica jurídica no ha estado exento de obstáculos y dificultades. “Lograr que la Administración se sometiera al Derecho y que, prescindiendo de sus prerrogativas, accediera a aparecer como parte procesal a la hora de la revisión jurisdiccional de sus actos ha sido una hazaña gigantesca que ha costado siglos. La evolución es de sobra conocida por todos. Como también el hecho incontrovertible de que, siempre que puede, escapa de esa fiscalización a través de los procedimientos más diversos. Desde el claro y diáfano de excluir determinadas categorías de actos al sinuoso y taimado de crear una serie de obstáculos, antes de llegar a la revisión jurisdiccional, con la esperanza de que el recurrente tropiece en alguno de ellos.”¹⁶

Sin embargo, en la actualidad, en los países democráticos, no es discutido ni discutible que los gobernados posean el derecho a una tutela judicial¹⁷ accediendo a los Tribunales de Justicia para impugnar jurisdiccionalmente los actos de la administración pública que contravienen la Constitución y las Leyes. La problemática actual se enfoca en el perfeccionamiento de los sistemas de control. La temática del presente trabajo no comprende todas y cada una de las formas de impugnación jurisdiccional derivadas de la reacción de los administrados ante la arbitrariedad de

¹⁴ Jesús González Pérez, Nuevos Sistemas de Control de la Administración Pública, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 22, Editorial Civitas, Madrid, 1979

¹⁵ El termino justicia administrativa es un vocablo que se puede utilizar en sentido propio, entendiéndolo como el genero que comprende todos los instrumentos jurídicos que en los diversos ordenamientos se han establecido para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los administrados, es decir, recursos internos, Obudsman, leyes de procedimiento administrativo, y finalmente la jurisdicción contencioso administrativa que evidentemente posee el mas elevado grado de eficacia en la protección contra las autoridades administrativas.

¹⁶ Jesús González Pérez, Los Recursos Administrativos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969.

¹⁷ José Bermejo Vera, La tutela judicial del Administrado, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 35, Editorial Civitas, Madrid, 1982

los Poderes Públicos, se reduce única y exclusivamente al control de la legalidad, a través de los procesos Contencioso Administrativos, en una porción del planeta tierra: El Salvador.

ESTADO DE DERECHO Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Una de las aspiraciones culturales y políticas de los pueblos modernos ha sido el establecimiento, práctica y vivencia de un Estado de Derecho, y más cerca de nuestros días para otros de un Estado Social de Derecho¹⁸ o Estado Bienestar¹⁹. Ambos parten del supuesto de la dignidad de la persona humana y del reconocimiento de una serie de derechos y prerrogativas inherentes a su calidad de tal. La toma en consideración de estos derechos, constituyen en la actualidad, características irrenunciables para el ejercicio legítimo del Poder²⁰.

En el marco del gobierno democrático, se plantea la necesidad de encontrar formas y mecanismos que obliguen a nuestros gobernados a rendir cuentas. Ello supone someterlos a rigurosos procesos de control en relación con el manejo y evaluación de la gestión de los negocios y las políticas públicas²¹.

Como bien lo ha puesto de manifiesto el profesor García de Enterría, la idea de Estado de Derecho no es siquiera concebible sin la existencia de un sistema eficaz de justicia administrativa, en efecto, los principios en que el Estado de Derecho se asienta se apoyan en la idea de libertad y en los derechos humanos, repudiando a limine cualquier interpretación que ostente dejar libre la arbitrariedad de la Administración o que consideren de manera sistemática que los intereses gestores

¹⁸ Eduardo García de Enterría, Los Fundamentos Constitucionales del Estado, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 52, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, Pág. 31

¹⁹ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Pág. 43

²⁰ Dirk Ehlers, La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 77, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, Pág. 27

²¹ Alex Solís, Reyes sin Corona Rendición de Cuentas y Evaluación de Resultados, Impresión Grafica del Este, San José, 2002, Págs. 31

de ésta son superiores a las determinaciones legales y a la libertad. Es por esto, que actualmente en el mundo, podemos diferenciar dos tipos de estados, unos respetuosos del imperio de la ley y otros que por el contrario no han logrado llegar a este estado de cosas²².

No obstante lo expresado, en la actualidad, podemos observar que casi de manera invariable, todos los estados se autoproclaman respetuosos de las normas que los rigen, así como cumplidores de los diferentes tratados internacionales. Hasta en los regimenes despóticos que ejercen el poder de manera forzosa y violenta, procuran convencer a la ciudadanía que sus actuaciones se desarrollan dentro de un marco legal concreto, justificándose, mediante elecciones, referéndums, u otros mecanismos similares, que les otorgue legitimidad. La problemática nace, de la situación que no basta que los habitantes de un Estado elijan sus líderes mediante mecanismos democráticos, ya que la realidad nos demuestra, que aun siendo indispensable, no es suficiente, puesto que con ello no se logra que el Estado se someta al imperio de la ley. El Estado de Derecho se reconoce por hechos y realidades, no por textos normativos.

Seria ingenuo discurrir que el despotismo solo puede venir bajo la forma de una monarquía absoluta, al contrario la historia nos enseña que también proviene de las denominadas “democracias absolutas” o “sin límites”, siendo por eso necesario una relación íntima entre la democracia representativa como título de legitimidad para gobernar y el imperio de la ley, ya que la falta de la última o su debilidad puede socavar gradualmente a la primera, pudiendo eventualmente destruirla²³.

Y es que el problema resulta, tal como hace varias centurias lo proclamo Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, que existe una eterna tendencia a que

²² Eduardo Mayora Alvarado, El Imperio del Derecho y El Contencioso Administrativo, Editorial Artemis Edinter, Guatemala, 2005, Pág. 21

²³ Ernest Wolfgang Bockenforde, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000, Pág. 22

todo hombre investido de poder, tiende a abusar de él; y lo hace, hasta que encuentra límites²⁴.

Por ello para la vigencia de la democracia destaca, la posibilidad del ciudadano de **controlar el ejercicio del poder**, que es el elemento fundamental para garantizar cualquier equilibrio que pueda establecerse entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos ciudadanos; pues, en definitiva, solo controlando al poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, y rendición de cuentas por parte de los gobernantes; solo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; solo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta puede funcionar con efectiva autonomía e independencia; y sólo controlando al poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta por tanto, que sólo cuando existe un sistema de control efectivo del Poder es que puede haber democracia, y solo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes Públicos²⁵.

Por ello, precisamente, es que en el mundo contemporáneo, la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, sino además y por sobre todo, como un gobierno sometido a controles, y no sólo por parte del Poder mismo, conforme al principio de la separación de los poderes del Estado, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los ciudadanos, individual y colectivamente considerados²⁶.

²⁴ Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, Editorial Porrúa, México, 1982, Pág. 103

²⁵ Allan Brewer-Carias, El Derecho Administrativo y El Derecho a la Democracia: Una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado, Nueva York, 2009, Pág. 10

²⁶ Allan Brewer-Carias, El Derecho Administrativo y El Derecho a la Democracia: Una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado, Nueva York, 2009, Pág. 10

Al pregonarse la sumisión y la obediencia de los principios que conforman el Estado de Derecho, pero no instaurándose las instituciones y técnicas necesarias para hacerlas una realidad operativa, se produce una tensión social y política que impide y dificulta la actividad normal y positiva del Estado²⁷. Por ello, siguiendo a Otto Mayer, pensamos que el Estado de Derecho es “el Estado del Derecho administrativo bien ordenado”, en el cual las instituciones respectivas consiguen el control de las diferentes Administraciones estatales, al conferirse a los ciudadanos el poder de hacer todos sus derechos efectivos en nombre de la ley²⁸.

La ley, desde la perspectiva del Estado de Derecho, constituye una garantía de previsibilidad, ecuanimidad y estabilidad. Es, desde el punto de vista material, programa, y desde el formal, orden procedimental. En ella se formulan soluciones para supuestos de colisión entre los intereses públicos, y se configuran los medios para la persecución de intereses públicos²⁹.

Podemos ver entonces una determina ordenación entre la relación ley, Administración e individuo, y es en el sentido que la Administración no puede intervenir en la esfera de la libertad del individuo, ni en contra de una ley (contra legem), ni sin una base legal (praeter o ultra legem). Se observa que el concepto de ley tiene un significado central para el diseño y concreción ulterior del concepto de Estado de derecho, convirtiéndose en su eje central³⁰.

Lo determinante dentro del Estado de Derecho o Social de Derecho, consiste en el sometimiento incondicional al principio de legalidad, en virtud del cual todos y cada uno de los actos de la Administración Pública deben tener como antecedente

²⁷ Horacio Ricardo González, Estado de no Derecho, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, Pág. 229

²⁸ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, Munchen-Leipzig, 1924, Pág. 58

²⁹ Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Instituto de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003, Pág. 92

³⁰ Ernest Wolfgang Bockenforde, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000, Pág. 29

necesario e indispensable que los legitima un acto regla³¹(Ley), proveniente del Poder Legislativo, en quien reside la voluntad popular. La juricidad depende esencialmente en que las actuaciones del Poder Público se conforman con la ley³².

Dentro de la base central del principio de Estado de Derecho, la primacía de la ley incluye la superioridad de las leyes del poder legislativo sobre las demás normas jurídicas de rango inferior, así como de los demás actos jurídicos³³.

Los titulares de los Organos de la Administración, en esta concepción del Estado, en sus actividades deben consultar y acomodarse únicamente a los textos legales. Debe existir en todo caso, según las elocuentes frases de Don Agustín Gordillo, una predeterminación de la conducta administrativa como requisito de validez.

El cumplimiento de la legalidad involucra para los Funcionarios el respeto y consideración de los administrados y la calificación del Régimen Político como Democrático.

Los regímenes que se apartaban del principio de legalidad son evaluados y señalados de despóticos y tiranos. Hasta el momento hemos reseñado el Estado de Derecho calificado por algunos de burgués y por otros de Estado de Derecho legalista, donde se procura la observancia de la ley, como expresión de la voluntad popular, pero que estima que los preceptos constitucionales son normas programáticas, que proclaman los anhelos e ideales de los pueblos, pero que carecen de obligatoriedad y exigibilidad, faltándoles el elemento esencial que acompaña a toda norma de derecho: La coercibilidad.

³¹ Jaime Vidal Perdomo, Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, Editorial Legis, Bogotá, 2005, Pág. 58 y sigs..

³² María José Viana Cleves, El Principio de Confianza Legítima en Derecho Administrativo Colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pág. 111 y sigs.

³³ Albrecht Weber, Principio de Estado de Derecho como principio Constitucional Europeo, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág.49

Para que la normativa constitucional adquiriese eficacia y vocación de cumplimiento resultaba ineludible su desarrollo a través de la Legislación Secundaria. De lo contrario se queda como un principio jurídico sin valor normativo per se. El Derecho vigente y positivo se localizaba en la Ley. Con mucha razón se dijo que el Estado de Derecho identifica el Derecho con la Ley o con las normas dictadas en función de una Ley.

Estas ideas reflejan la situación tradicional del Sistema Jurídico Salvadoreño que campeó hasta los primeros años de la década de los noventa en que los Funcionarios del Poder Ejecutivo y Jueces centraban sus actuaciones dentro del marco de la Ley. Lo que la Ley dictaba se estimaba incontrovertible.

Sin embargo, ésta forma de entender y manejar los fenómenos jurídicos cambió radicalmente, el Estado Salvadoreño pasa por el tránsito del Estado de Derecho o Estado Social de Derecho tradicional al **Estado Constitucional de Derecho**, en el que el cumplimiento de la norma constitucional aparece el centro de gravedad³⁴. En el Estado Constitucional de Derecho la primacía de la Constitución sobre las demás normas que conforman el Ordenamiento Jurídico tiene carácter indiscutido e indiscutible. La obra “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” del destacado Español, Don Eduardo García de Enterría³⁵ contribuyó sensiblemente a este estado de cosas.

En el Sistema Jurídico resultante del Estado Constitucional de Derecho, los preceptos constitucionales contienen verdaderas normas de derecho de operatividad inmediata, que no requieren preceptos legales que los desarrollen y complementen³⁶. La exigibilidad de la normativa constitucional surge de pleno derecho después de su

³⁴ Peter Häberle, El Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2001, Pág. 3

³⁵ Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y El tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1985

³⁶ Álvaro Magaña, Valor de la Constitución como Norma Jurídica y la Figura del Profesor García de Enterría, Revista Justicia de Paz, Numero 9, San Salvador, 2001, Pág. 1

proclamación y todas las personas jurídicas, incluyendo Estado, Municipios y Entes descentralizados le deben observancia.

La constitución según expresa Luigi Ferrajoli constituye la esfera de lo no decidible el “que cosa” no es lícito decidir (o no decidir), es decir lo que se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría, que esencialmente comprende la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de poderes públicos a la ley³⁷.

La Constitución es la ley Superior, la Norma fundamental y la fundamentadora del ordenamiento jurídico³⁸. El Sistema constitucional produce un desplazamiento, como clave de la construcción jurídica, del principio de legalidad al principio de constitucionalidad³⁹.

El derecho administrativo se presenta entonces, dentro de un Estado Constitucional de derecho como el punto de equilibrio entre el poder (entendido éste como el conjunto de atribuciones y potestades que tienen las instituciones y autoridades públicas, dentro del marco de la legalidad y constitucionalidad), y la libertad (entendida ésta como los derechos y garantías que tiene el ciudadano para convivir en paz, justicia y democracia)⁴⁰. En este orden de ideas el derecho administrativo es ante y por sobre todo un derecho democrático y de la democracia, y su manifestación está íntimamente vinculada a la voluntad general (soberanía) de la cual emana.

No obstante, puede decirse que el derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los

³⁷ Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008

³⁸ Rafael Gómez-Ferrer Morant, Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, Pág. 163

³⁹ Rafael Gómez-Ferrer Morant, Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, Pág. 163

⁴⁰ José Roberto Dromi Casas, Proceso Administrativo: Perspectiva, Revista de Administración Pública, Numero 88, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág.252

particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal”⁴¹. En este sentido el derecho administrativo siempre se ha explicado por la ponderación de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativas administrativas y garantías del administrado, de manera que, como dijo Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía⁴².

El Estado de Derecho implica, ante todo pues, la necesaria sumisión de todas las actuaciones del los órganos del Estado al ordenamiento jurídico, compuesto como hemos dicho por la Constitución, leyes, reglamento y demás normas de autoridades competentes. Pero esta idea del Estado de Derecho implica, la indispensable previsión de garantías de control a los efectos de asegurar la sumisión de los órganos del Estado al Derecho, para cuyo efecto se ha desarrollado y estructurado una instancia denominada Jurisdicción Contencioso Administrativo⁴³.

La Jurisdicción contencioso administrativa es la explicación jurídica y racional de cómo el hombre ha podido crear mecanismos de defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos frente al ejercicio arbitrario del poder público, y sin el cual no puede existir Estado de Derecho⁴⁴.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR

El Contencioso Administrativo surgió tardíamente en El Salvador, lo que indica su lento y pobre desarrollo institucional y político. Sus albores, bien se sabe, se iniciaron

⁴¹ Fernando Garrido Falla, Sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 7, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1952, Pág. 223

⁴² Marcel Waline, Droit administratif, 1963, Pág. 4

⁴³ Albrecht Weber, Principio de Estado de Derecho como principio Constitucional Europeo, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág.51

⁴⁴ Rolando Pantoja Bauzá, Derecho Administrativo Chileno, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 393

en la Francia Napoleónica⁴⁵ a principios del Siglo XIX, y sin embargo en El Salvador es una institución reciente, de poco más de treinta años de existencia, con la salvedad de que en sus primeros años que van de 1979 a 1992, debido a la guerra civil que se padeció, su crecimiento y desenvolvimiento fue menos que discreto. Resultaba sumamente difícil, si no imposible, rescatar en procesos judiciales el cumplimiento de la Ley en momentos en que reinaban las bombas y las balas. Desde los acuerdos de paz en el año 1992 el Contencioso Administrativo salvadoreño ha despegado y logrado un grado significativo de florecimiento, consolidándose como una Institución que coadyuva significativamente a la conformación de un Estado de Derecho, aún cuando el camino por recorrer sea todavía largo y lleno de obstáculos.

En El Salvador, la búsqueda de proteger jurisdiccionalmente a los gobernados contra los excesos de poder de las autoridades estatales, culmina el primero de enero de 1979 cuando se produce un acontecimiento de gran trascendencia histórica jurídica: adquirió vigencia la **“Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”**, por medio del Decreto Legislativo número 81 del 14 de noviembre de 1978, que constituye la verdadera coronación en la consolidación de un Estado de Derecho⁴⁶, y que ha sido calificado por la comunidad jurídica de este país, como el más relevante hito en el derecho Público Salvadoreño en el siglo pasado⁴⁷.

Debe mencionarse que siendo el Contencioso Administrativo un instrumento técnico-jurídico, desconocido en esas épocas por los políticos y ciudadanos de aquel entonces, no existía la conciencia y presión política apropiada para su

⁴⁵ Eduardo García de Enterría, La Formación y el Desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva, Revista de Administración Pública, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 168 y 173

⁴⁶ Los componentes generalmente aceptados que constituyen las exigencias básicas e indispensables del Estado de Derecho son cuatro: el imperio de la ley, la división de poderes, el control de la Administración y el reconocimiento de libertades y derechos fundamentales, tales elementos se encuentran estrechamente vinculados al desarrollo del Estado liberal burgués, subsumido en los primeros Estados constitucionales; de ahí que algunas de las características señaladas aparecen desde los inicios, en las Declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano Francesas de 1789 y 1783 así como en las Constituciones de algunos estados de la Unión Americana.

⁴⁷ Humberto Guillermo Cuestas, Separata de la Revista Judicial, Quince Años de Jurisdicción Contencioso Administrativo, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1996.

establecimiento y los titulares del Poder Ejecutivo se encontraban muy cómodos sin someterse a ningún sistema de control de la legalidad. El Salvador no practicó la democracia y menos pudo considerarse como un Estado de Derecho hasta el año 1992 en que se celebraron los Acuerdos de Paz⁴⁸.

Los antecedentes y orígenes más remotos de esta ley en El Salvador, demuestran que no siempre existió un consenso sobre el modelo de Control Administrativo a tomar, debido a las diferentes interpretaciones constitucionales que diferentes corrientes del pensamiento jurídico debatían en ese momento, postergándose indefinidamente su emisión.

A lo largo de la historia se han configurado tres grandes sistemas de control⁴⁹ jurisdiccional del accionar de las Administraciones Públicas, tales son: el Anglosajón o Rule of Law; el Francés o de Consejo de Estado (Droit Administratif) y el Judicialista Especializado⁵⁰. En El Salvador se torna necesario en las exposiciones de la historia de los antecedentes del Contencioso-Administrativo distinguir las fuentes que dieron origen a los principios y normas que constituyen el sistema de control actual, para estudiar su evolución, mejorando su aplicación.

Históricamente el Estado de Derecho debe su nacimiento a diferentes acontecimientos, entre ellos, el constitucionalismo de los Estados Unidos, la Revolución francesa y la Declaración de los derechos del Hombre y el ciudadano en el siglo XVIII⁵¹, con antecedentes en la Carta Magna y el Bill of Rights, entre otras,

⁴⁸ El dieciséis de enero de 1992, se acuerda en ceremonia solemne en el Castillo de Chapultepec de la ciudad de México, D.F. la firma de los Acuerdos de Paz por parte del gobierno de El Salvador bajo la Presidencia de Don Félix Alfredo Cristiani Burkard y el Frente Farabundo Martí para Liberación Nacional, este acuerdo se da con la presencia de numerosos Jefes de Estado y del entonces nuevo Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros Ghali, evento que pone fin de manera oficial al conflicto armado que dura más de una década y que costo más de 75,000 víctimas Salvadoreñas.

⁴⁹ Para un análisis comparativo ver J. Barnés Vásquez (coordinador) La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Editorial Civitas, Madrid, 1993

⁵⁰ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 5

⁵¹ Christine Fauré, Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789, Comisión Nacional de Derecho Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1995

pasando de esta forma del arbitrario gobierno de los hombres al racional gobierno de las leyes.

En los países cuyo derecho público descende y tiene sus raíces en Francia, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tienen especial relevancia ya que esos eventos marcaron la separación ideológica con el Antiguo régimen⁵², estableciendo límites al ejercicio del poder y salvaguardando los derechos de los administrados, mediante un control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública.

Como resultado tenemos que la justicia administrativa como institución y como técnica es un producto directo e inequívoco de la Revolución Francesa⁵³, que acoge la plena cobertura institucional de uno de los principios básicos que, con base a Locke, había enunciado sobre todo Rousseau. Se trata de instaurar, en los términos explícitos de Rousseau “una forma de gobierno que ponga a la ley por encima del hombre”

El denominado sistema francés, toma su rumbo innovador gracias a la peculiar interpretación de la división de poderes, que apartándose de la concepción clásica inspirada por Carlos María de Secondant, Barón de Montesquieu⁵⁴, es adoptada por la Ley 16/24 de Agosto de 1790 que prohibió bajo pena de prevaricato a los funcionarios judiciales intervenir bajo ningún concepto en los asuntos propios de la Administración. La normativa fue motivada por la desconfianza existente hacia los tribunales judiciales o parlamentos, derivada de prejuicios políticos más que por fundamentos jurídicos, y lleva al desenlace de fragmentar el Poder Ejecutivo, en una Administración Activa y otra Contenciosa, ésta última encomendada al Conseil

⁵² El “ancién regimen” es la denominación que se otorga al tiempo de las monarquías absolutas, alcanzando hegemonía con Luis XIV que con su celebre frase “L’Etat c’est moi” encarna al Estado confiriéndosele un poder omnímodo al Rey.

⁵³ Eduardo García de Enterría, *La Justicia Administrativa en el cambio de Siglo*, Colección Fundap, México 2003.

⁵⁴ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Porrúa, México, 1982, Pág. 202 y sigs

d'Etat⁵⁵, creado por la Constitución Napoleónica VIII que nace inicialmente con funciones meramente consultivas, Justicia Retenida⁵⁶ y que con el tiempo obtiene una verdadera independencia, así como poderes vinculantes para resolver conflictos, Justicia delegada⁵⁷. Este sistema se apoya en el principio “Juger l'Administration c'est encore administrer”, **Juzgar a la Administración es también administrar**, que impulsa el nacimiento jurisprudencial del recurso de exceso de Poder⁵⁸, que por mas de un siglo fue el paradigma a seguir por la mayoría de ordenamientos Jurídicos.

En términos generales puede decirse que la esencia de este sistema radica, desde el punto de vista funcional, en la creación y puesta en marcha de una jurisdicción especial dentro del órgano Ejecutivo que conoce y resuelve las controversias entre la administración y los administrados bajo principios, normas y reglas que objetivamente se conocen como derecho Administrativo creación que se origina vía pretoriana o jurisprudencial por el mismo Conseil d'Etat.

El segundo de estos sistemas, es el llamado Judicialista Especializado, que se configura por la inclusión de una jurisdicción especializada dentro del Poder Judicial, conservando así la unidad de jurisdicción; este modelo es adoptado en España por la Constitución Española de Cádiz⁵⁹ de 1812, manteniéndose esta configuración de

⁵⁵ Las disposiciones que crearon al Consejo de Estado francés, están contenidas en las leyes expedidas por la Asamblea Nacional Revolucionaria los días 6, 7-11 de octubre de 1790, y se complementan con el artículo 13 de la diversa ley de 16-24 de agosto del mismo año 1790, de acuerdo con el cual: “Las funciones judiciales son diversas y deben estar siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de violación de ley, entorpecer de cualquier manera, las actividades de los organismos administrativos, ni citar ante sí a los funcionarios administrativos, con motivo de sus funciones.

⁵⁶ El termino jurisdicción retenida o justicia retenida, se refiere a la ejecutada por organismos situados dentro de la esfera de la administración activa, que aunque estén dotados de cierta independencia funcional, sus decisiones no son obligatorias, siendo necesario para esto una posterior homologación o reconocimiento por parte de las autoridades de jerarquía, bajo este sistema nace el Consejo de Estado francés en 1790, hasta su reforma esencial de 1872.

⁵⁷ La jurisdicción delegada o justicia delegada alude a la configuración bajo la cual el órgano o tribunal administrativo formula sus decisiones con carácter definitivo y obligatorio, debiendo estas decisiones ser pronunciadas a nombre de la Administración, ya que pertenece a la misma.

⁵⁸ Eduardo García de Enterría Contencioso- Administrativo objetivo y Contencioso Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista Española de Administración Pública, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

⁵⁹ Juan Ramón Fernández Torres, La formación histórica de la jurisdicción Contencioso Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1998; Jesús González Pérez, Evolución de la Legislación Contencioso Administrativa, Revista

manera casi invariable hasta la fecha; se acoge este sistema también en ordenamientos como el Alemán⁶⁰, que en definitiva influyeron decisivamente en diferentes países Iberoamericanos⁶¹ que lo adoptaron también. Los tribunales se conforman de Jueces con conocimientos especializados en Derecho Administrativo, que pertenecen al Poder Judicial y que conocen exclusivamente las impugnaciones de los actos de la Administración Pública fundadas en el Derecho Administrativo, proclamándose la proscripción general de ejercer funciones jurisdiccionales a los órganos de la Administración Pública.

Con todo cabe decir que tanto el sistema judicialista especializado como en el “Droit Administratif” la especialización de su justicia se fundamenta en que el gobierno y sus funcionarios poseen todo un conjunto de derechos especiales, privilegios y prerrogativas, cuya naturaleza y extensión se cimienta en principios distintos de los que regulan las relaciones entre un particular y otro, que acarrea la situación que los tribunales ordinarios no posean competencia para conocer y decidir las cuestiones relativas a actos administrativos o a cualquiera materias en que la administración intervenga como Poder Público.

Finalmente, el último de estos tres sistemas denominado modelo Rule of Law se configura como judicialista, ya que no obstante avances progresivos, existe una intervención dominante de los organismos judiciales ordinarios en la resolución de controversias administrativas, principios que han sido trasladados con pequeñas variantes a los demás ordenamientos pertenecientes al common law, llevando a los particulares a que impugnen las actividades de las autoridades administrativas en tribunales tradicionales y bajo reglas del derecho común, razón que lleva a ilustres

Española de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

⁶⁰ Santiago González-Varas Ibáñez, La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

⁶¹ La cercanía de Iberoamérica en determinadas épocas con España, han generado una indiscutible influencia de esta última sobre toda Iberoamérica, es por eso que casi invariablemente en los países de la región impera el principio judicialista, sistema que adopta España con excepción a las épocas en que el sistema francés ejerce también su influencia sobre España, en el año de 1858 donde se establece el Consejo de Estado Español, suprimido posteriormente para restablecerse nuevamente el principio judicialista que impera en la actualidad.

doctrinarios británicos como A.V Dicey⁶² a expresar a finales del siglo pasado que el denominado ***Administrative law***, es totalmente desconocido para gran parte de comunidad jurídica de esa región.

Es por esto que en contraposición a las connotaciones anteriores propias del Derecho Administrativo, Dicey opone el sistema del Rule of Law o “imperio de la Ley”, basándose en tres principios fundamentales⁶³, comenzando por la absoluta supremacía del derecho común, en oposición a toda suerte de poderes arbitrarios, de prerrogativas, privilegios e inclusive de facultades discrecionales por parte de las autoridades; en segundo lugar la igual sumisión o sometimiento de todas las clases o estamentos, incluidos los funcionarios, al derecho común del país, y a los Tribunales ordinarios; y finalmente la tesis de que el Derecho constitucional inglés no constituye la fuente, sino la consecuencia o resultante de los derechos del individuo, tal como han sido precisados y aplicados por los tribunales.

No obstante dejando de momento a un lado el sistema anglosajón o Rule of law, tanto el sistema Francés y Judicialista Especializado han demostrado a lo largo del tiempo un grado respetable de perfección en la tarea de controlar las actividades irregulares de la administración pública, logrando un prestigio mundial, circunstancia que ha llevado a diversos países a incorporarlos a su sistema institucional jurídico.

El diferente encuadramiento de los órganos de la justicia administrativa ya sea en el Poder Ejecutivo ó Judicial, no es determinante ni decisivo en orden a una aceptable justicia administrativa. La esencia del problema en la estructuración de los tribunales administrativos, estriba en que los mismos dispongan de las cualidades siguientes: a) independencia é imparcialidad⁶⁴ de los juzgadores; b) especialización de los

⁶² Sobre las principales ideas expuestas por Dicey: Rolando Pantoja Bauza, El Derecho Administrativo (Clasicismo y Modernidad), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, Págs. 24-28.

⁶³ Jorge Vélez García, Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa fe de Bogotá, 1996.

⁶⁴ De conformidad al Séptimo Congreso de Naciones Unidas Sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrada en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, El Salvador ratifica los

Tribunales y sus integrantes en la materia a juzgar, Derecho Administrativo⁶⁵. Si concurren las cualidades expuestas tanto el sistema Francés como el Judicialista Especializado, aseguran y llevan a alcanzar un nivel aceptable de justicia administrativa.

Para que un país tome la decisión de adoptar el sistema Francés o el Judicialista Especializado, deben de tomarse en consideración determinadas realidades sociológico políticas como sería su tradición democrática con especial acento en la Administración Pública. Países como El Salvador en que las calificaciones del Poder Ejecutivo en cuanto al respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos han sido de reprobación y censura, en que así mismo la estructura del Poder Judicial ha sido débil y de sumisión a la Administración Pública, no funcionando el sistema de frenos y contrapesos de la división de poderes, la desconfianza hacia todo lo que provenga de los principales protagonistas de la arbitrariedad, la Administración Pública, no deja de aflorar y de inclinar la balanza en orden a que sea el Poder Judicial, al que se le confíe el control jurisdiccional de los actos de la Administración.

En El Salvador la controversia sobre el modelo de control jurisdiccional sobre la actividad administrativa no escapó a profundos cuestionamientos y discusiones, varias constituciones establecían el mandato imperativo de crear un tribunal Contencioso Administrativo, pero como antes se advirtió, las discrepancias entre interpretaciones de sectores jurídicos y políticos, que no fueron frecuentes y mucho menos profundos, evitaron su instauración.

Cuatro Constituciones Salvadoreñas⁶⁶ ordenaron la creación de tan necesario tribunal, la de 1824⁶⁷, 1939⁶⁸ y 1950⁶⁹, pero fue bajo la vigencia de la de 1962, que

principios básicos y recomendaciones sobre la independencia del Poder Judicial (Principios de Milán), que han ayudado a garantizar y promover la independencia de la Judicatura.

⁶⁵ Jorge Vélez García, Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa fe de Bogotá, 1996, Pág. 12-15

⁶⁶ En casi dos siglos de existencia de la República de El Salvador como Estado independiente, se han contado con tres constituciones federales, una como Estado miembro de la primera Federación y doce como Estado Unitario.

se emitió la “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, por medio del Decreto 81 del 14 de noviembre de 1978, estableciendo en su artículo primero de la ley, que se erige la jurisdicción contenciosos Administrativo como atribución de la Corte Suprema de Justicia, otorgándosele la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La demora en decretar una Ley que regulara el proceso Contencioso Administrativo se prolongó por más de un siglo y medio desde la primera Constitución, la de 1824⁷⁰ proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 12 de julio del mismo año, que estableció en el Artículo 29 numeral décimo tercero como atribución propia del Congreso, la de erigir los establecimientos, corporaciones, tribunales inferiores y demás que considere convenientes, al mayor orden de justicia, economía, instrucción pública y otros ramos de la Administración”. Cabe resaltar que la redacción del artículo 29 no utiliza los vocablos “jurisdicción contencioso administrativa” o “jurisdicción Administrativa” que universalmente utiliza la doctrina y el derecho comparado para denominar este tipo de potestad especializada.

⁶⁷ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁶⁸ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁶⁹ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷⁰ Esta primera Constitución pertenece a Las Provincias Unidas del Centro América que constituyeron una República Federal que existió en América Central desde 1823 al 1839, la Federación estaba formada por cinco Estados: Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, dictándose tres constituciones bajo su formación, que posteriormente en los años de 1838 se le adicione un sexto Estado, Los Altos con capital en la ciudad de Quetzaltenango, con los territorios del occidente de Guatemala. Entre los años de 1838 y 1840, la Federación entró en un periodo de guerra civil, siendo el primer Estado en separarse Nicaragua, en 1838, y poco después le siguieron Honduras y Costa Rica. Guatemala se separó en 1839 y absorbió al Estado de Los Altos. Para fines de 1839 la Federación había dejado de existir.

Las constituciones posteriores de 1841⁷¹, 1864⁷², 1871⁷³, 1872⁷⁴, 1880⁷⁵, 1883⁷⁶, 1886⁷⁷ olvidaron el tema. No fue sino hasta que la Constitución de 1939 nuevamente aborda la temática, en su Artículo 77 ordinal 17, disponiendo como atribución de la Asamblea Nacional, la de “erigir jurisdicciones y establecer en ellas funcionarios que, a nombre de la República conozcan, juzguen y sentencien toda clase de causas o negocios civiles y criminales a propuesta de la Corte Suprema de Justicia; y, a propuesta del Poder Ejecutivo, para que conozcan, juzguen y sentencien en toda clase de asuntos administrativos”, sugiriendo o dando a entender, la adopción del sistema francés de Conseil d’Etat, es decir la creación de un órgano jurisdiccional enmarcado dentro del Poder Ejecutivo.

Para la elaboración de la constitución de 1950⁷⁸, la más importante en la historia constitucional salvadoreña, los distinguidos jurisconsultos Salvadoreños entre ellos

⁷¹ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷² Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷³ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷⁴ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷⁵ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷⁶ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁷⁷ Una de las más trascendentales Constituciones Salvadoreñas es la Constitución de 1886 cuyo fundamento proviene de la filosofía liberal tanto político, económico y social, esta prepara el camino para el desarrollo de la propiedad privada como uno de los derechos individuales más importantes suprimiendo las formas de propiedad social que se habían producido cinco años antes, cuando se dan las leyes de extinción de Ejidos y Comunidades Indígenas, preparando el terreno para la protección y desarrollo de la propiedad individual.

⁷⁸ La Constitución de 1950, la más importante de las Constituciones que han regido a El Salvador, se configura como una Constitución de carácter social y democrática que respondía a las ideas del un Constitucionalismo Social, fundamento del Estado Bienestar o Estado Providencia (Welfare State), reconoce la propiedad privada en función social, la justicia social, la libertad económica en lo que no se oponga al interés social, la seguridad social; el trabajo como función social, etc., fundamentándose muchas de las Instituciones sociales en los principios de dicha Constitución.

los Doctores David Rosales h., Héctor Enrique Jiménez, Mauricio Guzmán y Fernando Basilio Castellanos elaboraron y propusieron un anteproyecto de Constitución, que disponía la implantación del sistema Francés, en relación a la organización de tribunales administrativos, en su artículo 187. Los miembros del tribunal en número de tres, proponía el anteproyecto, serían designados: uno por el Poder Legislativo, otro por la Corte Suprema de Justicia y el tercero por el Presidente de la República.

El Consejo de Estado, que así se le denominaba al tribunal, se organizaba en dos salas o secciones, una con funciones jurisdiccionales que conocía en grado de apelación de las sentencias pronunciadas por los tribunales inferiores, y otra, con funciones meramente consultivas para asuntos de grave trascendencia nacional o de política exterior del Estado salvadoreño.

La creación de un Consejo de Estado de esta naturaleza no fue aceptado por la Asamblea Nacional Constituyente, siendo dicha propuesta de anteproyecto desechada.

La Constitución de 1950 contempló y ordenó la creación de tribunales administrativos en su artículo 46 ordinal 13 de la siguiente forma: “Corresponde a la Asamblea Legislativa: No. 13. Erigir jurisdicciones y establecer cargos a propuesta de la corte Suprema de Justicia para que los funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles y laborales; y a propuesta del Poder Ejecutivo para que conozcan en toda clase de asuntos administrativos”. La disposición transcrita difiere muy poco del artículo 77 ordinal 17 de la Constitución de 1939 y conserva la premisa que la jurisdicción para tratar asuntos de carácter administrativos debe ser erigida a propuesta del Poder Ejecutivo, reiterando la sugerencia que el sistema de control administrativo que se debería de adoptar sería

el modelo francés, interpretación compartida por un número considerable de juristas distinguidos de la época⁷⁹.

Nuevamente la falta del lenguaje jurídico apropiado mantuvo en el limbo jurídico el establecimiento de los Tribunales Administrativos ya que las opiniones respecto de su estructura o ubicación dentro del marco constitucional se encontraban polarizadas y divididas, sin un texto expreso que definiera inequívocamente la cuestión.

Para desventura del Estado Salvadoreño los imperativos constitucionales constituían letra muerta, de tal forma que no existía una real y verdadera voluntad política para crear Tribunales administrativos, no obstante las abundantes arbitrariedades de los regímenes militares que detentaban el poder político desde 1931 hasta 1978.

Fue hasta el fin de la década de 1970⁸⁰, bajo la vigencia de la Constitución de 1962, que el debate adquirió verdadera seriedad y relevancia, especialmente para despejar la problemática constitucional consistente en determinar el poder dentro del cual deberían enmarcarse los tribunales administrativos⁸¹.

La administración del Presidente Arturo Armando Molina, a través del Ministerio de Justicia⁸², contrató los servicios del administrativista Doctor Oscar Gómez Campos⁸³

⁷⁹ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁸⁰ En la década señalada surge verdaderamente el debate, que no se limitó a determinar cuál debía ser el sistema que convendría implantar en el país, sino también sobre cual tipo de tribunales se ceñía la Constitución de la República vigente 1962.

⁸¹ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

⁸² El ya extinto Ministerio de Justicia constituyó uno de los mas grandes coordinadores sobre la discusión de la implantación de la jurisdicción contencioso Administrativo, participando en estos debates representantes del sector público: Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de Planificación y Coordinación Económica y Abogados independientes, entre otros, los mencionados participantes toman como documento de valor ilustrativo el debate realizado en el Quinto Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en México en marzo de 1972, denominado “Unidad Jurisdiccional y Justicia Administrativa” de donde se desprendieron conclusiones que en lo sucesivo serian importantes.

para que elaborara un anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin fijarle líneas o criterios que orientaran su trabajo. El Doctor Gómez Campos articuló un anteproyecto en que se proponía que se acogiera el sistema francés en la organización de los tribunales administrativos, no sin dotarlos de plena independencia é imparcialidad, formulando una distinción entre la administración activa y la contenciosa. El anteproyecto fue desechado, pero tuvo la virtud de aglutinar a los partidarios del sistema judicialista, dentro de los que se encontraba el Dr. Francisco Armando Arias, entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Esta circunstancia a nuestro parecer definió la controversia.

En Eventos como la Segunda comisión de la Convención Nacional de Abogados de El Salvador⁸⁴, se llega a consensos importantes sobre el sistema que establece Artículo 47 en la Constitución Salvadoreña de 1962, concluyendo que los tribunales que deben conocer sobre reclamaciones sobre la ilegalidad de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo, se deberían enmarcar dentro del Poder Judicial, distanciándose definitivamente del sistema francés.

Finalmente, como se señaló, la articulación e iniciativa del proyecto de ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, implicó un esfuerzo conjunto de la Presidencia de la República por medio de Ministerio de Justicia y la Corte Suprema de Justicia.

Las apreciaciones y sugerencias del Ministerio de Justicia, proponían inicialmente que los Tribunales Administrativos, formaran parte de la estructura del Poder

⁸³ El Doctor Oscar Gómez Campos elabora el primer proyecto de ley en esta materia denominado “Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo” en el cual se inclina por el sistema Francés, en cuanto a que la ubicación del tribunal Contencioso Administrativo debe ser fuera del Poder Judicial, gozando de la autonomía e independencia necesaria para resolver conflictos en esta materia.

⁸⁴ En la Segunda Convención Nacional de Abogados se concluye y en consecuencia se formulan al Gobierno de la República las siguientes recomendaciones en lo referente a la instauración de la Jurisdicción Administrativa: 1) Debe erigirse la Jurisdicción Contencioso Administrativo en El Salvador 2) El Tribunal a quienes se encomienda la Jurisdicción Contencioso Administrativo debe depender del Poder Judicial 3) Debe proclamarse una Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Dicho pronunciamiento consta en acta suscrita por los Doctores Carlos Hayem h. y Oscar Augusto Cañas, Presidente y Secretario de dicha Comisión respectivamente.

Ejecutivo, con atributos de independencia e imparcialidad indispensables para su funcionamiento, evitando influencias indebidas. Luego sugería la creación de dos Salas, la General de lo Administrativo y la de Asuntos Fiscales, integradas por Magistrados electos por la Asamblea Legislativa, entre candidatos postulados por el Poder Ejecutivo.

La Corte Suprema de Justicia expresó su desacuerdo sobre lo propuesto por el Ministerio de Justicia, argumentando que aunque el proyecto diseñara un procedimiento que cumplía escrupulosamente con las reglas del debido proceso, tal circunstancia no era suficiente para garantizar a los justiciables una justicia adecuada y suficiente, ya que no se apegaba a la realidad y tradición jurídica salvadoreña en la que reinaba el principio de Unidad de Jurisdicción y a la situación de que los Jueces del Poder Judicial ofrecían una más amplia seguridad en la tarea de impartir justicia independiente.

Habiendo consenso entre el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema de Justicia se presenta el proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, llegando el documento el 22 de Agosto de 1978 a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, que emitió dictamen favorable el 11 de noviembre de 1978, no sin antes escuchar opiniones, entre las que se destaca la participación del jurista Doctor Roberto Oliva Ortiz⁸⁵ (ex-Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) quien brindó su apoyo al sistema judicialista, aunque no obstante señaló las deficiencias técnico-jurídicas del proyecto que se evidenciaron a través de los años.

Lastimosamente el considerando único de ley exhibe una pobreza jurídica injustificable, a pesar de tratarse de un instrumento legislativo de la mayor importancia para la vida jurídica del país. En efecto, el considerando se limita a

⁸⁵El veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho el referido jurista presenta exposición detallada de la mayoría de las disposiciones contenidas en el proyecto de ley, haciendo referencia especial a la Legitimación, actos impugnables, contenido del fallo etc.

expresar que: “**CONSIDERANDO:** Que para llenar un vacío en nuestro derecho positivo, es necesario erigir la jurisdicción contencioso administrativa, la cual conocerá de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública:...”

El día 14 de noviembre de 1978 el Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo se convierte en ley de la República, juntamente con las reformas pertinentes a la Ley Orgánica del Poder Judicial, prescribiendo su vigencia a partir del uno de enero de 1979.

Paradójicamente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tiende a establecer el imperio de la ley, nace en tiempos de dictadura militar, a lo que debe agregarse que una vez desmontada ésta, la dictadura militar (1979), El Salvador desemboca en regímenes de hecho y al retorno de la constitucionalidad (1982) se desencadena el conflicto armado que se extendió hasta el año 1992, lo cual frenó el desarrollo de la Institución que ocupa nuestra atención.

Con la finalización de la guerra, y la firma de los Acuerdos de Paz y reformas constitucionales de 1992⁸⁶, la jurisdicción Contencioso Administrativa cobra nuevos brillos y el contralor de la legalidad que ejerce adquiere matices relativamente aceptables aunque el camino por recorrer sea todavía incipiente, pero las bases se han sentado para convertir a El Salvador en un Estado de Derecho, respetuoso de la dignidad del ser humano.

⁸⁶ Entre las reformas constitucionales consecuencia de los acuerdos de Paz que se alcanzan en Chapultepec ciudad de México destacan las reformas al Sistema Judicial, Fuerza Armada, Policía Nacional Civil y Sistema de Elecciones.

ADOPCIÓN DEL MODELO DE CONTROL JUDICIALISTA ESPECIALIZADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Legislación Salvadoreña acoge, como lo hemos expresado, el sistema judicialista especializado en cuanto a la organización de Tribunales Administrativos, siguiendo el sendero trazado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española del 26 de diciembre de 1956 y continuado en la vigente del año 1998.

El sistema judicialista especializado se caracteriza porque los Tribunales que integran la justicia administrativa, se encuentran en el seno de la justicia ordinaria, con respeto al Principio de Unidad de Jurisdicción, ya que estos pertenecen a la estructura del Poder Judicial, circunstancia que en principio ó en términos generales lo asemeja al sistema inglés y de los Estados Unidos de América. Sin embargo, según Don Jesús González Pérez en este tema “Lo realmente decisivo es, dando por supuesto la independencia de los órganos, es la especialización jurídico-administrativa de los titulares de tales órganos. Esta es la verdadera lección del sistema francés: la idoneidad de los jueces administrativos. Si esto se logra dentro del Poder Judicial, si los tribunales encuadrados en la común organización judicial están servidos por magistrados especializados, no tiene sentido encuadrar los órganos del contencioso administrativo en la organización administrativa.

De aquí que sea más lógico el sistema judicial. Lo que explica que sea el dominante en los países de lengua castellana. El examen y satisfacción de las pretensiones fundadas en derecho administrativo se confía a órganos encuadrados en la común organización judicial, consagrándose así en normas de rango constitucional, aún cuando no falten ordenamientos que consagren un sistema administrativo y hasta que defiendan un sistema de tribunal independiente del poder judicial y del ejecutivo, que en determinado momento ha tenido acogida en algún ordenamiento jurídico”.⁸⁷

⁸⁷ Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1985, Págs. 44 y 45.

La exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo Española de 1956 discurre también con el mismo patrón de ideas, expresa que: “ *«la Ley es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la Ley de 5 de abril de 1904, en cuanto confía a la Jurisdicción Contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos. Pero, creyendo esencial una especialización del personal de esta Jurisdicción, ha procurado mediante la selección de los miembros de la Carrera Judicial a través no sólo de los correspondientes concursos, que habrán de ser debidamente regulados por el Gobierno para que cumplan verdaderamente su finalidad específica, sino también mediante oposición»*”⁸⁸.

Debe enfatizarse que la cualidad de lo **especializado**⁸⁹ que caracteriza a la mayoría de sistemas de organización de tribunales administrativos de Iberoamérica, se centra adicionalmente y de manera esencial, en que si bien los tribunales se enmarcan dentro de la estructura del Poder Judicial, se erige una jurisdicción no especial, sino especializada, en el sentido que ella y sólo ella conoce de los procesos Contencioso-Administrativos y únicamente conoce de los mismos, excluyendo otras materias reguladas por subsistemas jurídicos diferentes.

La organización de Tribunales Contencioso-Administrativos dentro del Poder Judicial, ha causado divergentes opiniones e interrogantes en la comunidad jurídica, en especial sobre los orígenes que dicho tribunal posee, asaltando serias dudas acerca de la influencias que ordenamientos foráneos pudieran haber ejercido en la ley de 1978.

Al respecto de estas influencias un sector importante de juristas y doctrinarios tanto nacionales como extranjeros afirman que, existe una extrapolación directa de

⁸⁸ Exposición de Motivos, Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, BO del 27 de diciembre de 1956

⁸⁹ Jorge Eduardo Tenorio, El Contencioso Administrativo en El Salvador, San Salvador, 1970, Pág. 37 y sigs.

principios del sistema Judicialista Norteamericano sobre el ordenamiento Salvadoreño y en general sobre el Iberoamericano, juicio que estimo sin bases de sustentación porque el sistema Norteamericano no es Judicialista en puridad, ya que concede potestades de jurisdicción primaria a tribunales Administrativos, circunstancia que lleva en ocasiones a excluir, ya sea ley o por actuaciones discrecionales, la revisión por parte de Tribunales Judiciales. Debido a lo anterior el modelo Norteamericano no puede ser catalogado como ortodoxamente judicialista, sino más bien de carácter mixto⁹⁰ (Tribunals and Courts)⁹¹, debido a que reconoce jurisdicciones distintas a la Judicial, distanciándose radicalmente tanto del sistema Francés como del Judicialista Especializado.

Los principios del derecho Anglosajón, son ajenos a los de la Constitución Salvadoreña que al igual que otros países iberoamericanos se percibe una acentuada influencia de la Constitución de Cádiz de 1812, que establece en su Art. 243 que: “ni las cortes ni el Rey podrían ejercer en ningún caso funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos”. Asimismo la Constitución Gaditana proscribió el ejercicio de potestades jurisdiccionales a los Órganos del Poder Ejecutivo, consagró el principio la Unidad de Jurisdicción, las que comparte también el constituyente salvadoreño confiriéndole al Poder Judicial la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Art. 172.).

El sistema Judicialista Especializado incorporado a la Legislación Salvadoreña, se separa de los demás modelos de fiscalización de la legalidad existentes, por constituir un seno independiente perteneciente del Poder Judicial, que conoce y resuelve los conflictos en que se impugnan actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo, garantizando derechos é intereses legítimos de los

⁹⁰ Jesús González Pérez y Juan Carlos Cassagne, La Justicia Administrativa en Iberoamérica, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.Pág.16

⁹¹ La Doctrina y legislación de raíces común law, distingue entre Tribunales, organismos judiciales formalmente administrativos, para diferenciarlos de los ordinarios que reciben el nombre tradicional de Courts, distinción que difícilmente puede ser formulada en español.

ciudadanos, y estableciéndose una interdicción general para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo.

La unidad de jurisdicción que comprende, estatuye un imperativo de carácter constitucional al Poder Judicial para que sea este encargado de ejercitar de manera general la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, imponiéndose como consecuencia una separación de los demás Poderes del Estado.

Por lo anterior los Juzgados y Tribunales establecidos por ley, son dotados por su misma naturaleza de independencia, atributo que no es accidental o secundario de éste órgano, sino consustancial al mismo. Por ello no es posible hablar de una función jurisdiccional sin la existencia de un órgano del Estado con características de imparcialidad e independencia⁹². Estas características son esenciales para una tutela jurisdiccional Efectiva o protección jurisdiccional,⁹³ ya que esta suponen el acceso a un proceso con órganos imparciales e independientes en demanda de justicia frente a otro; cualquiera que sea la materia que verse y ante cualquier persona. Supone asimismo el acceso a un proceso con garantías debidas de defensa. Y finalmente garantiza que la decisión del órgano Judicial sea llevada a efecto⁹⁴.

Otro atributo no menos importante del sistema Judicialista que no es compartido por el sistema Norteamericano, consistente en el conocimiento exclusivo por parte de los Tribunales Contencioso-Administrativos de pretensiones que se deduzcan en relación a la actividad sujeta al Derecho Administrativo, situación que se torna indispensable para la especialización de los Jueces, y que trae como consecuencia una mejor tutela de derechos, situación que no concurre en los sistemas anglosajones ya que son los tribunales ordinarios o comunes los que resuelven

⁹² Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa(Ley 29/1998, de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 94

⁹³ En la Jurisprudencia Salvadoreña se conoce como protección jurisdiccional a lo que en España la Doctrina denomina Tutela Jurisdiccional Efectiva, la Corte Suprema de Justicia del Salvador reconoce a este derecho en la Sentencia 25-V-99, Amp.167-97

⁹⁴ Jesús González Pérez, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civitas, Madrid, 1989, Pág. 33.

materias Administrativas, frecuentemente con fundamento en leyes ó normas aplicables a las relaciones entre particulares.

La premisa analizada que sugiere que el sistema Salvadoreño obtenía sus raíces de los Estados Unidos de América, se encuentra en la actualidad totalmente dilucidada ya que mediante el análisis histórico se ha comprobado que el ideario jurídico que inspiró la Constitución Salvadoreña y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 1978, se obtiene de la Constitución de Cádiz de 1812, instrumento jurídico político que ejerció influencia en la mayoría de países de Iberoamérica, como Argentina⁹⁵, Venezuela⁹⁶, México⁹⁷, Guatemala⁹⁸, Costa Rica⁹⁹, Honduras¹⁰⁰, Panamá¹⁰¹ y Perú.

Ahora bien, este sistema Judicialista Especializado adoptado por Legislador Salvadoreño ha sufrido fuertes críticas, principalmente en cuanto se refiere a la separación de poderes del Estado, ya que por ser la Administración un poder independiente, se considera que este no debe ser fiscalizado por el Poder Judicial, pudiendo perder por esto su independencia y flexibilidad necesaria para enfrentar con acierto el manejo de los servicios públicos. Este argumento ha sido tachado de anacrónico, perdiendo en la actualidad su justificación y vigencia, estas posturas de antaño, pueden privar a la Administración de un control jurisdiccional adecuado, existiendo la posibilidad que ocurra un efecto aún mas nocivo, y convierta a la Administración en un poder absoluto, ya que los particulares tendrían que acudir ante

⁹⁵ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.

⁹⁶ Allan R. Brewer Carias, Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

⁹⁷ Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997

⁹⁸ Hugo Haroldo Calderón M., Derecho Procesal Administrativo, Editorial Orión, Guatemala, 2006

⁹⁹ Eduardo Retana, La Jurisdicción Contencioso Administrativa y sus Reformas, Revista del Colegio de Abogados, Numero 12, San José, 1966

¹⁰⁰ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993.

¹⁰¹ Pérez Castellón, Aspectos Generales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su Implantación en Panamá, Lex Panamá, Panamá, 1975.

la misma Administración, perdiendo la oportunidad de ser oídos con imparcialidad e independencia.

Otro grupo de detractores argumentan posiciones negativas de este sistema, en lo que se refiere a la supuesta imposibilidad de especialización de los jueces que conozcan de la materia contencioso Administrativo, que debido a la complejidad de su legislación especializada, hace que la apreciación de los conflictos sea diversa a los de los jueces ordinarios, ciertamente estos argumentos son validos, pero esa necesidad de especialización no se opone en ningún momento a que sea el órgano judicial quién conozca de dichos conflictos, debido a que en el órgano judicial se observa también el principio de división de trabajo así como especialización, siendo en consecuencia evidente que distintos tribunales conocen de diversas materias. La unidad de jurisdicción que priva el sistema en ningún momento impide la diferenciación dentro de ella de órganos a los que se les confíe el conocimiento de determinadas materias o que se regulen procedimientos especiales¹⁰².

Ahondando en el tema es claro que los tribunales contencioso Administrativos en un Sistema Judicialista especializado no constituyen como su nombre pudiera sugerir una suerte de “Jurisdicción especial”-pues formalmente están en el Poder Judicial-, ni tampoco una “Jurisdicción especializada”- dado que forman parte de la jurisdicción ordinaria, sin embargo si podría afirmarse que son especializados únicamente para denotar que su misión especial es la de aplicar el Derecho Administrativo a los casos concretos¹⁰³.

¹⁰² Jesús González Pérez, Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley de 29/1998 de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 95

¹⁰³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 26

SITUACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS PREVIO A LA INSTAURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El escenario previo a la instauración de la Sala de lo Contencioso administrativo como jurisdicción encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia administrativa, no puede calificarse sino de inusual, esto debido al mecanismo procesal por medio el cual se trato de reemplazar a la jurisdicción administrativa; este peculiar intento nace precisamente con el proceso de amparo, que surge mediante la proclamación de la Constitución liberal del 3 de agosto de 1886¹⁰⁴ que lo constituía como contralor de la constitucionalidad de los actos de la Administración. Así El Salvador fue el segundo país en Latinoamérica, a la zaga únicamente de México, que dio acogida al amparo, proceso que como bien se sabe tiene por objeto la protección contra infracciones de derechos subjetivos constitucionales; tutela jurisdiccional que excluye en principio la revisión de la legalidad o el restablecimiento de situaciones subjetivas individualizadas sustentadas en la Ley.

No obstante, debemos señalar que la sumisión jurisdiccional de la Administración a la constitución resultaba sin duda alguna insuficiente, esto debido a que el sometimiento de la administración pública al principio de legalidad ha sido siempre una exigencia ético jurídica así como una demanda popular para la corrección y remedio a los abusos y excesos de poder que violentaban las normas legales. La magnitud de los apremios y presiones de los diversos grupos sociales víctimas de la arbitrariedad, llevaron a la situación de que el amparo operara no solamente de contralor de la constitucionalidad sino también de la legalidad, la realidad de nuestro medio desbordó los esquemas teóricos del proceso de amparo, dado que a finales del siglo antepasado y durante buena parte del siglo pasado ni soñábamos con el establecimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa que sujetara a la legalidad las actuaciones de los poderes públicos.

¹⁰⁴ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

Si bien el amparo se adaptaba a la finalidad perseguida porque era un mecanismo útil y eficaz de fiscalización de la actividad Administrativa Pública, resultaba indispensable determinar el derecho subjetivo constitucional transgredido. Se debía tratar de un derecho constitucional vinculado con la seguridad jurídica, no fue difícil encontrarlo, la redacción misma de la garantía de audiencia hoy llamado “debido proceso legal”, sugería e invitaba a su instrumentalización para tutelar jurisdiccionalmente legalidad.

En efecto, hasta 1880 la garantía de audiencia se concibió en términos de una protección adjetiva¹⁰⁵, que aseguraba al individuo el procedimiento legal requerido para la pérdida de un derecho, sin importar que la aplicación de la Ley sustantiva fuese correcta o incorrecta. La garantía de audiencia tenía el carácter eminentemente formal. Las constituciones anteriores a 1880 preceptuaban que: “nadie puede ser privado de los derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a fórmulas que establecen las leyes”.

La redacción del debido proceso, en la Constitución de 1880¹⁰⁶, incorporó a las leyes sustantivas¹⁰⁷ al suprimir la vinculación exclusiva a “las fórmulas”.

Ya en el siglo pasado, el amparo se transformó en medio de impugnación de actividades administrativas contrarias a la constitución y leyes secundarias¹⁰⁸, esta interpretación gramatical de la disposición constitucional consagratoria de la garantía de la audiencia legitimó y respaldó la reiterada jurisprudencia que hizo del amparo tutela efectiva de la legalidad, en las actuaciones del Poder Ejecutivo, sustentándose

¹⁰⁵ Sandra Morena Laguardia, La Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional, Publicación de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990, Pág. 25

¹⁰⁶ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

¹⁰⁷ Sandra Morena Laguardia, La Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional, Publicación de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990, Pág. 25

¹⁰⁸ El Criterio en el que se adopta el precedente bajo el cual es posible la impugnación de actividades administrativas contrarias a las leyes secundarias, germina con la Sentencia de las ocho horas del día diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, dictada por la Sala de Amparos de la Corte Suprema de Justicia.

que la garantía de audiencia se sustentaba en no haber sido oído y vencido en juicio: “con arreglo a las Leyes, tanto de carácter adjetivo como de carácter sustantivo”.

Esta interpretación provocó la multiplicación de los amparos en que la pretensión del agraviado tenía por objeto el debido proceso legal¹⁰⁹, pero que en el fondo contenían una contrariedad al principio de legalidad. El amparo adquirió los perfiles de garantía de la correcta aplicación de la ley, tanto sustantiva como adjetiva¹¹⁰.

Sin embargo aunque la revisión jurisdiccional de la legalidad de los actos de la administración a través del amparo era una realidad, esto trajo consigo consecuencias negativas, debido el aplazamiento indefinido de la jurisdicción contencioso administrativa, que en determinados momentos no se consideró necesaria.

Cabe señalar que la conversión del amparo en instancia contralora de la legalidad no fue idea propia y exclusiva de la jurisprudencia salvadoreña, por lo que no puede calificarse de original, el amparo mexicano¹¹¹ había iniciado esta línea de pensamientos, entre nosotros, afirma Don Jacinto Pallares,¹¹² no hay lugar al juicio contencioso-administrativo, pues él está suplido, y con ventaja, con el recurso de amparo.

¹⁰⁹ Este principio ha sido desarrollado por el régimen jurídico de los Estados Unidos de América, incorporándose en la Constitución Federal de Filadelfia mediante las enmiendas Va y XIVa, comprendiendo en principio una garantía exclusivamente procesal pero adquiriendo con el tiempo una calidad sustantiva que habilita la impugnación y la revisión de la constitucionalidad de las leyes, cuando el legislador, atenta contra los derechos sustantivos del individuo sin dejar alternativa o posibilidad de ejercer la defensa en sede jurisdiccional.

¹¹⁰ No obstante esta interpretación voces críticas como las del Dr. Oscar Gómez Campos en su Tesis Doctoral “Control Jurisdiccional de la Administración Pública”, señalan que es un error éste punto de vista debido a tres razones fundamentales: a) que la violación de la garantía de legalidad establecida en la Constitución no puede generar por sí sola la actuación de amparo, sino que es necesario que se traduzca en una violación de garantías de los gobernados; b) que el amparo no es una instancia más en los procedimientos administrativos y que no procede por quebrantamiento de normas secundarias, de naturaleza sustantiva, por interpretación errónea o aplicación indebida de las mismas; y, c) que si se admitiere el amparo por quebrantamiento de normas secundarias de naturaleza sustantiva, el juicio político dejaría de ser autónomo y degeneraría en un recurso o instancia más del procedimiento que lo motiva, lo cual sería contrario a la naturaleza misma del amparo.

¹¹¹ Alfonso Nava Negrete, Días y Trabajos del Tribunal Contencioso Administrativo del DF de México, Revista de Administración Publica, Numero 100-1002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, Pág. 1414

¹¹² Jacinto Pallares, El Poder Judicial, México, 1986, Pág. 77

Asimismo en su obra “El juicio de amparo y la enseñanza de Derecho Procesal”, Héctor Fix-Zamudio¹¹³, reconoce que “el amparo mexicano dirigido inicialmente en forma exclusiva a la protección de los derechos del hombre o “garantías individuales”, al desenvolverse posteriormente, se amplió de control de constitucionalidad a control de legalidad; lo cual es advertible al considerar que en México todo acto de autoridad ya sea administrativo, judicial o legislativo, puede ser impugnado mediante el juicio de amparo llamado también juicio de garantías”.

Don Ignacio Burgoa¹¹⁴ en su “Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo”, define el Instituto que nos ocupa de la manera siguiente: El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine,

Sin Embargo es de recalcar que los motivos invocados por los mejicanos en el proceso amparo para fiscalizar a la Administración no coincide en su totalidad con la línea de pensamiento implementado por la jurisprudencia salvadoreña en este sentido Don Ignacio Burgoa¹¹⁵ explica en una de sus obras que: en síntesis, el control de legalidad se ha incorporado a la teología del juicio de amparo desde que el principio de legalidad inherente a todo régimen de derecho, se erigió a la categoría constitucional, como acontece en México en función de los artículos 14 y 16 de la ley Suprema. De ahí que cualquier acto de autoridad independientemente de la materia en que se emita o del órgano estatal del que provenga, al no ajustarse o al contravenir la ley secundaria que deba normarlo, viola por modo concomitante dicha garantía, haciendo procedente el amparo, cuyo carácter extraordinario como medio

¹¹³ Héctor Fix-Zamudio, El Amparo y la Enseñanza Procesal, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 175

¹¹⁴ Ignacio Burgoa O., Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 28

¹¹⁵ Ignacio Burgoa O., El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág.152.

de tutela de la legalidad en general se traduce en la circunstancia de que, antes de su interposición, deben promoverse todos los recursos ordinarios o medios de defensa de que normativamente disponga el gobernado para obtener la validación del acto de autoridad que lo agravie.

Por nuestra parte lejos de criticar a nuestra jurisprudencia por amparar no solamente por motivos de constitucionalidad sino también de legalidad, aplaudimos con entusiasmo la medida y la consideramos el aporte de mayor significación y trascendencia de nuestro Supremo Tribunal a lo largo del siglo pasado, en materia de Estado de Derecho, no obstante su inveterada indiferencia y exceso de prudencia en materia de legalidad.

Con todo, El Salvador marchó, no obstante las adversidades y obstáculos hacia un proceso de modernización del Estado en sus instituciones jurídicas, sociales, económicas, especialmente a la terminación de la primera parte del siglo pasado siendo su producto mas notable y encomiable en materia jurídica, la Constitución de 1950, que apremió al legislador secundario al establecer Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, los anhelos del constituyente quedaron frustrados por largo tiempo, pues tuvieron que transcurrir 29 años para el nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Durante tantos años se debatió un solo punto: “A qué Poder ú Órgano fundamental del Estado deberían adscribirse los Tribunales Administrativos de acuerdo a la normativa constitucional, que en términos equívocos parecía inclinarse por el Sistema Francés y que parte de la idea realizada durante la revolución Francesa de 1789 que impedía al Poder Judicial inmiscuirse en los asuntos administrativos. Para evitarlos se crearon el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, que integraron la denominada “Administración Contenciosa”.

Finalmente triunfó la cordura y la razonabilidad, la tesis judicialista se impuso gracias, en buena parte, al preclaro criterio del Doctor Armando Arias padre, a la sazón Presidente de la Corte Suprema de Justicia.- El Sector democrático y progresista del Gremio de Abogados se regocijó con la adopción de tal criterio.-

Sin embargo, las ideas y principios que se manejaron al articular la ley se inspiraron en demasía en la Ley de Procedimientos Constitucionales, que regula el Proceso de Amparo, concibiéndose al Proceso Contencioso Administrativo como una suerte de proceso de amparo, con la variante que el motivo de la controversia se centraba en la legalidad y no en la inconstitucionalidad del acto, por lo que al contencioso se le estimó como un amparo por motivos de legalidad, mentalidad que prevaleció a la hora de estructurar la ley, primariamente debido a la larga suplantación que el proceso de Amparo tuvo durante años, que sin duda influyó en la concepción de dicha jurisdicción.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y ORGANIZACIÓN ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En el Estado de Derecho la protección jurisdiccional¹¹⁶ de los derechos individuales constituye un pilar básico y fundamental para una eficiente reacción frente a las arbitrariedades de los poderes Públicos¹¹⁷, con base a lo anterior la Constitución Salvadoreña en su Artículo 2 proclama que “todo persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la posesión, y a

¹¹⁶ El Derecho fundamental a la Protección Jurisdiccional conocida doctrinariamente por los españoles como Tutela Jurisdiccional Efectiva, se encuentra contenido principalmente en los artículos 2 y 11 de la Constitución Salvadoreña, así como en diversos tratados Internacionales debidamente ratificados por El Salvador, ejemplo de estos son: La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su Art. 10 proclama que “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, y el Art. 8.1 del pacto de San José, Costa Rica de 1968 que determina asimismo que: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹¹⁷ Luís López Guerra y Otros, Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 355

ser protegida en la conservación y defensa de los mismos". Una suerte o variante de protección en la conservación y defensa de los derechos enumerados se realiza a través de la jurisdicción.

En este sentido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que: "Nuestra Constitución, acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales, si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos –abierto y no cerrado– como fundamentales para la existencia humana e integrantes de las esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el artículo 2, inciso primero, el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito" Luego agrega: "Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. En tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia¹¹⁸" (Sentencia de 25-V-99, Amp. 167-97). El derecho a la protección jurisdiccional¹¹⁹ representa una garantía procesal indispensable de la que

¹¹⁸ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de fecha 25 de mayo de 1999, en el Proceso de Amparo de Ref. 167-97.

¹¹⁹ El contenido del derecho a la Protección Jurisdiccional es extenso, debido a que como Jesús González Pérez señala que este despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo,

debe de partir todo tipo de organización de justicia, en especial la administrativa, lo apuntado responde a que es frecuente encontrar al poder público, utilizando el privilegio de la ejecutividad¹²⁰ en detrimento de la protección efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares como escudo en su accionar arbitrario. Bajo ese contexto tal derecho constituye el andamiaje indispensable para la organización de tribunales contencioso-administrativo en El Salvador.

Por su parte el Art. 11 de la Constitución, que insiste recurrentemente sobre la protección constitucional de los derechos de toda índole, prescribe que: “ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad, ni de su propiedad o posesión sin, ser antes previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”. A través del precepto transcrito obtiene reconocimiento constitucional la institución de estirpe anglosajona denominada Debido Proceso¹²¹, que siendo un derecho complejo comprende: “a) el libre acceso al órgano Judicial; b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; c) que se conceda a las a las partes la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que, desde su propia posición, puedan defender sus derechos; y, d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla” de modo que la relevancia de

durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Dentro de dicho esquema, esta Protección comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: A) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil. B) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; C) a un juez natural e imparcial; D) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción; E) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); F) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; G) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial. H) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; I) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; J) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; K) a impugnar la sentencia definitiva; L) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; M) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; N) a contar con asistencia letrada;

¹²⁰ José Ramón Parada Vásquez, Privilegio de Decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso, Revista de Administración Pública, Numero 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968.

¹²¹ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Ensayos y Batalla Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 23

este principio constitucional activa un sometimiento por parte de la Administración que no debe dejar escapar ningún resquicio de inmunidad.

Sobre el Debido Proceso la Sala de lo Constitucional salvadoreña, ha expresado que: “**I. Sobre la naturaleza del derecho consagrado en el inciso 1º:** “Esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente”¹²² (Sentencia de 13-X-98, Amp. 150-97).

Las disposiciones constitucionales que hemos señalado y reseñado brevemente sirven para cimentar la jurisdicción en general, sin embargo, en la geografía de la Constitución Salvadoreña se encuentran dos prescripciones que de manera específica y directa sustentan la existencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa y dan pautas para su organización dentro de la estructura del Poder Judicial en forma indubitable é inequívoca.

La primera de estas normas se localiza en el numeral 31 del Art. 131 y se refiere a la atribución de la Asamblea Legislativa de “Erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles, laborales, **contencioso administrativo**, agrarias y otras”. (Las negrillas son mías).

Se puede observar la diferencia conceptual y de redacción entre el precepto transcrito y el correspondiente a la Constitución de 1962, que también hemos transcrito. En éste, la iniciativa para la creación de Tribunales Administrativos se

¹²² Sentencia Dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de fecha 13 de octubre de 1998 en el Proceso de Amparo de Ref. 150-97.

asigna al Poder Ejecutivo; en la vigente, a la Corte Suprema de Justicia al igual que el resto de los Tribunales.

Este cambio de rumbo del constituyente de 1983¹²³ debe estimarse como reacción a las desventuradas interpretaciones de las pasadas constituciones en especial la de la constitución 1962, que hizo aflorar dudas y discrepancias, debido a la implementación de una confusa técnica legislativa, que otorgaba como especial atributo del poder Ejecutivo la propuesta de creación de la jurisdicción contencioso Administrativa, relegando las demás propuestas al Poder Judicial, situación que en la actualidad fue definida inobjetablemente en la Constitución del 1983, que no realiza distinción alguna.

Asimismo debe advertirse que el término propuesta debe interpretarse como uso de iniciativa de ley¹²⁴, debido a que los tribunales de justicia se les dota de jurisdicción y competencia las que invariablemente tienen origen legal, en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Por lo demás la Corte Suprema de Justicia salvadoreña dispone de iniciativa de ley de conformidad al Art. 133, numeral 3, que se la concede exclusivamente en materias relativas al Órgano Judicial al ejercicio del notariado y de la abogacía, **y a la jurisdicción y competencia de los tribunales.**

El segundo precepto se ubica en el Art. 172 de la Constitución que de manera inequívoca establece, según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional el estatuto de los tribunales que conforman el Poder Judicial, explicándolo en los

¹²³ La Constitución de 1983 nace en pleno conflicto armado, manteniendo cierta influencia de la Constitución de 1950, sin embargo se observa una influencia del Estado mínimo, la reducción de la intervención del Estado en los programas sociales, la privatización de patrimonios estatales, el autofinanciamiento de las pensiones, etc., promoviendo una transformación ideológica, destacando los beneficios de una Sociedad más sujeta a las leyes del mercado, recordando sin embargo que la persona humana, es el origen y fin de la actividad del Estado y que en consecuencia éste, se organiza para conseguir la justicia, la seguridad jurídica y bien común.

¹²⁴ En el Salvador según el Art.133 de la Constitución poseen iniciativa de ley: 1) Los Diputados; 2) El Presidente de la República por medio de sus Ministros; 3) La Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Organismo Judicial y a la Jurisdicción y competencia de los Tribunales; 4) Los Concejos Municipales en materia de impuestos municipales; 5) El Parlamento Centroamericano, por medio de los Diputados del Estado de El Salvador que lo conforman, en materia relativa a la integración del Istmo Centroamericano, a que se refiere el Art. 89 de la Constitución.

términos siguientes: “Dicho estatuto está constituido, en primer lugar, por el principio de exclusividad prescrito en el art. 172 inc. Iº. Cn., el cual (...) significa que cualquier posible conflicto que surja en la vida social puede o ha de ser solucionado en última instancia por los jueces y tribunales independientes y predeterminados por la ley. El mencionado principio se puede analizar desde dos enfoques: uno positivo, el cual implica que –salvo casos excepcionales, regulados por la ley– la autodefensa se encuentra proscrita en el Estado de Derecho, aunque el justiciable tiene a su disposición el derecho de acción consagrado en el art. 18 Cn. para pedir a los tribunales la heterocomposición de los conflictos en los que tenga interés; y uno negativo, el cual implica que los tribunales no deben realizar otra función que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A su vez, dicho principio conlleva dos exigencias: que la facultad de resolución de controversias sea encomendada a un único cuerpo de jueces y magistrados, independientes e imparciales, en donde toda manipulación relativa a su constitución y competencia esté expresamente excluida –el principio de unidad de la jurisdicción o ‘unidad de la justicia’ a la que hace referencia el art. 216 inc. Iº. Cn. –; y que la potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva -‘juzgar’- como en la ejecutiva -‘hacer ejecutar lo juzgado’-, así como la producción de cosa juzgada, sea atribuida como monopolio a los miembros que integran el Órgano Judicial, vedando a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales –el principio de monopolio de la jurisdicción, o exclusividad *stricto sensu*, a que hace referencia el art. 172 inc. Iº. Cn. –¹²⁵”(Sentencia de 20-VII-99, Inc. 5-99)

El comentado Art. 172 inc. Iº. de la Constitución, reza en los términos siguientes: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo

¹²⁵ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de fecha 20 de julio de 1999 en el Proceso de Inconstitucionalidad de Ref. 5-99.

contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.”. Lo sobresaliente de la prescripción transcrita, para los efectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, reside en la regla respecto a que la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en la indicada materia corresponde con exclusividad a Tribunales del Poder Judicial, lo cual remarca el carácter judicialista en cuanto a la organización de este tipo de Tribunales y asimismo proscribire implícitamente su establecimiento dentro de la estructura del Poder Ejecutivo.

Una de las fracturas que reconoce el Constituyente salvadoreño al Principio de Unidad de Jurisdicción, se da en materia electoral, en que la revisión de la legalidad de la misma se atribuye, al Tribunal Supremo Electoral¹²⁶, según el Art. 208 de la Constitución.

Analizado ya el fundamento constitucional de la jurisdicción contencioso Administrativo es necesario entrar a conocer aspectos generales de su organización; al respecto la sistematización adoptada confía la totalidad de las controversias sobre esta materia a Sala de lo Contencioso Administrativo, por ser este el organismo técnico adecuado para apreciar la ilegalidad de las actuaciones del Poder público, consecuencia que proviene de su condición jerárquica en el Poder Judicial¹²⁷.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la República de El Salvador, detenta la exclusividad del juzgamiento de las controversias reguladas por el Derecho Administrativo, siendo el único Tribunal, en razón de la materia, territorio y grado. En efecto, el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, estatuye que: “Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo.” Asimismo el

¹²⁶ Art. 208 inciso 4to El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad máxima en material electoral, sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma.

¹²⁷ Jorge Eduardo Tenorio, El Contencioso Administrativo en El Salvador, San Salvador, 1970, Pág. 37

Art. 5 del mismo cuerpo legal preceptúa que la Sala extiende su competencia a todo el territorio de la República.

El carácter de único Tribunal acarrea la consecuencia de la falta del recurso ordinario de apelación o del extraordinario de casación y en consecuencia la carencia de un Tribunal superior que revise lo actuado y sentenciado.

En la actualidad la Ley contempla un único recurso denominado de aclaración tramitado y resuelto por la misma Sala, que se interpone para la corrección de errores materiales o bien para la explicación de conceptos oscuros que aparezcan en la parte dispositiva del fallo, no existiendo posibilidad de revocar su sentido original. Cabe señalar que el término sentencia ha sido interpretado restrictivamente, en el sentido que su procedencia se limita a las definitivas, a las que resuelven el asunto principal. No comprende las denominadas interlocutorias¹²⁸.

La **configuración** actual como único tribunal para conocer en materia Contencioso-Administrativo surge de la **configuración** del proceso contencioso como juicio de única instancia que a lo largo de los años ha traído consigo variadas críticas, ya que no existen medios de impugnación ante un órgano superior en grado, el fundamento actual de una doble instancia es la necesidad de controlar y evitar los errores y el arbitrio Judicial¹²⁹.

¹²⁸ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de fecha 14 de agosto de 2006, en el Proceso de Referencia 73-2005, donde se declara improcedente el Recurso de Aclaración en vista de sólo ser procedente para la impugnación de sentencias definitivas y con el fin de enmendar errores materiales o esclarecer o explicar conceptos que puedan generar confusión sobre lo que la Sala expresó en la parte dispositiva de la Sentencia.

¹²⁹ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant Blanch, Valencia, 1991, Pág. 28

Así, los fundamentos sociológicos de todo recurso se centran en la falibilidad humana¹³⁰, que desde hace tiempo el mismo Ulpiano justificaba con el fin de poder emendar las injusticias o impericias de los jueces¹³¹.

La falta de recursos de la sentencia definitiva ha provocado un debate acerca de la necesidad de articularlos, a efecto de darle cumplimiento al Debido Proceso, que comprende dentro de sus exigencias, la disposición de parte del agraviado con la Sentencia de interponer recursos, siendo los más usuales el de Apelación y el de Casación¹³². En principio la doctrina y el derecho comparado comparten esta posición.

No han faltado las posiciones que sustentan el mantenimiento del Status Quo, aduciendo el Principio de Celeridad. Para acceder a la jurisdicción Contencioso-Administrativa en El Salvador se requiere el agotamiento de la vía administrativa, circunstancia que se torna más compleja debido a que el silencio administrativo no se regula a plenitud y se limita a cuando no exista ulterior recurso jerárquico y que fatalmente determina que el paso por todos los recursos administrativos dilaten entre año y medio y dos años. Pero la demora se prolonga en promedio por dos años más en la instrucción y decisión del Proceso Administrativo. Al instaurarse los Recursos de Apelación o de Casación en los Procesos Administrativos, tendría que esperarse al menos un año más la decisión definitiva de las controversias, que en conjunto desde su aparición esperarían aproximadamente cinco años para su definición completa é irrevocable.

¹³⁰ Juan Antonio Robles Garzón, Los Recursos en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Revista del Poder Judicial, Numero 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Pág. 374

¹³¹ Ulpiano, Digesto 49,1,1, García Garrido, Derecho Privado Romano, Instituciones, Madrid, 1982, Pág. 160

¹³² Juan Antonio Robles Garzón, Los Recursos en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Revista del Poder Judicial, Numero 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Pág. 374 y sigs

La justicia debe ser oportuna, pronta. ¿Cómo conciliar la existencia de recursos con la celeridad, con la urgencia de resolver los conflictos en que los intereses públicos se encuentren comprometidos, más allá de un plazo razonablemente aceptable¹³³?

Desde mi punto de vista la posible solución a esta dilema puede lograrse sin la instauración de un sistema de recursos sino más bien mediante una distribución de los procesos, creándose para el efecto nuevos organismos jurisdiccionales departamentales o Juzgados de proximidad¹³⁴ que conocieran únicamente de los casos vinculados con Gobiernos locales, así como determinar los casos de menor cuantía que según la región podrían ser conocidos por los mismos; este escenario considero que ayudaría considerablemente a descongestionar la Sala de lo Contencioso, sin prologar la incertidumbre en que puedan encontrarse tanto las administraciones como los particulares.

En cuanto esta solución, debe aclararse que el aumento de jueces o instancias no constituye una solución por si misma, sino dependerá de una distribución eficaz y planificada¹³⁵. Esta propuesta cumple asimismo con el principio democrático que exige un acercamiento de la justicia, concretamente la administrativo, al ciudadano; objetivo que se puede lograr a través de esta regionalización de tribunales, ya que es obvio que el acceso a la justicia no se satisface con un tribunal que tiene un asiento exclusivo en la capital¹³⁶.

Entre los aspectos generales la Sala de lo Contencioso Administrativo, se encuentra inmersa dentro de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cúspide del Poder

¹³³ Santiago Muñoz Machado, El derecho a obtener Justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 25, Editorial Civitas, Madrid, 1980

¹³⁴ Jesús González Pérez, Los atentados al Modelo de Justicia de la Constitución de 1978, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 134, Editorial Civitas, Madrid, 2007, Pág. 245

¹³⁵ Alejandro Nieto, La Administración de Justicia y El Poder Judicial, Revista de Administración Pública, Numero 174, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 40.

¹³⁶ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 15

Judicial, organizada para el ejercicio de sus funciones¹³⁷ jurisdiccionales en cuatro Salas, denominadas: Sala de lo Constitucional, compuesta por cinco Magistrados; Sala de lo Civil y Sala de lo Penal, integrada cada una de ellas con tres Magistrados y, la Sala de lo Contencioso Administrativo, conformada por cuatro Magistrados.

El número de miembros de la Sala de lo Contencioso-Administrativo no puede ser más caprichoso é inusual. Los Tribunales Colegiados, al menos los de máximo nivel, se encuentran conformados con Magistrados en número impar. Sin embargo, la explicación respecto del Tribunal administrativo salvadoreño radica en que antes del año 1992, ésta, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se componía de tres Magistrados, pero debido a las enmiendas constitucionales decretadas ese año, se dispuso en su Art. 186 Constitución, que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serían elegidos para un período de nueve años y se renovarían por terceras partes cada tres años, pero siendo catorce Magistrados en ese entonces, no calzaban los números para que su renovación fuese, en todo caso, por terceras partes, obviándose la dificultad o inconveniente, añadiendo un Magistrado más a la Corte Suprema de Justicia, cuyo destino sería, según lo dispuso la Ley Orgánica Judicial, la Sala de lo Contencioso-Administrativa.

En lo que respecta al número de suplentes que substituyen a los Magistrados Propietarios de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la Ley Orgánica Judicial en sus Artículos 11 y 12 instaura su respectiva reglamentación, regulación que ha sido duramente criticada debido a la inseguridad e incertidumbre que genera, ello en vista

¹³⁷Art. 4 de la Ley Orgánica Judicial: “La Corte Suprema de Justicia estará organizada en cuatro salas que se denominarán: Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Constitucional estará integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y cuatro Vocales designados por la Asamblea Legislativa. Las Salas de lo Civil y de lo Penal estarán integradas por un Presidente y dos Vocales y la Sala de lo Contencioso Administrativo estará integrada por un Presidente y tres Vocales todos los que designará la Corte el primer día hábil del mes de enero de cada año, entre los demás magistrados que la componen, las que podrán reorganizar cuando lo juzgue necesario y conveniente a fin de prestar un mejor servicio en la administración de justicia. Cuando por renuncia y otro motivo legal deba substituirse un Miembro de la Sala de lo Constitucional, el que sea elegido podrá ser designado por la Asamblea Legislativa para que integre dicha Sala o designar a uno de las demás Salas de la Corte al momento de la sustitución; si se tratare de un Magistrado de cualquiera de las otras Salas, el Magistrado electo entrará a formar parte de la Sala de la Corte designe

que la ley no permite conocer con antelación quienes pueden ser llamados a cubrir la vacancia de un Magistrado Propietario, violando claramente la garantía constitucional del Juez Natural establecida en el Artículo 15 de la Constitución.

El Artículo 11 de la Ley Orgánica Judicial manifiesta en lo tocante a los suplentes, que existirá igual número de Magistrados suplentes como propietarios, cinco de ellos exclusivamente para la Sala de lo Constitucional y los restantes para suplir indistintamente a cualquiera de los propietarios de las otras Salas; esta disposición es completada por el Art.12 del mismo cuerpo legal al establecerse que en las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia que no sea la de la Sala de lo Constitucional podrá llamarse para la integración del tribunal, indistintamente a cualquiera de los magistrados suplentes.

El régimen adoptado por la Ley Orgánica Judicial, a mi juicio no es acorde a la Constitución, pues podría violentar la garantía del Juez Natural¹³⁸ y en ningún caso beneficia a la transparencia que debe existir en un órgano de esta jerarquía, prestándose a manipulaciones por parte de la Corte en Pleno, órgano al cual la ley otorga el llamamiento de los Magistrados Suplentes. En materia Contencioso-administrativo, esta situación es aún más dramática pues afecta directamente a su sustancia misma¹³⁹.

En cuanto a los recaudos exigidos para optar al cargo de Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el Art. 176 de la Constitución prescribe que se requerirán las mismas exigencias necesarias para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ello en vista que la Sala de lo Contencioso forma parte integrante de la primera.

¹³⁸ Ignacio Díez-Picazo Jiménez, El Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley, Revista Española de Derecho Constitucional, Número 11, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 75 y sigs.

¹³⁹ Eduardo García de Enterría, Organización Contencioso-Administrativa y Sistema de Recursos, Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativo, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, Pág. 23

En base a la disposición Constitucional anterior los Magistrados en primer termino deben reunir ciertos requisitos subjetivos, debiendo por tanto ser Salvadoreños por nacimiento, del Estado seglar; requisitos que van encaminados a mantener la independencia e imparcialidad de todo Magistrado impidiendo que sean influenciados por políticas externas o por asuntos de la iglesia.

Entre otras exigencias, la constitución requiere que los Magistrados electos posean cierta edad, que para el caso se precisa en cuarenta años, esta edad es la que nuestra norma magna consideró necesaria para demostrar cierto grado de experiencia y madurez para el ejercicio de la judicatura de más alto nivel en El Salvador.

Finalmente en cuanto a los requisitos técnicos requeridos por nuestra Constitución, desafortunadamente para nuestro medio han resultado bastante indulgentes, ello en vista que bastará ser Abogado de la Republica y haber desempeñado una Magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante un mínimo de nueve años o igualmente haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección.

Estimo que los requerimientos mencionados no pueden ser considerados como suficientes, la moralidad y competencia notoria a la que hace referencia en la Constitución constituyen verdadera letra muerta ya que no existe actualmente procedimiento para acreditar la capacidad intelectual de los candidatos, quedado desgraciadamente relegados, muchas veces por la adopción de criterios políticos, sin que se disponga un verdadero método objetivo de elección, es necesario por ello un procedimiento de elección donde pueda comprobarse dichas calidades y que garantice que las personas más calificadas posean la oportunidad de ser nombradas.

Un procedimiento que en parte podría ayudar a solucionar el problema es mediante la realización de audiencias públicas o “public hearings” en la Asamblea Legislativa, previo el nombramiento de los Magistrados; autores consagrados como el Alemán Peter Häberle¹⁴⁰ se muestran decididamente a favor de estas audiencias, ya que ello aumentaría la transparencia, y democratizaría más la elección, haciéndola más plural, reduciendo el reparto partidista de los Magistrados, debiéndose justificar los meritos alcanzados, capacidad e intelecto de los aspirantes.

PROCEDIMIENTO DE ESCOGITACIÓN DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Las enmiendas constitucionales de 1992¹⁴¹, diseñaron un novedoso é ingenioso procedimiento de elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que visto en el papel satisface cualquier grado de exigencia para elevar a ese Tribunal a los más calificados elementos del foro nacional. Así deambulaban todas las expectativas.

Pocas Constituciones han llegado a privar a los políticos de la potestad de postulación de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o Tribunales Constitucionales. En El Salvador los diputados de la Asamblea Legislativa han de conformarse con elegir dentro de la nómina de candidatos propuestos por el gremio abogadil, ya sea directamente a través del sufragio personal directo y secreto, ya sea indirecta mediante el Consejo Nacional de la Judicatura, compuesto exclusivamente de Abogados, que a su vez arribaron a sus cargos mediante el

¹⁴⁰ Konrad Hesse y Peter Häberle, Estudios Sobre la Jurisdicción Constitucional, Instituto de Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.

¹⁴¹ Acuerdos Políticos para el Desarrollo de la Reforma Constitucional; Acuerdos de Paz de El Salvador: en el camino de la Paz, Organización de las Naciones Unidad, Departamento de Informática Pública de las Naciones Unidas, 1992

mecanismo de sufragio de sus pares. Los éxitos o fracasos del sistema dependen en buena medida de la correcta escogitación del gremio de Abogados¹⁴².

El sistema salvadoreño constitucionalmente concebido resulta envidiable y digno de todos los elogios. Sin embargo, su aplicación ha sido objeto de los más severos cuestionamientos, especialmente en cuanto a la calidad profesional de los Magistrados electos y su alto grado de politización¹⁴³. Los resultados no han sido los añorados, pero pensamos que el problema no es constitucional, más bien de la falta de normativa a que deben someterse los Diputados de la Asamblea Legislativa al proceder a su elección.

Para un sector el problema se centra en incrementar los requisitos para optar a la magistratura de Corte¹⁴⁴, en definitiva, que sean más rigurosos y exigentes, comenzando con la edad mínima, que según opiniones debería de ser de 45 años. También se sostiene que se debería de aumentar el número de años en el ejercicio de la profesión o de la judicatura, según los casos, haber publicado una obra jurídica, haber servido un Cátedra Universitaria, etc. Asimismo se adicionan situaciones tales como la de no estar vinculado de manera notoria a opciones políticas concretas¹⁴⁵.

En este sentido la Constitución Mexicana, en una enmienda del año 1995, requirió en el Art. 95 las exigencias para ser electo Magistrado de Corte, en la forma siguiente: *“Los nombramientos de los ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.”* La Constitución Española de 1978 discurre también bajo alguna de estas ideas.

¹⁴² Los Jueces y las Elecciones del Consejo Nacional de la Judicatura, Fusades, Boletín de Estudios Legales, Numero 14, San Salvador, 2002

¹⁴³ Alejandro Nieto, El Desgobierno Judicial, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 93

¹⁴⁴ Diagnostico de los procesos de elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejales del Consejo Nacional de la Judicatura. Un aporte a la Construcción del Estado Social y Democrático de Derecho en El Salvador, Associació Catalana de Professionals Per la Cooperació, Agosto 2007.

¹⁴⁵ Dieter Simon, La Independencia del Juez, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, Pág. 107 y sigs.

Sin embargo, el sistema constitucional salvadoreño de elección de Magistrados de Corte Suprema de Justicia debe estimarse que reúne el más alto grado de exigencia¹⁴⁶, dentro del Derecho Comparado, lo lamentable ha radicado en que se carece de una Legislación Secundaria adecuada para terminar de afianzar y perfeccionar el procedimiento, evitando las desviaciones y la excesiva discrecionalidad que disponen los Diputados de la Asamblea Legislativa, que con la finalidad de influir en el funcionamiento del poder judicial destruyen la neutralidad esencial e irrenunciable de este órgano¹⁴⁷.

Con la escogitación de los candidatos se concluye y acaba la reglamentación de la elección, pero para la elección en sí misma, momento decisivo del procedimiento ha quedado librado a la más absoluta libertad de los actores políticos, que utilizan esta potestad como una forma de satisfacción de sus apetitos de la misma naturaleza, legítimos en otras áreas, perniciosos y malévolos en el Órgano Judicial¹⁴⁸.

Llegadas las listas de candidatos a la Asamblea Legislativa ésta debería de sujetarse a un procedimiento riguroso para evitar la absoluta discrecionalidad, que ha tornado la elección, en ocasiones, en un reparto de un botín político, en que los partidos mayoritarios reclaman y exigen sin rubor alguno, dos Magistrados en cada elección¹⁴⁹.

Resulta inaudito que actúen, las fracciones legislativas, con cierto sentido de pertenencia y derecho con relación a la elección de dos Magistrados, no interesando

¹⁴⁶José Tapia Tovar, *El Señor Magistrado, Estructura Jurídica y Radiográfica de su función*, Editorial Porrúa, México, 2005, Pág. 119 y sigs.

¹⁴⁷ Alejandro Nieto, *La Administración de Justicia y El Poder Judicial*, Revista de Administración Pública, Numero 174, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 33

¹⁴⁸ Dieter Simon, *La Independencia del Juez*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, Pág. 107 y sigs.

¹⁴⁹ Pedro Nikken experto independiente utiliza el término partidización para referirse a un fenómeno de politización que va más allá del predominio de los intereses políticos de sectores o grupos y que alude a un control más directo de partidos políticos concretos sobre las instancias estatales fundamentales, en detrimento de la independencia y funcionamiento democrático de las mismas. Véase Pedro Nikken: Informe del Experto Independiente sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en el Salvador, elaborado de conformidad con la resolución 1994/62 de la Comisión de Derechos Humanos(ONU), 13 de enero de 1995.

su idoneidad o no para los cargos, o al menos, éste es un elemento secundario¹⁵⁰. Cada partido, en la escogitación de sus Magistrados, detenta en la práctica una discrecionalidad absoluta; el otro partido mayoritario puede vetar al candidato del otro partido pero no más, dándose a veces vetos simultáneos y el cuestionamiento se resuelve nombrando a los dos o a ninguno.

En el estado de derecho no priva la voluntad o intereses de personas o grupos, sino el interés común¹⁵¹. Por otra parte, en toda actividad estatal el ejercicio del poder debe ser medido y limitado, no existen, no deben existir potestades que atribuyan a partidos políticos o fracciones legislativas poderes omnímodos e incontrolables más que todo cuando se trata de la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La política tiende, pues, a imponer su ley, que en último término es la de carecer de ley, o si se prefiere situarse al margen o por encima de ellas¹⁵².

La etapa legislativa de elección de los Magistrados de Corte debe regularse ya que hasta el momento la única normativa se reduce a dos artículos de la Constitución el Art. 131, No. 19 que dispone que: “Corresponde a la Asamblea Legislativa:...19º.- Elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ...”. Asimismo, el Art. 186, inciso 3º. manda que la elección de los Magistrados deberán estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. De esto último se han valido algunos políticos para justificar su perversión al sistema de justicia salvadoreño.

Fueron los Acuerdos de Paz los que impulsaron y lograron la enmienda constitucional que prescribe la presencia, en la Corte Suprema de Justicia, de las más diversas corrientes de pensamiento jurídico, que de ninguna manera se identifican o coinciden con las corrientes del pensamiento político.

¹⁵⁰ José Roberto Dromí, El Poder Judicial, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984, Pág. 55

¹⁵¹ María José Viana Cleves, El Principio de Confianza Legítima en Derecho Administrativo Colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Pág. 111 y sigs.

¹⁵² L. de la Morena y de la Morena, Jurisdicción y Estado de Derecho, Revista de Administración Pública, Numero 81, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1976, Pág. 155

Lo deplorable del caso estriba en que la Asamblea Legislativa, no obstante las múltiples elecciones que ha realizado, no ha identificado y exteriorizado las corrientes del pensamiento jurídico que ha valorado relevantes para efectos de la elección y como cada uno de los Magistrados electos ha probado su afiliación a determinada corriente.

En definitiva, la exigencia constitucional acotada carece de precedentes en el Derecho Comparado y se instituyó con el propósito de conseguir un óptimo grado de democracia, en la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no obstante no ha servido para tal fin, sino para justificar conductas a las que debe mostrarse ajena la elección de los miembros de Magistrados¹⁵³.

Debe reconocerse que la Asamblea Legislativa ha dado un paso tibio, en este sendero de calificar las aptitudes de los candidatos, a los que concede una entrevista para al menos conocerlos físicamente y se concede a cada postulante la oportunidad, por un breve período de tiempo que no pasa de treinta minutos, de exponer sus posiciones é inquietudes respecto de los fenómenos judiciales. Los resultados han sido discretos, en treinta minutos no se puede evaluar la capacidad profesional, los méritos, las credenciales, etc. de los futuros Magistrados, debe agregarse que los miembros de la Comisión que para el efecto se conforma, adoptan la posición pasiva de oidores. El postulado expone un discurso preparado y elaborado de antemano y allí termina el asunto.

Este diminuto esfuerzo debe llevarse hasta las últimas consecuencias, para que la Corte Suprema de Justicia se conforme exclusivamente con Abogados de comprobada excelencia y capacidad profesional con atestados que atestigüen su

¹⁵³ María Luz Martínez Alarcón, La independencia Judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, Pág. 225

experiencia y que en las actividades profesionales en que se hayan destacado las hayan realizado con honestidad é independencia¹⁵⁴.

Debe partirse del nombramiento de una Comisión Evaluadora de Postulaciones, que opere en cada una de las elecciones de segundo grado que competan la Asamblea Legislativa.

Dada la escasa probabilidad de que en el seno de la Asamblea Legislativa exista un número de Abogados con capacidad suficiente para realizar la evaluación, la Comisión Evaluadora de Postulaciones debe enriquecerse con la integración de tres Decanos de las Facultades de Derecho que operan en el país.

En principio el procedimiento de selección de los Magistrados que resultaren electos, deben reunir las características de un concurso, puesto que se debe elegir a los mejores candidatos, a los que gocen de mayor excelencia en cuanto a su capacidad profesional, a los más experimentados y a los más honestos¹⁵⁵. Todos los Abogados propuestos en el listado elaborado por el Consejo Nacional de la Judicatura deben poseer los requisitos constitucionales, puesto que sólo los que los reúnan pueden ser postulados, pero en la elección final sólo deben estimarse los que detenten el mayor y mejor número de cualidades para desempeñar el cargo. Porque poniendo en la balanza el criterio de cualidades profesionales, éticas y demás y, por otro lado, el interés de los partidos políticos, no se requiere esfuerzo mental para desechar éste último criterio.

Instalada la Comisión Evaluadora de Postulaciones se entra en la primera fase que podría denominarse de antecedentes o de méritos¹⁵⁶ en la que pesarán circunstancias tales como un post-grado en la especialidad jurídica en la que se

¹⁵⁴ Diagnostico de los procesos de elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejales del Consejo Nacional de la Judicatura. Un aporte a la Construcción del Estado Social y Democrático de Derecho en El Salvador, Associació Catalana de Professionals Per la Cooperació, Agosto 2007.

¹⁵⁵ Juventino V. Castro, Hacia el Sistema Mexicano del Siglo XXI, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág.191

¹⁵⁶ Jesús González Pérez, La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, Pág. 51

juzgará, haber servido una Cátedra Universitaria relativa a la misma materia en la cual ejercerá funciones jurisdiccionales, haber escrito obras jurídicas, disertado con frecuencia en conferencias sobre temas jurídicos dirigidas a Abogados, haber ostentado cargos gremiales de la mayor importancia, haber servido una Magistratura o Judicatura por un número superior a los establecidos por la Constitución y otros similares. Quien reúna los atributos relacionados debe encontrarse en una situación sobresaliente y prominente de ser designado con superiores probabilidades y expectativas que un político, un Colaborador Jurídico de un Ministerio o ente descentralizado, Asesor Legal de un Banco, etc.

En esta etapa el candidato deberá acreditar sus antecedentes y méritos y rendir la prueba de los mismos ante la respectiva Comisión. No basta presentar un Currículo. El papel aguanta con todo. La prueba de los méritos debe encontrarse debidamente establecida.

Al llegar la nómina de candidatos a la Asamblea Legislativa, todos tienen idénticas posibilidades de acceder a la Magistratura, pero agotada la etapa de antecedentes ó méritos los mejor acreditados se ubicarán en un sitio prevaleciente con relación al resto de los postulados, tendrán la posibilidad de ser electos. A más méritos más posibilidades.

La capacidad profesional constituye el primer filtro que descalifica a un buen número de candidatos, que únicamente reúnen los requisitos constitucionales pero no la idoneidad requerida para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁷.

Pero algo debe agregarse en cuanto a los Abogados que fueron más votados en la elección de los Abogados. Existe una opinión generalizada de que debe respetarse la voluntad del demos reflejada en la votación. No concuerdo con esa apreciación. Si

¹⁵⁷ José-Juan Toharia, El Juez Español un análisis sociológico, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Madrid, 1975, Pág. 103

eso fuese así lo pertinente sería ampliar la cobertura de la votación mediante el sufragio de toda la ciudadanía. El resultado de la votación, debe ser acompañado de la excelencia profesional y cualidades espirituales¹⁵⁸. En igualdad de condiciones deberá escogerse al más votado, pero sólo en esas circunstancias.

En la actualidad los únicos Magistrados designados directamente por la Asamblea Legislativa son los correspondientes a la Sala de lo Constitucional. El resto resultan electos en forma conjunta, sin especificar su destino en las diferentes Salas. La distribución la realiza la Corte Suprema de Justicia en Pleno ó Corte Plena. Esto no ha dejado de producir nefastas consecuencias.

En esta selección conjunta que efectúan los Magistrados resultan de las especialidades jurídicas más variadas, algunas de ellas que no corresponden a la competencia de las diferentes Salas, o su aplicación tiene carácter limitado. Pero lo más patente se ha dado en algunas oportunidades en que se eligieron para el caso un número de penalistas o civilistas superior a los que conforman la Sala de lo Penal o de lo Civil, según los casos.

Las funciones de las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia por su trascendencia é importancia deben encomendarse a especialistas en el subsistema jurídico en que le corresponde conocer y decidir¹⁵⁹. La preparación y conocimiento especializado constituye la especialidad la única seguridad de acierto en las decisiones judiciales. La problemática jurídica de las Salas asume tal complejidad que aún a los especialistas les resulta difícil resolver con propiedad los intrincados casos que conocen. El conocimiento jurídico no se improvisa por más capacidad mental y profesional que posea el Abogado. Posiblemente al término del período, nueve años, el Magistrado se haya vuelto un especialista en la materia que ha

¹⁵⁸ Jesús González Pérez, La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, Pág. 29

¹⁵⁹ Miguel Sánchez Morón, Sobre la Situación de la Justicia Administrativa en los Albores del Siglo XXI, Revista de Administración Pública, Numero 154, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág.304 y sigs

juzgado, pero aprender y dominar esta especialidad le requirió varios años en los que los justiciables tuvieron que pagar su impericia.

La acertada elección de cada Magistrado de la Sala de la Corte Suprema de Justicia a la que se incorporará debe determinarla la Sala, habiendo advertido previamente que poseen los conocimientos jurídicos especializados, indispensables en el juzgamiento de asuntos competencia de la Sala¹⁶⁰.

Así estaremos seguros que habrá penalistas en la Sala de lo Penal; civilistas, mercantilistas y laboristas en la Sala de lo Civil; y Administrativistas y Tributaristas en la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Para llegar a este resultado bastará con reformar el Art. 4 de la Ley Orgánica Judicial. No se requiere reforma constitucional.

Desde esta perspectiva los candidatos que no ostenten ninguna especialidad no podrán pasar a la siguiente etapa y el concurso se reduce a la oposición de los candidatos idóneos para alcanzar la Magistratura.

En la Sala de lo Constitucional la especialidad guarda suprema significación y trascendencia debido a que se requiere mucho estudio y dedicación para encontrarse actualizado en esta rama del saber jurídico, que camina a pasos galopantes. Por otra parte la misión del Juez Constitucional no se agota en la aplicación de la Ley ya de por sí fatigosa y que requiere un gran caudal de conocimientos jurídicos, sino que su actividad al juzgar es de índole valorativa, siendo sus herramientas los principios y valores que informan a la Constitución. Adicionalmente, el efecto jurídico de sus fallos no alcanza únicamente a las partes, como en la mayoría de sentencias sino que también trascienden al resto de la

¹⁶⁰ Jesús González Pérez, La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, Pág. 29

colectividad con efectos Erga omnes, ya que las consecuencias de las sentencias en los Procesos de Inconstitucionalidad, según el Art. 183 de la Constitución, son obligatorios con carácter general. Asimismo se estima que los precedentes, derivados de las Sentencias de los Procesos de Amparo y Exhibición Personal, tienen carácter preceptivo para los Órganos que conforman la estructura del Poder Judicial, para los funcionarios públicos y en general para todos los habitantes del país¹⁶¹. En definitiva existe una vinculación entre los tribunales ordinarios y las decisiones que tome la Sala de lo Constitucional¹⁶². Asimismo los Jueces constitucionales dirimen los conflictos entre los Órganos Ejecutivo y Legislativo como sería el caso del veto emitido por el Presidente de la República. Lo que se conoce y resuelve en la Sala de lo Constitucional es de la más óptima importancia dentro de la vida jurídica del país, por lo tanto sus integrantes deben de disponer y contar con un acervo cultural y jurídico a toda prueba, aquí no cabe la impericia, el desconocimiento de los fenómenos y la técnica jurídica, porque lo que se encuentra en juego es la vida institucional del Estado. Encomendar la tarea de juzgar a personas que no poseen la especialidad requerida no es más que una temeridad.

Sobre la excelencia profesional de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la doctrina es particularmente exigente. En este sentido Humberto Nogueira Alcalá¹⁶³, en un trabajo publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, sostiene que:

“La necesidad de dotar de independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales al Tribunal Constitucional y de imparcialidad a los magistrados que lo integran, hace necesario que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias

¹⁶¹ Rubén Hernández Valle, La Vinculatoriedad de las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004

¹⁶² Christian Stack, Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 53, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, Pág. 14

¹⁶³ Humberto Nogueira Alcalá, La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004

que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida, lo que hace dirigir la mirada sobre el sistema y requisitos para ser nombrado juez del Tribunal Constitucional, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el sistema de incompatibilidades, el régimen de inmunidades, como asimismo, el sistema de la elección del Presidente del Tribunal.

La labor jurídica realizada por los tribunales constitucionales que tiene evidentes connotaciones políticas requiere de los magistrados que integran estos tribunales una legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad.

Es por ello que los magistrados que integran los tribunales o cortes constitucionales deben ser juristas destacados que cuentan con cierta experiencia mínima exigida, siendo ellos escogidos y nombrados por las asambleas parlamentarias, el Jefe de Estado o los gobiernos, participando en el proceso, en algunos casos, las más altas magistraturas, todo ello de acuerdo con el tipo de gobierno constitucional democrático existente en cada país.”

En cuanto a la Sala de lo Contencioso pasa justamente lo mismo, la técnica y los principios del derecho administrativo son muy diferentes a los del Derecho privado y no es fácil acertar con su aplicación e interpretación por quien no es especialista en aquella rama del derecho¹⁶⁴.

En esta etapa podemos resumir que:

- a) En el pasado reciente el criterio político que ha prevalecido en la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ha pesado más que los méritos

¹⁶⁴ Miguel Sánchez Morón, Sobre la Situación de la Justicia Administrativa en los Albores del Siglo XXI, Revista de Administración Pública, Numero 154, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág.305

o credenciales que han pasado a un segundo término, circunstancia que se debe invertir en el futuro, erradicando la insana costumbre que los dos partidos mayoritarios tengan derecho cuando menos a dos Magistrados;

- b) La Asamblea Legislativa no solamente debe elegir a los Magistrados sino también asignarle su destino a una determina Sala de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la moralidad notoria se debe brindar a la ciudadanía la posibilidad de participar en esta fase de oposición, mediante la denuncia de las actividades irregulares de los candidatos, en su vida pública y privada.

Sobre esto habrá que tener sumo cuidado, para no comprometer la buena fama y honor de los candidatos. Se abre las puertas para las denuncias pero siempre se debe tener cautela atribuyéndoles a las informaciones recibidas el carácter confidencial. La comisión evaluadora de postulaciones al recibirlas y analizarlas deberá determinar cuáles detentan un mínimo grado de credibilidad y proceder a investigarlas, siempre en forma privada y reservada. La información recibida únicamente debe utilizarse para fines de la elección de los Magistrados.

Además deberá pedirse informe a la Corte Suprema de Justicia sobre las denuncias presentadas respecto de cada candidato, estado de la investigación y de la resolución final, si se hubiere dictado. Esta precaución parece ser que la Asamblea Legislativa la ha implementado.

La Comisión Evaluadora de Postulaciones será un Órgano Técnico y sus funciones son puramente consultivas, pero sus dictámenes se deben fundar en elementos objetivos que en la práctica vuelva imposible el nombramiento de personas no idóneas para el cargo aún cuando reúna los requisitos constitucionales. Su

competencia se limita a establecer una propuesta respecto de los candidatos más idóneos¹⁶⁵.

Pero esto no sería suficiente, porque no bastan únicamente los conocimientos jurídicos, es indispensable completar esta etapa con la oposición que deberá realizar, entre los diferentes candidatos, la Comisión Evaluadora de Postulaciones. La oposición consistirá en una audiencia pública en que la Comisión entrevistará al postulante y lo interrogará sin previo guión para que demuestre la sabiduría y conocimientos sobre el subsistema jurídico que le tocará juzgar. La capacidad de ideas y conceptos y su aplicación a la realidad social; sus valoraciones sociales, sus principios éticos, sus potenciales proyectos e ideas para resolver la problemática de la justicia en El Salvador, su espíritu de independencia, etc. para medir así la verdadera capacidad integral para enfrentar los diversos problemas judiciales y encontrarse a la altura de las responsabilidades que se le encomendarán.

Esta práctica de la audiencia pública evaluadora tiene sus raíces en la elección de los Magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, a donde ha producido excelentes resultados, y también cuenta con la recomendación de uno de los más célebres constitucionalistas del Siglo XX, por añadidura Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Peter Häberle. Comentando la posición antes indicada, Joaquín Brage Camazano, expone que: “Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia de que se celebren *public hearings* en el *Bundestag* y el *Bundesrat* con carácter previo al nombramiento de los Magistrados. Haberle, como se verá, se muestra decididamente a favor de las mismas. Ello aumentaría la transparencia, democratizaría más en cierta medida la elección, la haría más plural y reduciría el reparto partidista de las “sillas” de Magistrado entre los grandes partidos políticos, por más que haya que reconocer que el origen o la inclinación política de los magistrados no ha sido determinante en ningún caso y no se producen, en

¹⁶⁵ Jesús Ángel Arroyo Moreno, Diagnostico Sobre el Poder Judicial, Diagnostico y Propuestas sobre los Sistema de Impartición de Justicia en México, Barra Mexicana de Colegio de Abogados, Editorial Themis, México, 2004, Pág. 599 y sigs.

general, alineaciones en las votaciones en función de ese dato de la supuesta o real inclinación partidista de los Magistrados y también los presidentes han actuado con una imparcialidad e independencia (interna y externa) sobradas. Ello no obsta a que tenga toda la razón Haberle al sostener que “los partidos políticos no pueden pretender ningún derecho a tener 'cargos hereditarios de jueces' como sucede *de facto* hasta ahora”. Para estas audiencias no basta reunir los requisitos constitucionales ni siquiera la capacidad profesional especializada en determinada rama del saber jurídico, si no se precisa de una capacidad integral que demuestre la aptitud para el ejercicio de la magistratura¹⁶⁶.

Pero en definitiva nadie que no posea una preparación académica sólida, tendrá la osadía de dejarse evidenciar en estas audiencias. Con toda seguridad el número de candidatos se reduciría dramáticamente y se tendrían más posibilidades de elegir mejores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Los Jueces y Magistrados, podemos afirmar, deben acreditar en concepto de requisitos de existencia, la independencia y la capacidad profesional. La ausencia de alguno de ellos los convertirá en lo que Don Ignacio Burgoa denomina **simulador**, fenómeno que se observa habitualmente¹⁶⁷.

La forma más vil y despreciable de perder la independencia se localiza en la venalidad. La corrupción judicial se ha dispersado a niveles desmedidos de irracionalidad e intolerancia que reclaman y exigen la aplicación de medidas emergentes y extraordinarias, que disminuyan su repetición y los desastres sociales que provoca.

¹⁶⁶ Konrad Hesse y Peter Häberle, Estudios Sobre la Jurisdicción Constitucional, Instituto de Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.

¹⁶⁷ Ignacio Burgoa O., El Jurista y El Simulador del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1989

También se observa que idénticos estragos los desencadena el Juez incapaz, falto de los conocimientos mínimos indispensables para decidir los conflictos con la fuerza de la verdad legal. Para quien desconoce la Ley es tarea imposible aplicarla.

EL DESARROLLO ECONOMICO Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Finalmente con relación a los nexos entre el desarrollo económico y el ordenamiento jurídico, el expresidente del Banco Interamericano de Desarrollo, Don Enrique Iglesias, ha señalado que: “tanto el derecho como el desarrollo se han perjudicado a causa de la tradicional separación existente entre ambas esferas. Esta escisión puede haberse debido tanto al predominio de una visión exclusivamente economicista del desarrollo que resta importancia al marco político, social e institucional en que éste se verifica, como al peso que durante largo tiempo tuvo una visión demasiado formalista del Derecho.”

Entre el desarrollo económico y el sistema legal, según las ideas expuestas, existe una correlación de tal manera que no se concibe el primero sin la presencia de un sistema legal que funcione brindando justicia y seguridad.

En este sentido René Villarreal¹⁶⁸, ha expresado que: “ El desarrollo de una *economía institucional de mercado* es lo que permite, primero, que funcione el mercado y, luego, desarrollar mercados eficientes con el mínimo costo de operación o transacción, porque a final de cuentas *está sustentado* en el *capital social*, que la *confianza* en sus instituciones (leyes) y su gente (organizaciones), y *sólo se genera (la economía institucional) en un Estado de derecho* donde se hacen cumplir y se observan las leyes a través de un sistema judicial que también sea institucional y efectivo.” Más adelante sostiene que “Los mercados eficientes, desde el enfoque

¹⁶⁸René Villarreal, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en México D.F., en el año 2001 , denominado La Nueva Economía Institucional de Mercado y el Estado de Derecho.

institucional, son aquellos en los que los costos de transacción y transformación son muy bajos y presentan un conjunto de características básicas:

- a) La existencia de un Estado de derecho.
- b) Clara especificación de los derechos de propiedad, los cuales ofrecen incentivos para el crecimiento productivo.
- c) Bajo costo de la obligación de cumplimiento de los contratos.
- d) La existencia de capital social: la confianza en las instituciones y organizaciones.”

La mayoría de los hechos sociales, especialmente los económicos, se traducen y reducen a operaciones jurídicas, por lo que la interrelación entre el sistema legal y la economía no puede ser más íntima. De allí que de la seguridad que brinde el ordenamiento jurídico a los fenómenos derivados de las relaciones surgidas en el mercado, dependa el desarrollo normal y regular del régimen económico, como el que se vive y práctica en nuestro medio.

La seguridad de las operaciones del mercado ocupa lugar preferente en las decisiones de los Agentes económicos y causa la impulsión del desarrollo económico¹⁶⁹. Su ausencia provoca su lentitud.

En consideración a lo expuesto, el español Luis Recasens Siches¹⁷⁰, con refinada agudeza expresó que: El Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para calmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase.

¹⁶⁹ Mariano Ayuso, Aspectos Económicos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, Pág. 142

¹⁷⁰ Luis Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1961

En el tema del desarrollo económico siempre es recurrente la invocación de la célebre frase de Goethe: «prefiero cometer una injusticia que soportar el desorden».

El ordenamiento jurídico establece las bases y reglas de la convivencia social, a efecto que las personas sustenten y ajusten al mismo sus decisiones y conductas, especialmente las que afectan a su patrimonio, al relacionarse con los demás miembros de la comunidad y con las autoridades legítimamente establecidas.

Las personas se conducen dentro de la sociedad sabedoras de los efectos que el ordenamiento jurídico genera respecto de cada uno de sus actos, de esta forma contrata, se casa, trabaja y se relaciona con los Órganos Estatales, etc.

Por otro lado, por regla general, las normas jurídicas se cumplen voluntaria y espontáneamente, pero las dificultades se observan cuando surge la patología jurídica: la resistencia a cumplirlas de parte de uno de sus destinatarios o simplemente existe incertidumbre en cuanto al alcance de los derechos y obligaciones recíprocas. El momento culminante en que el Derecho se pone a prueba, en que se determina si el acto de efectos generales abstractos é impersonales, la Ley, se va a cumplir sin y aún contra la voluntad del obligado a realizar determinada prestación ú observar determinada conducta. La confianza y certeza del cumplimiento de la Ley deriva de la seguridad jurídica, que es una de las finalidades, que de acuerdo al Art. 1 de la Constitución, persigue el Estado salvadoreño.

La seguridad jurídica requiere, para que se tenga por satisfecha, que las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico, se cumplan en todo caso, sin importar la oposición que pueda encontrar la persona obligada y especialmente cuando ésta, la oposición, se conozca en un proceso por un Tribunal de Justicia¹⁷¹.

¹⁷¹ Alejandro Nieto, El Desgobierno Judicial, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 60

El punto culminante de la seguridad jurídica, se da en el escenario del Poder Judicial, en los procesos, porque los Jueces no sólo juzgan con la fuerza de la verdad jurídica, declaran los derechos que asisten a las partes procesales, sino también hacen ejecutar lo juzgado, tal como lo establece nuestra Constitución en su Art. 172.

De allí deriva la importancia en un sistema judicial eficiente y confiable, que a través de su intervención imparcial, las normas jurídicas se cumplan y las expectativas y pretensiones legítimas de las personas, fundadas en el sistema normativo, obtienen satisfacción. La regularidad y eficiencia con que opere el sistema de administración de justicia fomenta y estimula la confianza ciudadana en sus instituciones judiciales y a percibir así la vivencia de un Estado de Derecho, en el que campee el gobierno de las Leyes, porque éstas se cumplen y respetan, siendo el último garante del Principio de Legalidad¹⁷².

En este orden de ideas, Piero Calamandrei, en su Obra *Proceso y Democracia*¹⁷³, afirma que: “el más importante entre las personas del proceso, su verdadero protagonista, es el Juez. De tal forma que en definitiva el sistema de administración de justicia será lo que sean los Jueces”, debiendo agregarse que la confianza ciudadana en el sistema judicial depende de la conducta de los juzgadores.

Los Jueces y Magistrados a través de sus decisiones al resolver los conflictos dan la pauta para generar confianza o desconfianza, en cuanto a la interpretación y aplicación de las Leyes, en caso de conflictos. En definitiva la seguridad jurídica depende de los aplicadores del Derecho.

De tal manera que si el inversionista no cree que el sistema judicial protege su inversión; si el ciudadano común estima que no se castigará al delincuente; si el propietario de su casa no se le protege contra cualquier tipo de injuria en sus bienes

¹⁷² Francesco Carnelutti, *La Muerte del Derecho, La Crisis del Derecho*, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Pág. 337

¹⁷³ Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1960

y persona; si las deudas no se pueden cobrar; si la arbitrariedad campea en las actuaciones del poder público; si los principios y valores constitucionales son simple declaración retórica, la confianza en el sistema de administración de justicia no aflora debido a que no se imparte acorde con las aspiraciones ciudadanas y es signo inequívoco de que cualquiera puede sustraerse del cumplimiento de la Ley.

La confianza legítima tiene el carácter de Principio General del Derecho, especialmente en la Comunidad Europea. Desde esta perspectiva podemos aplicarla al sistema de administración de justicia. En este sentido, Federico A. Castillo Blanco¹⁷⁴, señala que: “Desde el limitado alcance de este apartado, no obstante, hay que destacar que el desenvolvimiento de un Estado basado en el libre mercado determina la necesidad sentida por los operadores económicos y, en general, por los agentes económico-sociales de que exista un marco estable de regulación donde poder prever, con cierto margen de seguridad, las distintas operaciones e inversiones de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Más allá de los operadores económicos, los ciudadanos, en relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas, requieren de la coherencia en el ejercicio del poder y de la seguridad en la adopción de decisiones por éste.”

A donde se encuentre un frágil e inestable sistema judicial, que no logre garantizar el orden público y la seguridad ciudadana, el resguardo a la propiedad privada, el debido cumplimiento al ordenamiento jurídico en general y políticas gubernamentales, el desarrollo económico se encuentra frenado y limitado a resultados discretos.

La inversión doméstica y foránea, imprescindible para el desarrollo económico, parte de un presupuesto institucional indispensable: un sistema de administración de

¹⁷⁴ Federico A. Castillo Blanco, *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 97

justicia confiable, eficiente y accesible a todos. Sin la seguridad de la correcta aplicación de la Ley, que se obtiene a través de una Administración de Justicia pronta y cumplida, no existen las condiciones adecuadas para un desarrollo económico sostenible.

El mismo Enrique Iglesias ha sentenciado que: “ En la medida en que la sociedad, las empresas, los trabajadores y consumidores tengan la imagen de que se administra justicia con independencia y eficacia, y de que la igualdad de oportunidades es posible, se creará el clima de confianza pública, de estabilidad, de transparencia, de exclusión de la discrecionalidad y de respeto por los derechos de cada uno, que constituyen el marco indispensable para que se desarrolle la iniciativa individual, la competitividad y el crecimiento, en forma equitativa.” .

Todo ello resalta el valor e interés creciente en el Sistema de Administración de Justicia Salvadoreño y la urgencia de adoptar las medidas pertinentes que le brinden eficacia y credibilidad.

Una medida que ayudaría y que se puede tomar como ejemplo es la elaboración de lo que España se denominó el “Libro Blanco de la Justicia” aprobado por el Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997, que después de un año de estudios y análisis emitió un documento que contenía el diagnóstico de los problemas que afectan a la Administración de Justicia, con las correspondientes medidas de solución de los problemas¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Antonio Nabal Recio, En torno al Libro Blanco de la Justicia, Revista del Poder Judicial, Numero 49, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, Pág. 83

II. LAS PARTES PROCESALES

POSICIÓN JURIDICA DE LAS PARTES EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SALVADOREÑA.

El tópico del presente Capítulo se circunscribe al estudio de las partes procesales en los litigios contenciosos administrativos¹⁷⁶, cuya aspiración principal se concreta en hacer prevalecer sus posiciones jurídicas desiguales dentro de este proceso judicial. Los justiciables o partes procesales son las personas naturales o jurídicas que inician los procesos mediante la deducción de pretensiones¹⁷⁷ incorporadas a la demanda, que realizan la oposición o contradicción a las mismas, asumen cargas procesales, alegan y defienden sus derechos¹⁷⁸ e intereses legítimos, prueban y finalmente son los destinatarios de la decisión final del Tribunal de Justicia, al que debe considerarse como el sujeto procesal de mayor jerarquía, como veremos más adelante.

Sin embargo, en los procesos administrativos, interviene adicionalmente otro sujeto procesal, el Ministerio Público Fiscal, si bien con funciones relevantes, en su actuación procesal tiene efectos limitados subordinados a las pretensiones que las partes han esgrimido en el proceso. No obstante ello debemos destacar que la participación del Ministerio Público en el Proceso Contencioso Administrativo

¹⁷⁶ Héctor Fix-Zamudio en su obra *Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento Mexicano*, El Colegio Nacional, México, 1983, expone que por esta noción, se hace referencia a la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual las decide de manera imperativa y en una posición imparcial, la jurisdicción administrativa constituye un sector de esta función esencial del estado contemporáneo, como un aspecto especializado de la misma por razón de la materia, y con independencia del órgano público que ejercita la propia función.

¹⁷⁷ La pretensión procesal es definida en la obra *Curso de Derecho Procesal Administrativo* de Vicente Gimeno Sendra y Otros, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, como un acto emitido por el actor, en ejercicio de su derecho de acción, mediante el cual solicita de un órgano jurisdiccional el desarrollo de una actividad frente a una persona determinada en relación con un bien de la vida. Lógicamente la petición lo será de una consecuencia jurídica derivada de una norma, y la causa de pedir consistirá en la afirmación del acaecimiento de los hechos a los que la norma liga la consecuencia solicitada.

¹⁷⁸ Gabino Fraga, en su libro titulado *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1984, justifica la importancia del examen de los derechos y garantías de los particulares frente a la Administración; para apreciar hasta que punto es real o aparente el sistema organizado para la protección contra la arbitrariedad de las autoridades y para llegar a conocer si el Estado se encuentra efectivamente sometido al derecho.

salvadoreño, tiene carácter necesario é indispensable por mandato de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente en su Art. 13¹⁷⁹.

En adición al Tribunal de Justicia, partes y Ministerio Público pueden intervenir en el Proceso otras personas en diferentes calidades, pero ejercitando funciones instrumentales y roles de inferior categoría a las que corresponden a los sujetos procesales señalados.

Todas estas “personas del proceso” conforman una acepción mucho “más vasta que lo a primera vista podría parecer equivalente a sujetos del proceso¹⁸⁰” y precisamente del estudio de estas podemos concluir las diversas cargas, obligaciones y derechos que las partes procesales pueden desempeñar dentro del litigio y las relaciones que pueden surgir entre estas¹⁸¹.

Es de recalcar la importancia que posee el tema de las partes, dado que precisamente el Derecho Administrativo nace bajo la misión de salvaguardar los derechos de los individuos frente a las posibles invasiones indebidas de los órganos administrativos, constituyendo esta protección un elemento fundamental dentro de la disciplina, que ha llevado a expresar que no puede existir derecho Administrativo en un Estado de derecho¹⁸², mientras no haya una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de las administraciones¹⁸³, situación que dependerá mucho del efectivo desempeño de las partes en los litigios.

¹⁷⁹ Art. 13 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo prescribe que: El Fiscal General de la República interviene en el juicio, en defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad.

¹⁸⁰ Piero Calamandrai, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Pág.87

¹⁸¹ Goldschmidt, Principios Generales del Proceso, Buenos Aires, 1961, Pág. 49 y sigs.

¹⁸² En el entendido, como lo dice José Luís Martínez López Núñez que el Derecho Administrativo constituye una exigencia propia del Estado de Derecho, Revista Iberoamericana de Administración Pública(RIAP), Madrid, 2000

¹⁸³ Agustín Gordillo, Tratado de derecho Administrativo, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Pág. V-8 sig.

1. SUJETOS PROCESALES

Para la mayoría de la doctrina del Derecho Procesal, el Proceso, Juicio o Litigio se estima como una relación jurídica¹⁸⁴. Se afirma que la actividad de las partes y del juez está regida por la ley y que el orden establecido para regular la condición de los sujetos dentro del proceso, determina una relación jurídica de carácter procesal, consistente en el complejo de derechos y deberes a que está sujeto cada uno de ellos, tendiendo a un fin común¹⁸⁵.

Se observa que los protagonistas principales del Proceso, como lo señalaba el Art. 11¹⁸⁶ del antiguo Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño, son: el Juez, el demandante ó actor y el demandado o reo.

En consecuencia en el proceso contencioso administrativo concurren dos clases de protagonistas esenciales: por un lado se encuentra el órgano jurisdiccional, en El Salvador la Sala de lo Contencioso Administrativo, Tribunal único que conoce en una sola instancia, por el otro, las partes; esta asociación de acuerdo a la Ley, como se expresó, constituye y desarrolla la relación jurídica procesal¹⁸⁷, en este sentido las partes deducen, luchan y debaten sus pretensiones antagónicas ante el órgano jurisdiccional, donde buscan justificar su aquiescencia con el ordenamiento jurídico, a su vez, la tarea correspondiente al órgano judicial, sin duda alguna la mas relevante,

¹⁸⁴ Enrique Rojas Franco en la obra Derecho Administrativo de Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006 estima que no existe una diferencia muy marcada entre el fundamento de la acción contencioso administrativo y las acciones procesales del Derecho Común. El litigio contencioso administrativo es la petición que se dirige a un sujeto de derecho de anular un acto o disposición administrativos, y si fuere el caso, también obtener la reparación de un daño, o que se restablezca una situación jurídica subjetiva, originada en una acción administrativa ilegítima o legítima.

¹⁸⁵ Enrique Vescovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fe Bogota, 1999, Pág. 88

¹⁸⁶ Art. 11 del Código de Procedimientos Civiles prescribió que: Las personas que intervienen esencialmente en un juicio, son el actor y reo, el Juez y su Secretario. Los que intervienen secundariamente, son: el abogado, el asesor y el procurador.

¹⁸⁷ Enrique Vescovi en su Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fe Bogota, 1999, Pág. 93 señala que para la mayoría de los procesalistas, el proceso es una relación jurídica entre determinados sujetos investidos de poderes otorgados por la ley, que actúan en vistas a un determinado fin. La actividad de las partes y del juez está regida por la ley y el orden establecido para regular la condición de los sujetos dentro del proceso, determina una relación jurídica de carácter procesal, consistente en el complejo de derechos y deberes a que está sujeto cada uno de ellos, tendiendo a un fin común

consiste en decidir a cuál de las partes le asiste el derecho y la Ley, teniendo la resolución la irrefutable fuerza de la verdad legal.

De lo expuesto constatamos que existe una innegable distinción entre la posición que ocupa el Juez y la de las partes del proceso; así estos últimos obran sus diferentes actos procesales por motivos concretos y subjetivos persiguiendo su interés propio, en cambio el juez representa únicamente el interés del Estado o de la Sociedad, mediante la aplicación de la Ley al caso concreto, a efecto de que la parte victoriosa obtenga plena tutela de sus derechos é intereses legítimos.

Es por esto que las funciones atribuidas al órgano judicial conducen a la percepción que las partes procesales son concebidas como sujetos parciales de la relación jurídico procesal, que por oposición a estas, actúa a instancia de parte, constituyendo un órgano *super partes* y un sujeto imparcial¹⁸⁸.

1.1. ORGANO JURISDICCIONAL

De acuerdo a las ya célebres y conocidas frases del distinguido Procesalista italiano, Piero Calamandrai: El más importante entre los personajes del proceso, su verdadero protagonista, es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desarrollo del drama, siempre presente se limita a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero, al fin, la última palabra, la palabra decisiva, es la suya: todo aquello que se ha dicho en el curso del debate se resume en su decisión. El epílogo del drama, el último acto del rito es la sentencia. *Ite missa est. Ite iudicatum est.* El juez será el que decida el proceso¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 321

¹⁸⁹ Jesús González Pérez, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2001, Pág. 97

La jurisdicción ejercida por Jueces y Magistrados constituye, a excepción de los Procesos Arbitrales el único método heterocompositivo de resolución de conflictos Intersubjetivos de carácter jurídico.

A los Jueces y Magistrados se les encomienda el quehacer de juzgar y decidir las controversias constitucionales y legales y en su calidad de función pública que el Estado asume, excluye cualquier otra forma de dirimir las, en especial de la autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias¹⁹⁰.

La función jurisdiccional viene a ser un complemento de las actividades legislativas dentro del Estado. La Constitución y las Leyes regulan la conducta social de las personas, pero en el desenvolvimiento de sus vidas dentro de la comunidad surgen necesariamente posiciones encontradas y diversas en cuanto a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, o peor aún, uno de los sujetos se muestra rebelde en darle cumplimiento a sus deberes jurídicos. Las disputas son un lugar común en toda clase de sociedad.

Ante la fenomenología de posiciones encontradas con relación al cumplimiento de las normas que integran el sistema normativo, las Constituciones obligan a sus protagonistas a ocurrir a los Tribunales de Justicia para que en el ejercicio de la jurisdicción procedan a dirimir cuanta contienda jurídica se presente.

La Ley debe cumplirse, pero no basta su vigencia para que esto ocurra, en caso de resistencia a sus mandatos y prescripciones el ordenamiento jurídico organiza la jurisdicción y articula los procedimientos para que los derechos establecidos en las leyes gocen de la protección del Estado y se puedan hacer efectivos empleando la coacción, si fuese necesario.

¹⁹⁰ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 8.

De tal manera la justicia complementa y realiza la función normativa del Estado.

Tratándose de la función administrativa, que genéricamente para nuestro caso la concebimos como aquella actividad que el Poder Ejecutivo realiza en cumplimiento de la Ley para la consecución del interés general¹⁹¹.

Las batallas jurídicas afloran con excesiva frecuencia debido a que los administrados no se conforman con los actos que la administración emite y los cuestionan por motivos de índole jurídica. Así nace la disputa con el agravante de que la Administración Pública dispone de la prerrogativa de la autotutela¹⁹², acción de oficio, o privilegio de la decisión ejecutoria como la denominan los juristas galos¹⁹³, en virtud de la cual se dispensa a ésta, recurrir a la intervención de los Tribunales para que sus derechos sean declarados y reconocidos y proceder a darles cumplimiento coactivo¹⁹⁴.

Esta peculiar situación jurídica en que se encuentra la Administración Pública respecto de los administrados, lo constriñe a impugnar sus actos a través de un proceso, en el que se restablezca el derecho e impere la Ley.

La función jurisdiccional tiene el propósito de enmendar los yerros y despropósitos jurídicos incurridos por la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias atribuidas por Ley.

A través de la jurisdicción la normatividad vuelve a adquirir el reconocimiento y protección estatal, campea pues en definitiva, el sistema normativo.

¹⁹¹ Según Miguel Sánchez Morón el concepto de interés general ha sido siempre muy discutido, pero generalmente en un sistema democrático es definido, de acuerdo a los valores y principios de la constitución, por los órganos que ejercen el poder político en representación de los ciudadanos y por elección de estos.

¹⁹² José Ramón Parada Vázquez, Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso, Revista de Administración Pública, Numero 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968

¹⁹³ Georges Vendel, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980. Pág. 139

¹⁹⁴ Gabriela Seijas, Ejecutoriedad del Acto Administrativo, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 203

En la jurisdicción contenciosa administrativa encontramos una singularidad, al igual que en la penal, que radica en que existe un interés del Estado en el proceso y que, a la vez, el Estado es quien lo resuelve. Por eso, siguiendo a Vélez Mariconde¹⁹⁵, señalaremos que deben mantenerse los principios formales estructurales (jueces imparciales, debido proceso) de la jurisdicción, que puedan hacer decir que realmente se cumple esta función. Por eso también es por lo que se reclama la independencia del poder judicial –estructurado como tal– para que la administración (o el poder ejecutivo, o aún el legislativo en sus decisiones administrativas) pueda ser juzgada (imparcialmente) como una parte más.

En la jurisdicción contencioso-administrativa se juzgan las contiendas en las cuales la administración es parte. Es posible admitir que el juez condene a la administración a pagar una indemnización, como consecuencia de sus actos (o hechos) administrativos. También, para ciertos casos y en ciertos regímenes, se acepta que el tribunal revoque el acto administrativo (en principio, que lo anule; muy excepcionalmente se admite que lo reforme)¹⁹⁶.

La jurisdicción responde al Principio de Unidad¹⁹⁷ que sustenta la organización y actividades del Poder Judicial. Existe consenso en la función jurisdiccional es una, puesto que se trata de un concepto que, como el de proceso, no puede escindirse en nociones distintas sin poner en riesgo su propia esencia¹⁹⁸.

Si la jurisdicción es por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualesquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que

¹⁹⁵ Alfredo Veléz Mariconde, Derecho Procesal Penal, Editorial Maecos Lerner, Córdoba, 1982.

¹⁹⁶ Enrique Vescovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fe Bogota, 1999, Pág. 105

¹⁹⁷ Jesús González Pérez, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Editorial Civitas, Madrid, 1989

¹⁹⁸ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 105.

requiere su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho. En síntesis, conceptualmente la jurisdicción es una, y esta unidad emana de su naturaleza¹⁹⁹.

Si bien la función jurisdiccional es una, ello no impide que cuando la misión que a través de ella se realiza es atribuida a diversos conjuntos de órganos, a los que se confía el conocimiento de determinadas materias y se regulan procedimientos especiales, pueda hablarse de clases de jurisdicción²⁰⁰.

La Constitución salvadoreña en su Art. 172 reconoció estas circunstancias, en los términos siguientes: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo...”.

Dentro de los diversos órdenes de la jurisdicción, se encuentra, como se expresó, la administrativa ó contencioso administrativa, que se caracteriza por juzgar pretensiones que se deduzcan en relación con la actividad de la administración pública sujeta al Derecho Administrativo.

Las funciones del Estado se exteriorizan a través de sus Órganos, así la función jurisdiccional ó jurisdicción mediante Tribunales de Justicia llamados Juzgados, Cámaras, Salas, Tribunales, etc. Como los complejos de elementos personales y materiales a los que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad carecen de una entidad orgánica natural, para poder realizar sus funciones necesitan valerse de personas físicas que realicen actividad imputable a aquéllos. El fenómeno, por tanto, se da en toda persona jurídica, pública o privada. El Estado no es una excepción.

¹⁹⁹Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1997, Pág. 101

²⁰⁰Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, Pág. 38.

Para poder realizar sus fines necesita también de personas físicas, que son sus órganos. Pero el órgano puede ser considerado desde dos puntos de vista²⁰¹.

El elemento objetivo se encuentra constituido fundamentalmente por la competencia, representada por una esfera de atribuciones objetivamente establecidas vía la Ley. La competencia se determina, como se ha señalado, en razón del objeto del Proceso.

El elemento subjetivo se encuentra representado por personas naturales; que ostentan la titularidad del Órgano y se les asigna la realización de la suma de atribuciones.

De manera general estos aspectos nacen a través del Art.1 de la LJCA que erige la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia, dándole la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia a la Sala de lo Contencioso Administrativo; Sala que se encuentra integrada por cuatro magistrados, que gozan de la estabilidad independencia y calificación necesaria para ejercer sus funciones. Dichosamente para El Salvador, desde sus inicios parece haberse superado los viejos perjuicios políticos sobre la organización de la justicia administrativa (que empujaron a sistemas como el francés a enmarcar dentro del órgano Ejecutivo a esta jurisdicción), otorgándose invariablemente al Poder Judicial.

La concepción que enmarca a la jurisdicción contencioso administrativa dentro del órgano judicial constituye en definitiva el sistema que viene a adoptarse en la región Centro Americana, precisamente en países como Guatemala, al encuadrar el Tribunal contencioso como jurisdicción privativa en el llamado órgano judicial(art. 27

²⁰¹ Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 68

ley del Organo judicial); Panamá²⁰², desde el Acto legislativo N° 2 de 1956 adscrito a una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y finalmente Costa Rica²⁰³, todo esta región acoge junto a la mayoría de países Iberoamericano(con excepciones puntuales) el referido sistema de justicia administrativa.

En este mismo sentido cabe resaltar que la jurisdicción contencioso-administrativa se instaura como jurisdicción común, en forma análoga a la jurisdicción Civil ordinaria, que juzga por regla general los asuntos del Derecho Privado, no atribuidos a otra jurisdicción. De similar manera la jurisdicción contencioso administrativa se ocupa de todos los asuntos de Derecho Público, salvo las excepciones constitucionales y legales, tanto que según el mismo García de Enterría expresa que es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado²⁰⁴; esta posición es aceptada, particularmente por la Doctrina francesa que califica a jurisdicción administrativa de común, según la cual conoce de pretensiones fundadas en normas administrativas.

Sin embargo debe señalarse que aparte de la jurisdicción administrativa común existen jurisdicciones administrativas especiales como es el caso de la Corte de Cuentas²⁰⁵ y Tribunal Supremo Electoral²⁰⁶ Salvadoreños, que por disposición constitucional se encuentran excluidas del conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

²⁰² Quintero, Las Reformas Constitucionales de 1956, Anuario de Derecho Número 2, Enero 1956-Mayo 1957, Pág. 271. Olmedo Sanjur, Algunos comentarios sobre el Contencioso de Interpretación en Panamá, Lex, Numero 2, mayo 1973, Pág. 78.

²⁰³ Eduardo Retana, La jurisdicción Contencioso Administrativa y sus Reformas, Revista del Colegio de Abogados, Numero 12, San José, 1966, Pág. 65.

²⁰⁴ Eduardo García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 42

²⁰⁵ El Art. 195 de la Constitución de la República establece que La fiscalización de la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se denominara Corte de Cuentas de la República y para ese efecto tendrá como se expone en el Art. 196 funciones administrativas y jurisdiccionales.

²⁰⁶ El Art.208 de la Constitución de la República en referencia al Tribunal Supremo Electoral, lo concibe como la máxima autoridad en materia electoral.

La posición del órgano judicial en el proceso, gravita en el ejercicio de los poderes jurisdiccionales, imperio que despliega sobre los demás sujetos de la relación procesal y que trae como consecuencia que las partes en el proceso, ya sea el actor, demandado, los terceros intervinientes, el ministerio Público, etc. se encuentren en un nivel inferior constituyéndose como los sujetos pasivos del poder jurisdiccional²⁰⁷, de ahí que las relaciones entre los sujetos del proceso, no se configuran institucionalmente como relaciones de igualdad, sino de sujeción al poder público estatal (Poder Judicial). Las manifestaciones de esta relación jurídica de sujeción son diversas, pero a los efectos que ahora nos interesan, merecen destacarse dos de ellas: por un lado, el deber jurídico de cumplir las resoluciones jurídicas firmes, y en su defecto la ejecución coactiva de aquellas por el órgano jurisdiccional través del proceso de ejecución; de otro, la potestad conferida a los tribunales para sancionar las conductas procesales de las partes y de los abogados realizadas con mala fe, o que entrañan abuso de derecho o fraude procesal²⁰⁸.

El ejercicio efectivo de las partes en sus respectivos derechos Subjetivos procesales imponen al juez, como órgano del Estado, deberes correlativos, que son parte integrante del derecho público, estos constituyen imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso²⁰⁹, como consecuencia del derecho de acción o del derecho de contradicción, etc, dando como resultado su incumplimiento lugar a sanciones y coerción para su obediencia.

DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Los Jueces y Magistrados constituyen la pieza clave en la decisión de los conflictos jurídicos, a causa de ello el Procesalista Español Don Jesús González Pérez, en su obra “Hacienda y Proceso”, sostuvo que: “Desde que los hombres aparecieron sobre

²⁰⁷ Eduardo Pallares, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1986, Pág.137

²⁰⁸ Carmen Senés Montilla, XII Congreso mundial de Derecho Procesal, Volumen III. Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados a la luz del Derecho Español, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2005 Pág. 293

²⁰⁹ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de f, Montevideo, 2004, Pág. 172

la tierra no se ha inventado sistema mejor para dirimir sus disputas que confiar su decisión a una persona distinta de los litigantes, que no esté vinculada a ninguno de los intereses en juego, que goce de la más absoluta independencia y de los conocimientos suficientes para comprender lo que es objeto de la litis”.

A consecuencia de lo anterior debe estimarse que en los Juzgadores deben concurrir tres requisitos esenciales que dicen y configuran su existencia misma. Tales son: la independencia; la imparcialidad y la capacidad profesional.

INDEPENDENCIA.

No es un secreto que una de las piezas claves de la democracia es un sistema judicial capaz de hacer exigible en la práctica el principio de sujeción de las autoridades al orden Público. En este sentido a donde no existe un poder judicial independiente es difícil mantener un estado donde los derechos de los ciudadanos estén a salvo y la división de poder se respete.²¹⁰

Por ello, la exigencia de la independencia ha sido reconocida y consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas proclamada el 10 de diciembre de 1948, en su Art. 10 cuyo tenor literal es el siguiente: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de

²¹⁰ Miguel Carbonell, Los Guardianes de las promesas. Poder Judicial y Democracia en México, Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, Numero 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 27

1966, en su Art. 14, reconoce el carácter indispensable de la independencia de los Tribunales, en los términos siguientes. “*Independencia de la judicatura.*

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos más conocida como Pacto de San José también realza el atributo de la independencia de los juzgadores en su Art. 8 acápite 1, de la manera siguiente: “*Artículo 8º. Garantías judiciales .1.* Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Finalmente, la Resolución Internacional de la Organización de las Naciones Unidas adoptada en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, conocida con la denominación Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, en los acápites 1º y 6º. prescriben que: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.”

Nuestra Constitución de 1983, insertó una disposición, contenida en el Art. 172, No. 3, consagrando la independencia de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, enfatizando que únicamente se encuentran sometidos a la autoridad de la Constitución y las Leyes. Las Constituciones anteriores no obstante la extraordinaria importancia de la independencia en la tarea de juzgar, no abordaron el punto y se contentaron con una disposición genérica para todos los Poderes del Estado.

En una conferencia pronunciada por Don Jesús González Pérez, titulada La Jurisdicción: Unidad Jurisdiccional y Conflictos Jurisdiccionales, con relación a la independencia, expresó que: “ La independencia es algo más que una garantía de la Jurisdicción. Es una nota esencial de ella. Pues mal puede hablarse de jurisdicción si la decisión del litigio no se atribuye a un sujeto imparcial e independiente de las partes. Niceto Alcalá-Zamora lo ha expresado en sus justos términos: «La independencia –dice– es tan consustancial a la actividad jurisdiccional, como la disciplina puede serlo a las Fuerzas Armadas, el secreto a los Notarios y ministros eclesiásticos, o a la libertad de cátedra a la Universidad». Independencia del juez e independencia del Poder Judicial. Como decía Pérez Serrano, «si prescindimos de la independencia del Poder Judicial, hemos matado la vida jurídica del país». Pues, como subrayaba Castán, «el principio de independencia judicial tiene razones sustantivas valederas para todos los tiempos y adaptables a todos los sistemas políticos, al margen de la división de poderes». Y Rubio decía que juzgar sin independencia no es verdaderamente juzgar».

Sobre el carácter indispensable é ineludible de la independencia, como atributo de los juzgadores, Alexander Hamilton en El federalista, comentando la Constitución de los Estados Unidos de América expone:

“Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto cedan el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen entretanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad.”

Siempre se ha subrayado que la independencia judicial debe ser absoluta, respecto de todos los actores sociales, particularmente respecto de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, pero aún se extiende a los miembros de la jerarquía superior del Poder Judicial²¹¹. Los jueces únicamente están sujetos a las leyes, manteniéndose extraños a los intereses de las partes²¹².

Ya el Barón de Montesquieu lo había adelantado con singular claridad en el Capítulo VI de la Constitución de Inglaterra, en su monumental obra El Espíritu De Las Leyes al aseverar que: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.”

Lograr la independencia es una fijación obsesiva de los juristas que al mismo tiempo es una tarea diaria a la que hay que dedicarse con singular empeño debido a los

²¹¹ Luis Favoreu, Los Tribunales Constitucionales, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, Pág. 28

²¹² Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 2000, Pág. 580

peligros y amenazas que permanentemente la asechan. Lo que si parece incuestionable es que siempre un mayor grado de independencia a la que se vive y practica siempre es deseable y representa una aspiración legítima en un estado de derecho²¹³. En esta materia siempre se dan algunos avances, pero siempre hay que cuidarse de los retrocesos que al menor descuido se producen.

Los Poderes Legislativo y Ejecutivo siempre pretenden influir en las decisiones y en los nombramientos de Jueces y Magistrados, especialmente de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo los demás protagonistas de la vida política y social siempre han sido proclives a entrometerse en la tarea de administrar justicia, entre ellos los Partidos Políticos, Asociaciones Gremiales, ONG, Sindicatos, Prensa, cuyos intereses se filtran también en las personas que detentan los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Ahora bien, aunque la independencia judicial constituya la mas esencial de los atributos inherentes a la condición de juez o magistrado, no puede ser exacerbada hasta el extremo de entender que la misma permite al titular la potestad jurisdiccional de ejercitar esta sin obedecer a otra cosa que no sean sus propias inclinaciones personales o ideológicas, su conciencia o propio fuero interno²¹⁴.

Finalmente, la independencia también aplica al ámbito interior del Poder Judicial, en el sentido de que la jerarquía superior no debe interferir en las resoluciones de los Tribunales inferiores y solamente puede conocer de ellas cuando se interponen los recursos establecidos por Ley²¹⁵.

El ordenamiento jurídico salvadoreño siguiendo las pautas trazadas en el Derecho Comparado y la Doctrina ha arbitrado diversas garantías de la independencia de los

²¹³ María Luz Martínez Alarcón, La Independencia Judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, Pág. 57

²¹⁴ José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 75

²¹⁵ El oficio de Jurista, Perfecto Andrés coordinación Luís Maria Diez-Picazo, El Juez, Siglo XXI de España Editores, S.A, Madrid, 2008, Pág. 149

juzgadores, dentro de las cuales pueden señalarse muy especialmente la emisión de un estatuto que regula la carrera judicial con garantía de estabilidad y permanencia en los cargos; el establecimiento del Consejo Nacional de la Judicatura como Órgano que coadyuva a una selección técnica y correcta de los juzgadores; la obligación de asegurarles los medios que les garanticen una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos²¹⁶. Sin embargo, parecería ser que no bastan estos aseguramientos para mejorar significativamente la independencia de la tarea de juzgar.

Con relación a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia al no estar incorporados a la Carrera Judicial que garantice su independencia el problema se acrecienta, por más que su período de nombramiento sea de nueve años. La última y única garantía puede y debe ser su correcta designación. En correspondencia a lo anterior Don Ignacio Burgoa, en su Obra El Jurista y el Simulador Del Derecho, sostiene que: “Aunque no es causa determinante, la independencia de los Jueces proviene generalmente de la forma de su nombramiento”. Quién designa y la forma de hacerlo puede afectar la libertad de criterio de los juzgadores.

LA IMPARCIALIDAD

La imparcialidad encierra otra de las cualidades esenciales que deben acompañar a los Jueces, sin la cual no se concibe su existencia. El Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia Española, en la Vigésima Primera Edición, brinda al vocablo imparcialidad el significado siguiente: “(De imparcial) f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud”

Se puede observar que la imparcialidad implica un obrar ético, según los dictados de la conciencia, a ello conduce proceder con rectitud a que se refiere el Diccionario de

²¹⁶ Juan Montero Aroca, Independencia y responsabilidad del Juez, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.

la Lengua Española. La imparcialidad implica un elemento moralizante en la tarea de juzgar ya que la misma se completa con la sumisión que se debe de observar a la Constitución y a las Leyes. La rectitud en la conducta judicial únicamente transita por la sujeción a la normativa jurídica aplicable.

El Art. 186, inciso 5º. de la Constitución prescribe que la Ley deberá asegurar a los Jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial. La invocación a la imparcialidad ha sido consecuencia de las enmiendas constitucionales de 1992 como resultado de los Acuerdos de Paz.

También la imparcialidad ha sido tomada en consideración en las declaraciones internacionales de derechos, así en la Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas igualmente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Carta de San José, en la forma que hemos dejado transcrita con anterioridad, pero estimamos que debemos resaltar la referencia que sobre la imparcialidad disponen los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura que en el acápite 2 reza: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.”

En la Obra Colectiva, el constitucionalista Luis López Guerra sostiene que: “El contenido de la función jurisdiccional, cuya realización justifica la existencia del poder judicial, es, como se ha visto, resolver los conflictos entre los ciudadanos o entre éstos y los poderes públicos o, dicho en los términos constitucionales, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y la nota básica que se requiere de esta función es la de *imparcialidad*. Si la función jurisdiccional se atribuye a un tercer poder, no es sólo por evitar la concentración del poder: es, sobre todo, para garantizar que la aplicación del Derecho y la interpretación de las normas corresponde a alguien que, por ser distinto

y ajeno a quien produce las normas básicas del ordenamiento y a quien las promueve y ejecuta sus contenidos, puede resolver con imparcialidad. Lo auténticamente sustantivo en la función jurisdiccional es la imparcialidad.”

Ciertamente la imparcialidad se encuentra vinculada a la independencia, que no tiene sentido en sí misma, sino en función que el Juez debe resolver los conflictos con imparcialidad. Si el Juzgador cede a la presión de cualquier agente social, deja de ser independiente pero así mismo pierde su imparcialidad.

La administración de justicia debido a la imparcialidad con que debe manejarse, observa, tramita y resuelve los procesos, sin interés alguno²¹⁷. De allí surgen una serie de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades para juzgar determinados casos, que se encuentran especificados en los Códigos Procesales y Leyes relativas al Poder Judicial.

CAPACIDAD PROFESIONAL

El último de los requisitos esenciales, pero no por ello menos importante, que debe adornar al juzgador, es la capacidad profesional²¹⁸. El criterio de mayor o menor capacidad profesional irá aumentando de acuerdo al nivel jerárquico a donde se ejerce la función jurisdiccional. De lo anterior se infiere que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia deben disponer de una óptima idoneidad profesional, agregando credenciales de la especialidad en el área del saber jurídico que les tocará juzgar.

Nuestra Constitución enumera los requisitos que deben concurrir en los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de Cámaras de Segunda Instancia y de Jueces de Primera Instancia y de Paz. En términos generales la acreditación del cumplimiento

²¹⁷ José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 75

²¹⁸ Jesús González Pérez, La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, Pág. 29

de tales requisitos no presenta problema alguno, pero la dificultad surge al momento de determinar quiénes de los candidatos que cumpliendo los requisitos constitucionales se deben seleccionar o nombrar para el cargo. La cuestión es si se tomaran en cuenta la mayor calidad profesional y superiores atestados académicos, o todos se deben encontrar en la misma situación para acceder al cargo. En otras palabras cómo se resuelve la competencia entre los funcionarios.

En el momento en que nos encontramos cualquiera de los candidatos puede ser nombrado o electo Juez o Magistrado, sin interesar que tenga mayores o menores credenciales académicas, un óptimo grado de experiencia, un reconocimiento general de sus méritos, haber publicado trabajos de contenido jurídico, haber servido una Cátedra en una de las Facultades de Derecho que operan en el país, en el área que le tocará juzgar, un espíritu independiente demostrado y una integridad profesional a toda prueba, porque estas cualidades o atributos no agregan nada a su favor. Este orden de cosas no debe, no puede continuar.

Por el contrario los candidatos deben participar en un concurso de méritos y antecedentes en que lo determinante para la elección no será solamente contar con los requisitos mínimos y el respaldo político o gremial, sino una idoneidad para desempeñar el cargo²¹⁹.

ASBTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Uno de los deberes funcionales del juzgador es la *imparcialidad*, puesto que el proceso es un mecanismo de solución de controversias a través de los proveídos de un tercero, cuya autoridad le viene, además de la legalidad, por el hecho de mantener un carácter imparcial (*heterocomposición*). Empero, el juzgador, como persona que es, puede tener relaciones con las partes litigantes, con los abogados

²¹⁹ Jesús González Pérez, La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, Pág. 51

que los representan y con el objeto litigioso, o de un modo general, puede tener algún interés en el asunto que se está discutiendo. Esta situación puede llevar a poner en tela de juicio la imparcialidad que debe caracterizar al juzgador, por lo que se plantea la posibilidad que se abstenga del conocimiento de determinado caso o pleito.

Las circunstancias que motivan la abstención deben tener el carácter de *serias*, esto es, que sean trascendentes o significativas, que se trata de hechos que por su relevancia puedan incidir en la decisión o ánimo del juzgador²²⁰. También se exige que sean motivos que razonablemente sean capaces de influir en el ánimo de la persona, es decir, cuestiones que normalmente y por sí mismas puedan apreciarse suficientes para causar una influencia.

La ley faculta al juzgador para *excusarse* del conocimiento del caso y para que se le sustituya según el orden legal o reglamentario establecido. El hecho que el juzgador se excuse no implica el reconocimiento o admisión de una circunstancia negativa o reprochable, ya que las causales contempladas por la ley para la abstención, son para evitar cualquier duda o posibilidad de imparcialidad, no que efectivamente exista imparcialidad; es decir, que tiene una finalidad *preventiva* y no *correctiva*. En todo caso, las causales de abstención (parentesco, pleito pendiente, calidad de acreedor o deudor, amistad o enemistad, etc.) están determinadas por las relaciones que normal y cotidianamente puede tener una persona (el juzgador) con otra (alguna de las partes); no se refieren a cuestiones ilícitas o indebidas. La abstención no tiene para la ley la connotación negativa que se le ha dado en la práctica forense salvadoreña.

Precisamente por la naturaleza preventiva de la abstención, la excusa no puede revocarse aunque ambas partes se conformen con que siga conociendo el juzgador que se ha excusado.

²²⁰ José Almagro Nosete y Otros, Derecho Procesal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, Pág. 104

La recusación, por su parte, implica invocar y probar alguna de las circunstancias que objetivamente son capaces de comprometer la imparcialidad. La recusación del latín *recusatio* –onis, que significa reclamación negativa se refiere al acto mediante el cual una de las partes solicita al juez se inhiba de seguir conociendo de un proceso por incurrir en ellos algún impedimento legal. El juez debe ser imparcial, es decir, que para que pueda ser efectivo el principio procesal de igualdad de las partes ante el juzgador, no debe éste tener motivos de interés, de simpatía, de gratitud, ni de reconocimiento, odio o amistad, con ninguna de las partes, porque de ser así su sentencia y el trato que diere a los litigantes, puede inclinar la balanza de la decisión, a favor o en contra de alguna de ellas.

La recusación se debe ejercer en la primera intervención, ya que de lo contrario se *consiente* la competencia del juzgador. No obstante, la recusación es *subjetiva* o *personal*, razón por la cual se renueva el derecho cada vez que se presente o asuma un nuevo juzgador, siempre en la primera oportunidad.²²¹ Todas las causales de recusación se deben proponer de una sola vez porque no se admiten posteriores.

Si la circunstancia invocada es sobreviniente o era desconocida por el recusante, debe probarlo adecuadamente para que proceda la recusación hecha en etapa posterior a su primera participación. En todo caso, debe interponerse antes que se pronuncie sentencia en la instancia que corresponda al juez o magistrado recusado, puesto que posteriormente ya no tiene ningún sentido.

Por tanto, cuando el juzgador considere que concurre respecto de él un motivo de abstención se debe excusar, poniéndolo en conocimiento del tribunal superior en grado por medio de escrito fundamentado, para que se declare, con solo la vista del libelo, si procede o no la abstención. Aunque la excusa no necesita probarse, el tribunal superior debe apreciar si el motivo expuesto reúne los requisitos de *seriedad*

²²¹ Enrique M. Falcón, Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, Págs. 216 y 217.

(importancia o trascendencia) y *razonabilidad* (suficiencia).

El tribunal competente para conocer de la recusación es el superior en grado al que pertenece el juzgador, en el caso de los magistrados de la Salas de la Corte Suprema de Justicia conocerán los magistrados restantes. No obstante, si se recusare a todos o la mayoría de los integrantes de la Sala, deberá conocer la Corte en Pleno, con exclusión de los integrantes de las Salas recusadas.

El escrito proponiendo la recusación debe acompañar la prueba documental que la fundamente; no existe oportunidad para presentar otro tipo de prueba que no sea la documental sobre la recusación, la que no es admisible. De la recusación se dará audiencia común por tres días a todas las partes presentes para que se manifiesten por escrito, expuestos los cuales se remitirán las actuaciones al tribunal superior en grado para que resuelva la cuestión, con un informe del juzgador recusado, en donde podrá exponer y anexar la prueba documental que tenga a bien, de modo que se puede decir que actúa como una especie de parte limitada.²²²

Me parece obvio y congruente con los principios de igualdad y del contradictorio que las partes pueden presentar la prueba documental que tengan para reforzar los argumentos que expongan al deponer la audiencia que se les confiere.

En el caso de los magistrados de la Salas de la Corte Suprema de Justicia el recusado expondrá sus argumentos después que lo hagan las partes personadas, también de modo escrito.

Si se declara procedente el motivo de abstención se separará del conocimiento al juzgador competente y se le sustituirá por quien lo deba remplazar legalmente.

²²² Enrique M. Falcón, Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, Pág. 217.

Para evitar que el asunto se utilice indebidamente se establece la condena en costas al recurrente cuando no se haga mérito de las razones planteadas o no se pruebe adecuadamente el motivo aducido. Desechada la abstención, el juzgador podrá seguir conociendo o terminar dictando sentencia, según el caso.

Todas las resoluciones que se pronuncien en este tipo de incidente no admiten recursos, con excepción, en mi criterio, del de reconsideración o revocatoria, ya que no encuentro razones de peso que impidan que el mismo juzgador reconsidere sus proveídos en esta materia, puesto que la prohibición de recursos es para no prolongar la discusión, pero la reconsideración no dilata o distrae mayor cosa la tramitación del asunto.

1.2 AUXILIARES

Dentro del Proceso Administrativo, al igual que en algunos Constitucionales, aparece un sujeto procesal de características peculiares difíciles de precisar, que como reconoce Don Jesús González Pérez el concepto y naturaleza de esta institución, que –se ha dicho– a cada momento parece escapárse nos de las manos²²³.

La misma denominación Ministerio Público²²⁴ el nombre original del francés (*ministère public*) o del italiano (*pubblico ministero*), no ha sido pacífica. De España proviene la denominación Ministerio Fiscal²²⁵, que se utiliza también en la doctrina y legislación Argentina. En México se emplea la de Procuraduría General de la República.

Tampoco ha sido pacífica la ubicación de esta institución dentro del Estado, ya que algunos países la sitúan como parte del órgano judicial, como en los sistemas

²²³Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1985, Pág. 88.

²²⁴Enrique Véscovi, Teoría General Del Proceso, Editorial Temis, , Santa Fe de Bogota, 1999, Pág. 149

²²⁵ Fernández Martín Granizo, El Ministerio Fiscal en España, Madrid, 1977,

Argentinos y Español²²⁶ y otros por el contrario lo coligen del órgano Ejecutivo, como en los casos de la legislación Francesa, Italiana, junto con la mayoría de países Iberoamericanos, situación que dependerá directamente del acento que la legislación correspondiente le otorgue.

En El Salvador el desarrollo del Ministerio Público se constituye como de creación reciente, pues surgió a la vida institucional del país con la Constitución Política decretada el veinte de enero de mil novecientos treinta y nueve²²⁷, instituyéndolo como Ministerio Público o Ministerio Fiscal, para velar por el cumplimiento de la ley, para la pronta y eficaz aplicación de la justicia y para la defensa de la persona e intereses de menores, indigentes e incapaces a que las leyes especiales no hayan proveído. Lo constituían de este modo en sus orígenes un conjunto de funcionarios, unos nombrados por el Poder Ejecutivo, otros electos popularmente y el resto nombrados por los otros poderes, entre los cuales se contaba el Procurador General de la República, nombrado por el Poder Ejecutivo, bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Justicia. Entre aquellos funcionarios no existía ninguna dependencia y subordinación y como consecuencia no se determinó quién sería el Jefe de dicha Institución.

Con las reformas del veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, se modifica la Constitución y como innovación, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal queda bajo la dependencia del Presidente de la República, estableciéndose expresamente que el Jefe inmediato sería el Procurador General de la República, pero que la facultad de designar, remover conceder licencias y aceptar renunciaciones de

²²⁶ Fernando Llorente Hurtado en su obra Estatuto del Ministerio Fiscal, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1980, Pág. 34 al referirse a la función de esta institución señala que esta quedará circunscrita a la esfera de la Administración de justicia del cual es un colaborador activo.

²²⁷ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

sus miembros incluyendo al Procurador General, correspondía al Presidente de la República²²⁸.

Un año después veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, la Asamblea Nacional Constituyente decreta una nueva Constitución, en la que de una manera expresa deposita en manos del Procurador General de la República el ejercicio del Ministerio Público, así como su representación y prescribe que los demás funcionarios que lo integran deberán actuar como sus auxiliares, siendo nombrados por el Presidente, a propuesta del Procurador General. Asimismo se concede al Procurador General de la República una total y absoluta independencia de acción en sus funciones; pero con dependencia del Presidente de la República, en cuanto a su designación²²⁹.

En la Posterior Constitución decretada el siete de septiembre de mil novecientos cincuenta²³⁰, una de las mas importantes de nuestro país, se confiere el ejercicio del Ministerio Público a dos altos funcionarios llamados Fiscalía General de la República y Procuraduría General de Pobres, concediendo a los mismos la facultad de nombrar, remover, conceder licencias y aceptar renunciaciones de los demás funcionarios y empleados subalternos, situación que se mantiene en la Constitución decretada el ocho de enero de mil novecientos sesenta y dos y que permanece también durante algún tiempo con la Constitución vigente, emitida el quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Consecuentemente en El Salvador el Ministerio Público según el Régimen Constitucional Salvadoreño actual se compone de tres Órganos diferentes que

²²⁸ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

²²⁹ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

²³⁰ Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962, Órgano Judicial-Fiscalía General de la República-Procuraduría General de la República-Ministerio de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1993.

actúan con independencia del Poder Ejecutivo, siendo ellos la Procuraduría General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de reciente creación en el año 1992 y que equivale a la Defensoría del Pueblo, así como la Fiscalía General de la República²³¹, a quien le corresponde la defensa de la legalidad, en diversas formas, siendo una de ellas la intervención en el Proceso Administrativo. Así lo determina el Art. 13 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa al prescribir que: “El Fiscal General de la República intervendrá en el juicio, en defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad.”.

Como ha recordado Jiménez Asenjo²³², “El ministerio fiscal es el producto de la fusión de dos ideas coordinadas: la histórica, que fijó en él la función de defensa de los derechos de la Corona o los públicos a ella encomendados, y la renovadora, idealista o racionalista, que afloró al estímulo de las corrientes ideológicas que dieron vida al derecho revolucionario y burgués del siglo XIX”.

El origen y evolución histórica de esta institución proviene del medioevo francés. Luego al transformarse las monarquías en absolutas, se produce una concentración de los poderes y funciones del Estado en el rey; incluyendo la administración de justicia, que con el transcurso del tiempo y por la diversidad y complejidad de los diferentes negocios estatales se confió a los jueces, conservando sin embargo el monarca la facultad de revocar o reformar sus providencias, etapa de justicia retenida. Por lo indicado y con el objeto de facilitar a los jueces la tramitación de los asuntos oficiales de interés de la corona, el soberano designó a los llamados Procuradores del Rey (*gens du roi*) que colaboraron con los juzgadores en la discusión de los manifestados temas. Estos, podemos decir, son los iniciales antecedentes del Ministerio Público, y también indican por qué pueden de alguna manera pertenecer al Poder Ejecutivo.

²³¹ José María Casado Pérez, Derecho Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2000, Pág. 299

²³² Jiménez Asenjo, Organización Judicial Española, Madrid, 1952, Págs. 368 y sigs.

La función tradicional de la Fiscalía es sin duda alguna la acusatoria y despliega sus efectos en los procesos de carácter penal, por lo que ha llegado a ser considerada como la esencia y objeto de su existencia, precisamente por el exclusivo monopolio que en El Salvador posee sobre la acción referida²³³; sin embargo es necesario establecer que entre otras, la constitución le atribuye diversas funciones, de donde destacamos a efectos de este trabajo las conferidas por el Art. 193 de la Constitución salvadoreña que otorga a este la misión de defender los intereses del Estado y la sociedad y por otro lado promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia en defensa de la legalidad (Art. 193 numerales 1 y 2); la primera de estas atribuciones es repetida casi de manera textual en el Art. 13 LJCA, justificándose así su intervención en los procesos administrativos, adhiriéndose por esta circunstancia al proceso contencioso bajo la notoria finalidad de asumir una opinión imparcial y objetiva en defensa de la legalidad, meta que constituye un interés estatal prioritario en un Estado de Derecho.

La diversidad de funciones que ejerce el Ministerio Público, en opinión de Don Jesús González Pérez, repercute en dos cuestiones básicas en que se ha concretado el problema de su naturaleza jurídica: dependencia ó independencia del Ejecutivo y si tiene o no la calidad de parte en los procesos que interviene.

Sobre la independencia respecto del Poder Ejecutivo el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se celebraron en los Estados Unidos Mexicanos en el año 1960, se aprobó la recomendación de que: “El Ministerio público debe ser un órgano independiente del Poder ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder judicial”.

²³³ José María Casado Pérez, Derecho Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2000, Pág. 313

El Constituyente salvadoreño de 1983 adoptó parcialmente la recomendación transcrita, en lo que hace a la independencia de los titulares del Ministerio Público, que en aquella época lo integraban el Fiscal General de la República y el Procurador General de la República, con la justificación exteriorizada en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de la Constitución, en los términos siguientes: “A fin de dar una mayor independencia en el ejercicio de sus funciones, que más adelante se comentan, al Fiscal General de la República y al Procurador General de la República se confiere a la Asamblea Legislativa la facultad de elegir los nombramientos que correspondía anteriormente al Presidente de la República. Se considera especialmente a la Fiscalía General de la República como un elemento importantísimo en la administración de justicia cuya reforma se hace imperiosa en El Salvador para el mejor respeto de los derechos de los ciudadanos, de la investigación de los delitos y, en la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad frente a las actuaciones arbitrarias de cualesquiera funcionarios. Por eso, su nombramiento no puede depender del Presidente de la República, cuyas actuaciones está el Fiscal obligado a vigilar.” Luego se agrega: “A la Fiscalía General de la República se le han otorgado en el proyecto atribuciones tales que le permitan desempeñar su verdadera función, un poco desnaturalizada hasta ahora, por la dependencia del Presidente de la República y por la falta de capacidad legal para actuar en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad.

Carnelutti²³⁴ afirma en este sentido el Ministerio Público es un juez que baja por exigencias del proceso acusatorio, pues su función o rol es la pretensión de justicia, equiparable a la actuación del órgano jurisdiccional, en cuanto a su objetividad.

Entre las funciones del Fiscal se considera de la mayor importancia la de promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos, tutelados por la ley. Deja así el Fiscal de ser un simple

²³⁴ Francesco Carnelutti, Poner en su puesto al Ministerio Público, Cuestiones sobre el Proceso Penal, Editorial EJE, Buenos Aires, 1961, Pág. 213.

acusador para convertirse en un vigilante del respeto de los derechos ciudadanos, ya que, además se le otorga la facultad de denunciar o acusar a funcionarios que infrinjan las leyes. Tiene además el Fiscal la atribución de vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y además la de organizar y dirigir los organismos especializados en la investigación del delito.”

Las enmiendas constitucionales del año 1992 se dirigieron también al fortalecimiento de la independencia²³⁵ de los titulares del Ministerio Público y preceptuaron que su elección debería acordarse, por lo menos, con el voto favorable de los dos tercios de los Diputados electos, determinándose además que su destitución procedería únicamente por las causas legales. Con anterioridad a la enmienda señalada los titulares del Ministerio Público eran electos por el voto de la mitad más uno de los Diputados electos.

Sobre el concepto de la imparcialidad otorgado al Fiscal General²³⁶, cabe señalar que este principio no debe asimilarse con la imparcialidad con la que debe actuar el juez, en vista que la imparcialidad del Juez va encaminada directamente a la protección de las personas que dirimen sus bienes en el proceso (de aquí el aforismo *in dubio pro reo*); la imparcialidad del Fiscal protege los intereses sociales y públicos por lo que puede inclinarse hacia la protección de aquellos intereses (*in dubio pro societate*)²³⁷.

No obstante lo expuesto el ordenamiento jurídico salvadoreño ha logrado armonizar y conciliar las funciones del Ministerio Público de defensa de la legalidad y de la sociedad con la defensa de los entes públicos, aunque todavía quedan resabios de inclinación del Ministerio Público a las posturas del Poder Ejecutivo.

²³⁵ José María Casado Pérez, Derecho Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2000, Pág. 327

²³⁶ José María Casado Pérez, Derecho Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2000, Pág. 327

²³⁷ José Almagro Nosete, Constitución y Proceso, Librería Bosh, Barcelona, 1984, Pág. 100

Por lo que se refiere a la problemática de si el Ministerio Público, en nuestro caso, Fiscalía General de la República tiene la calidad de parte en los procesos que interviene, es menester realizar cierto tipo de distinciones.

En efecto, la Fiscalía General de la República de acuerdo a nuestro texto Constitucional puede asumir la calidad de demandante en los Procesos Administrativos a tenor de lo dispuesto en el Art. 193 numeral 2 de la Constitución que a la letra dice: “Corresponde al Fiscal General de la República:... 2º Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.”

La Ley Orgánica del Ministerio Público confiere al Fiscal General de la República la potestad de iniciar acciones de defensa de la legalidad del orden público, de la Constitución y de los derechos humanos. En este sentido, el Fiscal General de la República se encontraría legitimado para asumir la calidad de parte actora, con todas las características que esto implica, en los procesos administrativos.

El Español Eduardo Gamero Casado²³⁸, en relación a la posibilidad de que la Fiscalía General de la República actúe en calidad de parte en los procesos administrativos, ha señalado que: Aquí la situación procesal es distinta, pues siendo el Ministerio Público quien inicia la acción, ostentará verdaderamente la condición de parte demandante en el proceso, teniendo las mismas armas procesales que corresponden a cualquier otro demandante. En estos litigios podrá compartir la condición de parte demandante con aquellos sujetos en cuyo perjuicio deriven efectos del acto administrativo encausado.

Sin embargo, no se tiene jurisprudencia en la que la Fiscalía General de la República haya iniciado Procesos Contencioso Administrativos, ya sea en solitario o en litis consorcio con un administrado. Esto se debe a que la institución fiscal en El Salvador

²³⁸ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2001

ha localizado su actividad en el ejercicio del monopolio de la acción penal, descuidando ú olvidando las otras funciones que constitucional y legalmente le corresponden.

La panorámica anterior nos indica claramente que la intervención de la fiscalía como parte demandante no es lo habitual o común, la regla general es que intervenga como un ente auxiliar de apoyo dentro del proceso, en el cual no deduce una pretensión, ni se opone a una deducida sino se limita a emitir una opinión por medio de dictámenes o informes acerca de la procedencia de la Petición, contexto que indica el porque no puede configurársele como una autentica parte procesal en estos casos.

Sin Embargo algunos autores consideran que para que la intervención del fiscal sirva en verdad, no debe limitarse a la emisión de informes o dictámenes, debido a que el órgano judicial no necesita de estos, en cambio su intervención debe estar amoldada a otras condiciones, como al mantenimiento del proceso, para que en vista del interés público y el interés de la legalidad, figuras como el desistimiento no pongan termino automáticamente al proceso, pudiendo el fiscal por razones de interés general continuar con el proceso, caso que de igual manera podría ser aplicable a la hora de interposición de recursos; por otro lado su intervención puede servir asimismo para regular la tramitación del procedimiento, removiendo las trabas, obstáculos y dificultades procesales que el demandante pueda encontrar para la correcta tramitación del proceso, ejerciéndose un control también en la Ejecución de las sentencias velando por que la justicia no sea burlada y que los fallos no se conviertan en inoperantes.

Las funciones expresadas constituyen la defensa de legalidad que debe imperar en los proceso administrativos, y tienen por finalidad la igualdad de las partes en el proceso y evitar la desconfianza e inhibición de las victimas de la administración, sin embargo en El Salvador es muy discutible que la fiscalía ejerza las atribuciones

mencionadas, por lo que su intervención en interés de la legalidad por el momento únicamente podría limitarse a fiscalizar la tramitación del proceso y velar por cumplimiento de la sentencia.

No obstante la presencia del Fiscal General de la República, se configura en la practica como un auxiliar de la Administración ya sea su calidad de demandada o demandante, posición a la que se adhiere invariablemente en todos los procesos; esta visión es justificada por algunos en base a que en El Salvador no existe un cuerpo de abogados especialistas con conocimientos de Derecho Administrativo que puedan proporcionar una defensa sólida al Estado, es por ello que algunos razonan que el Fiscal puede colaborar a la ilustración de las diferentes administraciones públicas, que casi siempre carecen de formación jurídica adecuada en este tipo de litigios.

La situación es muy distinta en otras latitudes como España²³⁹ e Italia²⁴⁰, donde existe una diferenciación evidente entre el Cuerpo de Abogados del Estado y El Ministerio Fiscal, no correspondiendo al primero la defensa de la legalidad sino que la defensa de la Administración, sin perjuicio que la defensa de la Administración supone defensa de un interés público concreto, pero por encima de este interés de la Administración está el interés público general, el de la legalidad que no pueden identificarse como equivalentes, esto quebranta y diferencia sus posiciones en el proceso.

No obstante, en la realidad la figura del representante del Ministerio Público ocupa un papel muy deslucido en la escenario salvadoreño así como en la mayoría de legislaciones en que se le otorga intervención, sin embargo cabe señalar que en la generalidad de legislaciones de Centro América se le concede intervención, en

²³⁹ Sebastian Martín-Retortillo, La defensa en Derecho de las Administraciones Publica, Revista de Administración Publica, Numero 121, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, Pág. 10

²⁴⁰ Eduardo Arbizu Lostao, Asistencia, Representación y Defensa de la Administración de Derecho Italiano, Revista de Administración Publica, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, Pág. 485

Guatemala²⁴¹, según la Ley Orgánica del Ministerio Público (decreto 512, de 25 de mayo de 1948), Panamá²⁴² (Art. 47 de la ley 33 de 1946) y Costa Rica²⁴³ (Art. 15 ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1966).

1.3 PARTES PROCESALES

Habiéndose esbozado el semblante de las anteriores personas, pasemos a delimitar con mayor precisión el contenido y esencia de la denominación de parte procesal, que inicialmente se utilizó para designar a las personas entre las cuales versa el litigio, encontrándose que etimológicamente alude al origen primitivo del proceso, bajo el cual se concibe como una lucha legalizada en presencia de un arbitro neutral²⁴⁴. El concepto de partes debe ser abordado en concordancia a la pretensión procesal²⁴⁵: la parte demandante formula su pretensión y la parte demandada la cuestiona y trata de desvanecerla; sin embargo, este incuestionable planteamiento que otorga la calidad de partes al demandante y demandado no siempre fue tan evidente, debido a la concepción inicial bajo la cual el contencioso administrativo germina (que a través del recurso de *excés de pouvoir*), surge no como un proceso entre partes, en que existe pugna entre individuos que tratan de asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas²⁴⁶, sino mas bien en un control objetivo de la legalidad, distinguiéndosele como un proceso revisor del acto en el cual los ciudadanos más que ejercer una defensa de sus derechos, ejercen una función de Ministerio Público, coadyuvando a mantener la legalidad en el ordenamiento jurídico. Bajo la concepción actual y moderna²⁴⁷, el proceso constituye una relación jurídica

²⁴¹ Hugo Haroldo Calderón M. Derecho Procesal Administrativo, Editorial Orión, Guatemala, 2006

²⁴² Pérez Castellón, Aspectos Generales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su Implantación en Panamá, Lex Panamá, Panamá, 1975, Pág. 71 y siguientes.

²⁴³ Eduardo Retana, La Jurisdicción Contencioso Administrativa y sus Reformas, Revista del Colegio de Abogados, Numero 12, San José, 1966, Pág. 65.

²⁴⁴ Piero Calamandrai, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Pág.172

²⁴⁵ Jaime Guasp, La Pretensión Procesal, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pág.92

²⁴⁶ Eduardo García de Enterría, Contencioso-Administrativo objetivo y Contencioso-Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista de Administración Publica, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 94

²⁴⁷ La Sala de lo Contencioso Administrativo adopta esta concepción en su jurisprudencia al declarar que “ El contencioso administrativo es un autentico juicio o proceso entre parte, a diferencia de sus orígenes en Francia

entre dos partes: una que pretende (acciona) y otra que contradice (se defiende); en base a este principio contradictorio las dos partes se enfrentan delante del tercero imparcial e independiente en búsqueda de una solución satisfactoria.

La más arraigada concepción de “parte” emerge de la premisa elemental, bajo la cual esta condición se alcanza “con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho de la naturaleza exclusivamente procesal de proposición de la demanda:²⁴⁸ tanto la persona que interpone una demanda como contra quién se propone, adquiriendo únicamente por este suceso la calidad de partes, sin interesar que la pretensión planteada sea infundada; consecuencia que nos lleva a la inevitable conclusión que los sujetos de la relación procesal pueden no coincidir con los sujetos de la relación sustancial controvertida.

Desde esta perspectiva Gimeno Sendra expresa que “para la válida actuación como parte, no se requiere más que la apariencia del sustrato legitimador de la posición procesal que otorga la invocación de derecho o del interés legítimo, y no la certeza, la cual vendrá de la mano, como hemos dicho, de la Sentencia fondo”²⁴⁹.

En cuanto a quienes ocupan la posición material de partes, se puede decir que casi invariablemente están conformados por los administrados recurrentes o demandantes, que impugnan un acto administrativo y por el otro lado el demandado, la Administración Pública junto con los coadyuvantes²⁵⁰, frente a quienes se formula la pretensión, esto se debe en gran medida al privilegio de ejecutividad que los actos administrativos poseen invariablemente en el Derecho Comparado. Sin embargo, en ocasiones excepcionales esta situación puede invertirse, cuando la Administración

con el recurso de exceso de poder, en que el administrado era más un denunciante. Hoy en día, y en nuestro sistema legal, el administrado es una verdadera parte procesal. (Sentencia del 17/11/98, Ref. 22-H-92) (Sentencia del 17/11/98, Ref. 20-H-91)

²⁴⁸ Piero Calamandrai, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Pág.174

²⁴⁹ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Unicentro, San José, 1993, Pág. 145

²⁵⁰ Jesús González Pérez, Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamerica, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 123, Editorial Civitas, Madrid, 2004, Pág.353

Pública decide demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, que ha generado algún derecho a particulares, siempre y cuando el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público.

Cabe mencionar que la concepción de partes avanza progresivamente en una postura menos nugatoria en cuanto al acceso a la protección judicial, clamor natural que de cierta forma han propiciado los administrados, ante el carácter formalista y rígido que los tribunales han adoptado, como medidas para abatir el rezago judicial; es por eso que normativas como la Española han realizado reformas trascendentes al respecto tratando de ser mucho más inclusiva, en este sentido La exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo expresa al referirse sobre ellas que: “La regulación de las partes que se contenía en la ley 27 de diciembre de 1956, fundada en un criterio sustancialmente individualista con ciertos ribetes corporativos, ha quedado hace tiempo superada y ha venido siendo corregida por otras normas posteriores, además de reinterpretada por la jurisprudencia en un sentido muy distinto al que originalmente tenía. La nueva Ley se limita a recoger las sucesivas modificaciones, clarificando algunos puntos todavía oscuros y sistematizando los preceptos de manera más sencilla posible. Lo que se pretende es que nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, puede verse privado del acceso a la justicia²⁵¹”.

2. CLASES DE PARTES

La doctrina a efectos puramente didácticos clasifica a las partes en distintos tipos, según la diversa eficacia con que los sujetos formulan sus pretensiones, dialéctica

²⁵¹ Exposición de Motivos, Ley de 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, BOE número 167, de 14 de julio de 1998

que ayudará a una mejor comprensión, siendo los criterios fundamentales los siguientes:

a) Primeramente se clasifican en parte sustancial o parte procesal, la sustancial llamada también indirecta o Material regula la titularidad o relación sustantiva objeto de la relación procesal (calidad de propietario, acreedor, deudor, heredero) recayendo en consecuencia directamente los actos en su esfera jurídica; la procesal en cambio se refiere a toda persona que intervenga en un proceso ejerciendo derechos y obligaciones que corresponden a una parte en sentido sustancial, es decir los representantes (procuradores, defensor de oficio, curador Ad-litem, etc) imputándose los actos en la esfera jurídica de otros, la distinción expuesta ha sido criticada y censurada por algún sector de la doctrina en el sentido que la condición de parte procesalmente hablando es la posición en el proceso, con independencia de la calidad del sujeto del derecho (sustancial) o de la acción (pretensión). Sin interesar de que actúen por sí o en representación. Las partes lo son el que demanda y a quien se demanda o a nombre de quienes se ejercen dichos actos.

b) Parte principal y parte accesoria: En los juicios contenciosos administrativo la calidad de parte principal dependerá de la circunstancia que la pretensión sea formulada de manera autónoma o a los que también, con el mismo carácter autónomo, se enfrentan a la pretensión; en cambio la denominación de parte accesoria es guardada para aquellos que de modo subordinado respecto a la pretensión de otra persona comparecen al proceso²⁵².

c) Partes simples y partes múltiples: la pretensión comúnmente es mantenida por un sujeto frente a un solo sujeto, encontrándonos entonces con “partes simples”, en cambio, cuando la pretensión objeto del proceso se mantiene

²⁵² Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 164

por varios o se deduce frente a varios sujetos entonces las denominaremos “partes múltiples”

d) Parte Activa y parte Pasiva: Jurídicamente la legitimación activa corresponde a la parte que ejerce su derecho de acción, actualmente acceso a la jurisdicción, solicitando en consecuencia la aplicación de la ley a su favor²⁵³. En el proceso contencioso administrativo como ya se había indicado, son los administrados los que comúnmente ocupan la legitimación activa, salvo en el referido proceso de lesividad, en el que la Administración asume en dicha posición, ayudada ocasionalmente por la figura del “coadyuvante” que por su “interés directo” provoca también la anulación del acto en disputa. En el proceso contencioso Administrativo los administrados, por regla general ocupan la calidad de parte activa ya que la administración goza del privilegio de la autotutela o autodefensa²⁵⁴, que solo puede ser desvanecido ejerciendo el correlativo derecho a la protección jurisdiccional que poseen los particulares.

De manera inversa, tenemos que la legitimación pasiva será adoptada habitualmente por la Administración Pública de la cual emane la actividad cuestionada en la pretensión, sin perjuicio que, en ocasiones integren dicha posición procesal personas a quienes puede de alguna forma beneficiarles la conservación de la actuación administrativa.

Desde los orígenes de la jurisdicción contencioso Administrativo Salvadoreña, la concepción de la figura de la legitimación pasiva ha roto los esquemas tradicionales, constituyéndose en un embarazoso y espinoso problema, ya que, el carácter de demandado, sigue la línea de pensamiento del Amparo Salvadoreño y Mexicano, en que el demandado se concretiza en el funcionario o entidad (si trata de órgano

²⁵³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 164

²⁵⁴ Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2004, Pág. 146

colegiado) emisor del acto, situación que provoca inmensos problemas prácticos a la hora de interponer una acción contenciosa así como en la ejecución de sentencia. Esta circunstancia fue establecida igualmente, en algunas leyes de algunos Estados de la República Mexicana y en la antigua ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Costa Rica que, “insisten en atribuir la calidad de parte demandada a los funcionarios que dictan el acto” acudiendo, dice González Pérez, a la ficción jurídica de atribuir capacidad a un Órgano²⁵⁵.

La legislación contencioso Administrativo Salvadoreña en lo referente a la legitimación pasiva debe ser urgentemente enmendada debido a que debe atribuirse al Estado y a los Entes descentralizados dependiendo del autor del acto la legitimación pasiva en los procesos en que la disputa tiene por objeto la legalidad de la actividad del Poder Ejecutivo. Para justificar la medida basta señalar que el sujeto de la relación jurídica que deriva del acto administrativo, no es el funcionario que lo emite, quien no actúa en su carácter personal, sino en representación del Estado o de un Ente descentralizado.

La importancia de la legitimación pasiva tiene un interés inusitado en el proceso administrativo “por cuanto determina, según González Pérez, la persona frente a quien ha de deducirse la pretensión”, circunstancia que produce el invariablemente otorgamiento de dicha legitimación al Estado o Ente descentralizado, sobre “este punto, asegura el mismo tratadista, no existen dificultades o conflictos”, nos encontramos ante una institución pacífica, en que existen pocos y contados criterios divergentes.

²⁵⁵ Jesús González Pérez en su obra Derecho Procesal Hispanoamericano, Editorial Temis, Bogota, 1985, expone que los órganos de la entidad, al carecer de personalidad jurídica –son unidades organizativas, que adquieren propia individualidad como círculos de competencia delimitados por la norma- no tienen capacidad procesal y, por lo tanto, no son parte. No obstante, a veces los ordenamientos jurídicos acuden a la ficción jurídica de atribuir capacidad a un órgano y se habla de que son parte demandada las autoridades que han pronunciado o expresado el acto o la resolución impugnadas y las que pretendan ejecutarlos.

La administración Pública de la que proviene el acto a que se refiere la pretensión ostenta evidentemente la legitimación pasiva y a ella debe demandarse, pero debe subrayarse, para evitar equívocos, que la calidad de demandada la asume la persona jurídica de derecho Público²⁵⁶ de la que forma parte el Órgano que originó el acto, en ese sentido serán demandados el Estado, los Municipios y demás Entes descentralizados según el caso.

Cabe resaltar que tratándose de actos provenientes de la administración del Estado, será éste el que adoptará la calidad de demandado en virtud de ser esta una persona jurídica²⁵⁷, lo cual es perfectamente coherente y conforme a nuestra legislación, ya que el Estado, sin duda alguna, posee personería jurídica, con reconocimiento legislativo expreso contenido en el Art. 542²⁵⁸ del Código Civil.

En El Salvador, la explicación de todo lo reseñado parte de una motivación de responsabilizar más al funcionario público, no obstante, lo habitual es que los funcionarios no se amedrenten por esta situación pues desde el inicio se sienten ajenos al problema ya que en la práctica han resultado en la mayoría de los casos indemnes a los fallos y es la Administración la que en todo caso responde²⁵⁹.

²⁵⁶ Eduardo García de Enterría, El Concepto de Personalidad Jurídica en el Derecho Público, Revista de Administración Pública, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 195

²⁵⁷ Resultando como expone García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2001 que la Administración Pública identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona.

²⁵⁸ El Art. 542 del Código Civil que se encuentra bajo el Título XXX, de las Personas Jurídicas reconoce a la Nación como una persona jurídica, palabra que debe interpretarse como sinónimo de Estado, que como sabemos constituye la persona que por medio el Poder ejecutivo interactúa en el derecho interno.

²⁵⁹ José Ramón Parada, Justicia Administrativa e Irresponsabilidad de los Servidores Públicos, Revista de Administración Pública, Numero 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 77

3. PRINCIPIOS INFORMADORES RELATIVOS A LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES PROCESALES.

La posición jurídica de las partes se encuentra plenamente informada por principios que constituyen manifestaciones singulares de la garantía constitucional de protección jurisdiccional, resultando dicho derecho elemental para la tutela de los intereses de los administrados, estas manifestaciones se constituyen como de gran valor exegético para la protección y entendimiento del actuar de las partes.

Los principios o valores representan proposiciones jurídicas o directivas, pero no tienen por general desarrollo normativo; es decir, el principio es más bien un criterio fundamental en si mismo, que marca el sentido de justicia de las normas jurídicas²⁶⁰. En la actualidad existen una serie de principios aplicables al proceso administrativo que ha sido reconocidos por la mayoría de los sistemas jurídicos y que están contemplados en ordenamientos de jerarquía superior, o incluso han sido reconocidos por órganos y disposiciones de carácter supranacional²⁶¹.

Podemos decir que estos regulan la actividad de las partes y van encaminados a condicionar la actividad del órgano llamado a decidir²⁶².

Los principios a que aludimos se dividen fundamentalmente en tres: principio de dualidad de partes, principio de igualdad de partes y el principio de contradicción.

a) La posición doble de las partes, o principio de dualidad de partes: sugiere que forzosamente en todo proceso debe existir la presencia de dos partes adversarias, con posiciones antagónicas al menos en potencia, siendo en consecuencia imposible el desarrollo de un proceso sin este ineludible binomio; estos fundamentos no constituyen óbice para expresar también que no es requisito

²⁶⁰ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 205

²⁶¹ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 204

²⁶² Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 209

indispensable la presencia real de dos partes, por lo que escenarios como la declaratoria de rebeldía no ponen en peligro dicha dualidad; ya que la dualidad yace en las diferentes posiciones y no la presencia de personas, no contrariando tampoco la existencia de un litisconsorcio²⁶³.

Sobre la exposición expuesta, autores prefieran hablar muchas veces de principio de dualidad de posiciones y no dualidad de partes, como lo hace la doctrina tradicional, ya que cree que éste es el rasgo que mejor caracteriza la existencia de un litigio²⁶⁴.

b) Principio de Contradicción: Bajo el presupuesto que los juicios son verdaderas contiendas, verdaderos conflictos se erige el principio de contradicción, que propone que las partes hagan valer sus pretensiones y prueben los hechos que su favor alegan, constituyendo pues la herramienta efectiva de la que se vale el derecho para lograr la revelación de hechos importantes, no solo aplicable a los procesos Administrativos sino también vigente en los juicios en las demás materias civiles, mercantiles, laborales, constitucionales, etc, esto debido a su elevación a derecho fundamental, como manifestación concreta del derecho de defensa.

Según este enunciado, se precisa oír los planteamientos de la parte contraria antes de atender cualquier pretensión, con el fin de que las partes puedan controlar la veracidad de los planteamientos de la otra, contradiciéndola y corrigiéndola, teniendo conocimiento de las alegaciones y observaciones producidas, alcanzándose así la justicia²⁶⁵. De esta manera la expresión latina “audiatur et altera pars” que alude a que se oiga la parte contraria, sintetiza el contenido del principio de contradicción, bajo el cual deben existir dos opiniones contrapuestas, con intervención recíproca de las partes para que expongan sus puntos de vista.

²⁶³ Luis Morell Ocaña, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Pág. 468.

²⁶⁴ Gonzalo M. Armenta Calderón, Los Principios Rectores del Proceso, Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, Vol. XI, Numero 69, Guanajuato, 2000, Pág. 19

²⁶⁵ José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009 Pág. 307

Tradicionalmente podemos establecer dos presupuestos derivados del principio de contradicción: el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales administrativos, donde equitativamente actor como demandado puedan ejercer sus correlativos derechos de acción y defensa, accediéndose de esta forma al proceso; y segundo, refiriéndose a la Adquisición del “status” de parte, bajo el cual toda persona que comparezca dentro del proceso adquirirá dicha condición con el fin de poder obtener tutela de sus derechos.

c) La posición igual de partes, o el principio de igualdad de partes, indica que las ambas partes, tanto demandante y demandado deben encontrarse en condiciones de contenido equivalente, no siendo posible diferencias sustanciales en los respectivos deberes y derechos de estos sujetos, por lo que se veda facultar medios o armas procesales superiores o desventajosos en detrimento de sus respectivas posiciones en el proceso²⁶⁶.

En consecuencia de lo dicho, el principio de igualdad proyecta al proceso la supresión de todo privilegio formal injustificado que produzca asimetrías entes los justiciables²⁶⁷.

Sin Embargo en el proceso administrativo, la Administración pública siempre a acaparado un trato privilegiado por encima al que pudieran obtener la otra parte del proceso, situación que resulta evidente e irrefutable, siendo constatada por la mayoría de la doctrina de los países que han enfrentan el tema²⁶⁸.

Esta desigualdad no responde a una discriminación enteramente legislativa sino a razones de índole psicológico que inclinan a los juzgadores a no perjudicar a la administración que por su calidad de sujeto de derecho publico gozan de finalidades

²⁶⁶José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 309

²⁶⁷ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso Administrativo, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, Pág. 16

²⁶⁸ Francisco Ramos Bosch, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1985, Pág. 214

de generales o carácter filantrópico, en clara oposición al actuar de los particulares que tienen intereses personales y mezquinos. Pese a lo apuntado el juez administrativo debe externar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la Administración; y esto es importante de recordarlo, pues los jueces de estos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el Individuo, sino al individuo contra el Estado²⁶⁹.

La Administración se presenta en comparación a los particulares como una parte privilegiada en el proceso, por lo que Alcalá Zamora manifiesta sobre estos privilegios que ya: “sea recurrida o recurrente, aparecerán inevitables, ya que el poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte a encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos; y por eso es muy relativa su igualdad procesal de partes en los litigios que la enfrentan. Sin que el régimen político sea, como suele serlo en nuestro tiempo, muy socializado, muy autoritario, o las dos cosas a la vez, el interés público invocado como presunción normal a favor de la Administración, gozará de primacía por su índole, por su destino, por su permanencia y hasta su total volumen”.

Las prerrogativas que en principio responden a su calidad de ejecutor de la voluntad soberana sitúan a los administrados en el pernicioso escenario de cargar con la obligaciones hasta cierto punto desproporcionadas como son la de agotar la vía administrativa de recursos antes de acudir a los Tribunales²⁷⁰ o de soportar el privilegio de decisión ejecutoria, entre otras, siendo la neutralización de las decisiones arbitrarias un calvario en el que siempre se encuentra en desventaja el ciudadano.

²⁶⁹ Juan Francisco Linares, *Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional Federal*, Editorial la Ley, Buenos Aires, 2000, Pág. 929

²⁷⁰ José Luis Rivero Isern, *Vía administrativa de recurso y justicia administrativa*, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 382

La igualdad de partes se traduce entonces a la posibilidad para alegar, proponer pruebas, medios de ataque y defensa y utilizar iguales armas, existiendo una equiparación del régimen jurídico que fija la situación procesal de las partes, hallándose el justo equilibrio entre estas, con la advertencia que el posible efecto positivo en la Administración Pública siempre es menor debido la coraza jurídica y psicológica que lo protege.

4. CAPACIDAD DE LAS PARTES

El concepto de capacidad proviene directamente de la teoría general del Derecho, en especial de los civilistas que la han desarrollado con suma excelencia, siendo luego posteriormente trasladada a los derechos de crecimiento y perfeccionamiento, entre ellas resaltando el derecho procesal; esta teoría general de la capacidad jurídica se manifiesta en el proceso jurisdiccional con el objetivo de determinar la aptitud de los sujetos para ser parte y asimismo para determinar quienes pueden realizar actos válidamente en un proceso en general con independencia del proceso concreto que se trate.

Bajo esta teoría es evidente que no cabe suponer un sujeto de relevancia jurídica que no tenga capacidad en virtud de la personalidad que le es propia y que lo caracteriza o identifica. El hombre, por su condición de tal y la persona jurídica lo poseen per se desde su nacimiento en el mundo jurídico²⁷¹.

En efecto toda persona posee la capacidad²⁷² para contraer derechos y obligaciones, y la reciproca capacidad para ejercitar dichos derechos y obligaciones; denominada pasiva y activa respectivamente. En este sentido González Pérez señala que la

²⁷¹ Manrique Jiménez Meza, La legitimación Administrativa(Procedimiento administrativo y contencioso Administrativo), Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, Pág. 114

²⁷² En la obra colectiva de Juan Montero Aroca y otros titulada El Nuevo Proceso Civil, se expone que cuando se hace referencia a la capacidad de los sujetos parciales del proceso de lo que se trata es de determinar quién puede ser parte en abstracto o en general, esto es, sin referencia a un proceso concreto.

capacidad de la persona se desdobra en dos aspectos: la capacidad jurídica²⁷³ y la capacidad de obrar²⁷⁴, que al aplicarse al derecho procesal cambia transformándose en capacidad para ser parte y capacidad procesal²⁷⁵.

Esta extrapolación de la teoría de la capacidad según Calamandrei²⁷⁶ ha llegado al Derecho Procesal bajo el escenario en el cual la relación procesal no es más que un tipo particular de relación jurídica y que los sujetos de las mismas son las personas, físicas y jurídicas; en este sentido la capacidad jurídica se refiera a la idoneidad de un sujeto para adquirir derechos y contraer obligaciones, y la capacidad de obrar la facultad de ejercerlos por sí mismos, proyectando sus efectos del derecho sustancial al Derecho Procesal, denominándose respectivamente capacidad para ser parte y capacidad procesal.

De este modo, resulta que la capacidad procesal presupone a la capacidad para ser parte, toda vez que no sería dable pensar en la capacidad procesal sin tenerse capacidad para ser parte. Ciertamente, la capacidad procesal envuelve la cualidad de realizar actos procesales con eficacia jurídica, por lo que es la manifestación de la capacidad general hacia un ámbito y una aplicación de tratamiento específico. La capacidad para ser parte, en cambio, es una condición refleja de la cualidad general otorgada por el ordenamiento a todos los sujetos de derechos y obligaciones²⁷⁷.

Consecuentemente esta dualidad de aspectos de la capacidad compondrán requisitos procesales, sin los cuales no puede haber una tutela de fondo, ya que la pretensión no podrá ser examinada por el órgano judicial sin la acreditación

²⁷³ La capacidad jurídica según Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, es la aptitud legal para adquirir cualquier clase de derechos; el goce de los mismos pertenece según el Derecho moderno a todos los individuos, debido a que quitárselos equivale a colocarlos en la situación de esclavos en el mundo antiguo.

²⁷⁴ La capacidad de obrar según Arturo Alessandri y Manuel Somarriva constituye la aptitud legal de una persona para ejercer por sí misma los derechos que le competen, y sin el ministerio o a la autorización de otra.

²⁷⁵ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 542

²⁷⁶ Piero Calamandrei, Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Pág. 194

²⁷⁷ Manrique Jiménez Meza, La legitimación Administrativa (Procedimiento administrativo y contencioso Administrativo), Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, Pág. 114

respectiva de la capacidad para ser parte y capacidad procesal, situación que corresponde revisar *ex officio* al órgano jurisdiccional correspondiente.

5. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE

Cuando nos referimos a la capacidad para ser parte²⁷⁸ hacemos alusión a la aptitud genérica necesaria para poder gozar de intervención en un proceso²⁷⁹, teniendo la titularidad de derechos, obligaciones y cargas de carácter procesal, ya sea como demandante ejercitando el respectivo derecho de acción o como persona demandada, que correlativamente tiene derecho a la defensa, que se opone a la primera.

Se trata entonces de un requisito imprescindible para ser sujeto parcial de un proceso, situación que se resolverá, en gran parte por las leyes sustanciales que señalan quienes poseerán personalidad para ser objeto de las diversas relaciones jurídicas existentes.

De lo expuesto entendemos que la capacidad para ser parte es una expresión de la capacidad de jurídica, atributo que se le confiere debido a la personalidad, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas, sin perjuicio de que cómo veremos más adelante resulta posible, como lo es en legislaciones más avanzadas, que se confiera también a unidades o grupos que no gozan de personalidad, pudiendo por consiguiente gozar estas también de dicha capacidad; no obstante debemos señalar que en principio la capacidad para ser parte en los procesos

²⁷⁸ En las sentencias interlocutorias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional referencia 12-04-2000 y 17-08-2000 se declara que la capacidad para ser parte es la aptitud jurídica para ser titular de derechos o de las obligaciones de naturaleza procesal a que las partes se refieren.

²⁷⁹ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág. 91

contenciosos²⁸⁰ Salvadoreños corresponden por ahora únicamente a personas sean naturales o jurídicas.

En este sentido las agrupaciones de personas o bienes no reconocidas por ley como personas jurídicas o sujetos de derecho, pueden sin embargo en otras latitudes, concedérseles la calidad de entes unitarios para ciertos efectos, entre los cuales puede estar el comparecer en juicio como partes, esto debido a que con frecuencia personas pueden organizarse transitoriamente para la obtención de finalidades comunes realizando actos jurídicos capaces de generar conflictos que necesariamente necesiten tutela judicial.

Fuera de los casos mencionados cualquier persona que tenga capacidad para ser sujeto de derechos, tendrá la capacidad para ser parte en un proceso.

Finalmente cabe aclarar que esta la capacidad para ser parte solo estriba en la posibilidad de ser sujeto en un proceso, con independencia de que se pueda actuar válidamente en el²⁸¹, intervención que devendrá como dijimos de la misma personalidad sea natural o jurídica.

5.1 Personas Naturales.

Todos los hombres por su calidad personas, mientras vivan, poseen capacidad para ser parte²⁸², debido a que es un atributo inherente a estas; así la Constitución Salvadoreña establece en su Artículo 2 que “todo persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la posesión, y a *ser protegida en la conservación y defensa de los mismos*” expresión, en el cual se

²⁸⁰ La doctrina es uniforme en destacar que la capacidad de las partes en el proceso contencioso administrativo no tiene especialidades relevantes que lo aparten de cualquier otro proceso de carácter jurisdiccional, como lo prueba el hecho de la aplicación supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles como lo prescribe el Art. 57 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

²⁸¹ Jaime Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, Aguilar, Madrid, 1948, Pág. 94.

²⁸² Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág.92

establece que todas las personas tienen derecho a obtener una protección jurisdiccional ante jueces y por lo tanto capacidad, inclusive el nacíto, que no obstante la difícil identificación de supuestos en que pudiere ser sujeto de una relación jurídica administrativo se le confiere en forma clara, debido a que según el Art. 1 inciso segundo de la Constitución se le reconoce como persona humana desde el momento de su concepción.

5.2 Personas Jurídicas.

En relación a esta categoría de personas, la capacidad que por su personalidad se obtiene, emerge del mismo instante en el que con arreglo a las leyes correspondientes queda validamente constituida (Art. 25 C.C)²⁸³. Este reconocimiento viene a justificarse por la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas físicas que se asocian para la consecución de determinados fines, circunstancia que no sería posible si no se les otorgara la referida personalidad, mediante la cual pueden ejercer derechos y pueden adquirir obligaciones.

5.3 Personas Jurídicas Públicas.

La atribución de capacidad para ser parte es asignada a las personas públicas, por la personalidad concedida en su nacimiento, obtenida a través de una norma jurídica con rango de autoridad formal de ley, refiriéndonos por estas, tanto a la Administración Central como a Instituciones oficiales autónomas o administraciones locales, la primera de estas, asimilándose con el poder ejecutivo y conformando la personalidad total de el Estado y las segundas como organizaciones que gozan de libertad y autonomía, adquiriendo personalidad, patrimonio, y poderes de decisión por las competencias otorgadas en sus leyes constitutivas.

²⁸³ El Art. 25 del Código de Comercio prescribe que “la personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de Comercio de los documentos respectivos.”

6. CAPACIDAD PROCESAL

Establecido que todas las personas poseen capacidad para ser parte; muy distintamente tenemos que no todas las personas tienen capacidad procesal. Es necesario e indispensable para intervenir validamente en un proceso, no solo poseer una aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones de naturaleza procesal, es necesario además ejercer por si mismo todos los derechos y obligaciones en calidad de titular, es decir poseer capacidad procesal.

Esta capacidad procesal, también denominada capacidad para comparecer en juicio corresponderán a quienes estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Es decir, mientras la capacidad para ser parte hace referencia a la capacidad jurídica o de goce, la capacidad procesal hay que referirla a la capacidad de obrar o ejercicio.

Ciertamente, la capacidad procesal implica la cualidad de realizar actos procesales con eficacia jurídica²⁸⁴, por lo que es la manifestación de la capacidad general hacia un ámbito y una aplicación de tratamiento específico, que diferirá de la capacidad para ser parte en el sentido que esta última refleja únicamente la cualidad general otorgada por el ordenamiento a todos los sujetos de derechos y obligaciones.

En la legislación Contencioso Administrativo Salvadoreña no existe una disposición específica que regule lo relativo a la capacidad procesal, aplicándose por esto subsidiariamente las normas Procesales generales

7. CAPACIDAD DE POSTULACIÓN

En ciertas ocasiones, las leyes pueden ordenar para una eficaz actuación dentro de un proceso, el conocimiento especializado por personas de asuntos jurídicos o

²⁸⁴ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág. 93

legales, de ahí que si esta no los posee deberá ocurrir ante un tercero ajeno a la contienda, para que este las efectúe en nombre de él, solicitando y realizando peticiones jurídicas dentro de un proceso determinado.

Esta capacidad de postulación constituye pues, en algunos procesos, un requisito subjetivo de la pretensión, ya que algunas personas no podrán actuar directamente por si solos, sino necesitarán de otra que los asesore y represente²⁸⁵.

La finalidad de este recaudo busca la exigencia de conocimientos técnicos para un pleno ejercicio de la defensa en beneficio de las partes procesales, que obtendrán de esta forma una correcta conducción del proceso, en aras de una eficaz administración de justicia.

En el caso del juicio contencioso administrativo Salvadoreño, no es necesario que la demanda o demás actuaciones procesales sean presentadas por personas que ostenten la capacidad mencionada, ya quedará a discreción de las partes dicha elección; no obstante en el caso que decidan no adquirir un procurador, toda actuación deberá contener firma y sello de un abogado director que asesore todas las actuaciones; de lo contrario, en la eventualidad, que los intervinientes decidieren hacerlo a través de un abogado, deberán realizarlo mediante el otorgamiento del respectivo poder de la forma prescrita por la ley.

8. LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL

El procesalista italiano Chiovenda²⁸⁶ expresa sus ideas sobre la legitimación refiriéndose a ella como la identidad del actor con la persona a cuyo favor se encuentra la ley y en la identidad de la persona del demandado con la persona contra quién se dirige la voluntad de la ley.

²⁸⁵ Francisco Ramos Méndez, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1985, Pág. 285

²⁸⁶ Chiovenda, citado por Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, Pág. 124.

El concepto de legitimación ha sido uno más debatidos y confusos del Derecho Procesal Civil²⁸⁷, así en un proceso se debe distinguir además de la capacidad abstractamente concebida (*legitimatío ad processum*), la capacidad referida a determinado caso o proceso (*legitimatío ad causam*) que se encamina a determinar la relación existente entre los sujetos procesales con respecto al objeto de la pretensión procesal²⁸⁸.

De lo dicho se infiere que no todas los que poseen capacidad procesal, estarán legitimados, ya que como explicamos anteriormente la primera de estas nociones se refiere a poner en movimiento el órgano judicial, mientras que la legitimación concierne a la calificación, y por ende admisión de la pretensión.

La problemática de la legitimación plantea la discusión de quién debe de deducir la pretensión y contra quién debe dirigirse, buscando la finalidad última que el juzgador dicte una sentencia que toque el fondo del litigio o un pronunciamiento sobre la relación jurídica material que se invoca.

Entre los conceptos tradicionales de legitimación sustancial, encontramos la que puede ser descrita como la aptitud de ser parte en un proceso concreto²⁸⁹, que requiere por esto mismo que el sujeto o pluralidad de sujetos se encuentren en una específica situación jurídica material con relación a lo que constituye el objeto del proceso, para el caso específico del contencioso administrativo Salvadoreño, es un presupuesto necesario que el administrado que busca impugnar el acto administrativo, invoque una afectación, lesión o agravio sobre sus derechos subjetivos o sobre intereses legítimos y directos, por lo que la legitimación en este ámbito procesal será ostentada por quienes sean los verdaderos titulares de la

²⁸⁷ Maria Pía Calderón Cuadrado, Legitimación y Tutela Cautelar(Breve notas para su estudios), Revista del Poder Judicial, Numero 75, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986, Pág. 157

²⁸⁸ Pablo Gutiérrez de Cabiedes, A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable, Revista del Poder Judicial, Numero 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, Pág. 221

²⁸⁹ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Editorial Civitas, 2002, Pág. 194.

relación jurídica surgida o afectada como consecuencia de la producción de un acto administrativo²⁹⁰.

En el mismo orden de ideas, el objeto del proceso siempre será la pretensión. El demandante, solicitará, frente a otra persona, el pronunciamiento del órgano Jurisdiccional sobre determinada pretensión, la que se invoca conforme al derecho vigente; el Juez correspondiente accederá o no, sin embargo, por mucha razón que posea el demandante, la carencia de legitimación, provocará que el desarrollo del proceso devenga en ineficacia para solución de conflictos intersubjetivos, ya que la falta de evidencia de relación jurídica entre las partes procesales y el conflicto de cuya resolución se pretende, desemboca en una sentencia estéril.

Ahora bien, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, la versión clásica de la legitimación sustancial ha sido concebida y estudiada desde la perspectiva procesal, no obstante que algunos la consideren como una figura estrictamente de Derecho sustantivo o material. Se afirma que esta figura se identifica con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en un proceso concreto, regulándose en cada caso por la ley sustantiva de la que deriva el derecho subjetivo que se invoca.

No obstante lo anterior, el profesor García de Enterría²⁹¹ señala que, el tratamiento técnico que se le da a esta figura es la de un presupuesto procesal, aún sin serlo: el tribunal, en consecuencia deviene obligado a examinar si se da o no la legitimación sustancial en cada caso, con prioridad al fondo del asunto; sin embargo, en ocasiones, aparece tan íntimamente ligado a éste, que no se puede decidir aquél sin examinar simultáneamente el fondo del proceso.

²⁹⁰ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 126

²⁹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 619.

Ahora bien, debe tenerse cuidado en no confundir la legitimación, con cuestiones de fondo, pues determinar si efectivamente a una persona le han lesionado o no derechos subjetivos administrativos, no constituye parte del sustrato legitimador, la legitimación se reduce a determinar si el demandante y demandado están vinculados jurídicamente en relación a las posibles pretensiones formulables. No es necesario entonces ser titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o relación jurídico material que se invoca, lo que supondría que esta siempre existiera, lo necesario es el interés en que se decida si efectivamente existe, y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista, la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos de interés en la declaración y discusión sean el demandante y demandado. Por lo tanto, debe examinarse cuales deben de ser los sujetos de ese interés en litigio, en el supuesto de que el derecho sustancial o la relación jurídica sustancial existan²⁹².

Es por ello que se concluye que la naturaleza jurídica de la legitimación ha de ser la de un elemento en que se fundamenta la pretensión, que sin afectar en ningún momento su validez, posibilita la emisión de una sentencia que rechace o avale la pretensiones²⁹³.

La legitimación en definitiva constituye un requisito de revisión de la pretensión, ello en vista que no basta la existencia de partes, sino que es trascendental determinar si el actor es el sujeto con derecho suficiente para ser parte, pudiendo así obtener alguna decisión jurisdiccional; en el mismo sentido, con respecto del demandado determinando si es legítimo contradictor en el proceso. Debe señalarse del mismo modo que la falta de legitimación, como todo requisito procesal puede ser examinado de oficio por el órgano jurisdiccional²⁹⁴, pudiendo este en todo momento pasar a

²⁹² Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1997, Pág. 261

²⁹³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 126

²⁹⁴ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de Julio), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 486

declarar la inadmisibilidad de la demanda o acceder al rechazo cuando el demandado lo denuncie.

En el Contencioso Administrativo las situaciones legitimadoras provienen al igual que en los demás procesos ordinarios, del reconocimiento de situaciones jurídicas especiales; para el caso, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa confiere a los sujetos que se relacionan con el actuar de la administración pública, las cualidades legitimadoras necesarias para deducir las diferentes pretensiones.

Estas situaciones o estados jurídicos a los que aludimos, coinciden con la titularidad de un derecho subjetivo, es decir la relación que une a los particulares con los bienes de la vida, caracterizándose como la potestad de querer del hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o un interés.

Por ello estará legitimado quién manifieste y comparezca en el juicio como el titular de la relación jurídica y, se entiende, atribuyendo esa titularidad, desde su aspecto pasivo, al demandado a quién se le imputa una obligación²⁹⁵.

El derecho subjetivo implica una predeterminación normativa de la conducta administrativa obligada o debida a un individuo en una situación de exclusividad. Se trata pues de una actividad humana, imperativamente protegida que genera un interés propio, excluyente de titularidad diferenciada que habilita para exigir una prestación también diferenciada.

El derecho subjetivo constituye el sustrato legitimador ordinario adoptado de manera general en los diferentes procesos litigiosos, situación que no fue excepción en los procesos Contencioso Administrativos, hasta llegarse a ulteriores estadios de perfeccionamiento en el que se adopta nuevos sustratos legitimadores. En efecto, Tradicional es la opinión que asigna al recurso contencioso administrativo la función

²⁹⁵ Juan Montero Aroca y Otros, El Nuevo Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

de defender el derecho del particular contra los agravios que reciba de los órganos administrativos. Las autoridades administrativas deben acomodar su conducta a las normas legales que reconocen derechos subjetivos, y cuando así no ocurre, justo será conceder al ciudadano la facultad de ejercitar una acción judicial para obtener del Tribunal la reparación consiguiente.

Bajo esta legitimación, se configura el primer recurso contencioso administrativo en 1799, llamado más tarde de plena jurisdicción que nace bajo la idea de defender derechos subjetivos, defensa que será el eje del sistema contencioso, ya que no hay que olvidar que lo que se busca es que se someta el poder público al orden jurídico en garantía del particular.

No obstante lo dicho, en el contencioso administrativo no solo es posible obtener legitimación al invocar un derecho subjetivo, también estarán legitimados los que invoquen un interés legítimo y directo.

Así, como categoría paralela y diferente a los derechos subjetivos encontramos a los denominados intereses legítimos y directos, los primeros dijimos, gozan de una conexión íntima con el ordenamiento jurídico y su violación hace sobrellevar una violación simultánea de un derecho subjetivo; de manera contrapuesta, la legitimación puede provenir de normas que no hayan sido dictadas para garantizar situaciones jurídicas individuales, no existiendo la conexión mencionada, sino por normas que tengan por única finalidad garantizar una utilidad pública; en base a lo reseñado, doctrinarios como el Italiano Guiciardi separan y clasifican a las normas dividiéndolas en *normas relación*, que garantizarán actividades frente a la administración, y *normas de acción* que se referirán a la organización y procedimiento que ha de conducir y regir a toda administración²⁹⁶.

²⁹⁶ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 506 y sig.

Se dirá que un particular tendrá un interés legítimo y directo cuando la observancia o inobservancia de las normas de acción verifique una ventaja o desventaja especial con respecto de los demás particulares²⁹⁷, no bastando que el ciudadano alegue un interés en que tales normas sean respetadas, que únicamente implicaría un interés simple o mero interés.

Coexisten entonces en la ley y la doctrina enfoques diversos sobre la calificación de los intereses, calificaciones entre las que podemos hablar de intereses personales, directos, legítimos, colectivos, hasta llegar a difusos; en la legislación Salvadoreña la calificación de ese interés se define como uno que sea legítimo y al mismo tiempo que sea directo; legítimo porque debe poseer una relevancia jurídica, quedando afuera los intereses de tipo morales, industriales o de competencia comercial, y directos por que consiste en una lesión concreta e inmediata en la esfera jurídica del actor recurrente; es por ello que el acto de la Administración incidirá sobre el interés material del administrado, de tal manera que resultará directamente transformado, debiendo asimismo concurrir una relación de lesividad, es decir una incidencia sobre la esfera jurídica del administrado sobre aquella parcela concreta que llamamos interés sustancial²⁹⁸.

Así las cosas la importancia de la legitimación procesal en los litigios contencioso administrativos Salvadoreños es que admite diferencias del postulante, según se tenga un interés legítimo y directo o un derecho subjetivo. Precisamente, si se pretende además de la anulación del acto el reconocimiento de una situación individual y su restablecimiento, con reparación patrimonial de daños y perjuicios o sin ella, únicamente podrá ser promovida por el titular de ese derecho subjetivo; en cambio, el que posee un interés legítimo y directo solo podrá pedir única y exclusivamente la anulación del acto administrativo que le causa perjuicios.

²⁹⁷ Manuel Fernández Salmeron, Nuevas Tendencias de la Justicia Administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras de la distinción entre Intereses Legítimos y Derecho Subjetivos, Revista de Administración Pública Numero 154, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág. 515

²⁹⁸ Manrique Jiménez Meza, La legitimación Administrativa(Procedimiento administrativo y contencioso Administrativo), Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2000, Pág. 297

Como podemos observar, la legislación Salvadoreña decidió que bajo el segundo de los supuestos de legitimación arriba mencionados, solo es posible ejercer la pretensión de exceso de poder o de mera anulación, configuración que se debe en gran medida a los antecedentes históricos de esta figura. La pretensión de anulación o de exceso de poder, como casi todas las instituciones clásicas del Derecho Administrativo se originó en Francia en el año 1864, y en su época represento uno de los avances más espectaculares en la lucha por el imperio de la Ley, al grado que Georges Vedel²⁹⁹, Profesor y Decano Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París II, lo califica de garantía de la legalidad en un Estado de Derecho.

Durante más de una centuria el exceso de poder ha sido la vía jurisdiccional por excelencia que asegura el respeto de la legalidad por parte la administración pública.

La pretensión de exceso de poder presenta tres rasgos específicos, que podemos resumir en la forma siguiente: “puede ser interpuesto por toda persona que tenga interés, incluso cuando no se queje de la lesión de un derecho subjetivo; las sentencias recaídas en tal recurso tienen, al menos en lo que concierne a las decisiones de anulación, efecto *erga omnes*; finalmente no puede estar fundado más que en la violación por la Administración de una regla de derecho “objetivo” y no de un contrato.”

La doctrina y la jurisprudencia han extraído de las características expuestas el carácter objetivo del Contencioso de Anulación, en el que más que a las partes se juzga al acto administrativo impugnado definiéndose su legalidad ó ilegalidad a través de la pretensión del actor. Se juzga y procura defender los intereses legítimos, en beneficio de la ley, que en forma refleja aprovecha al actor. La pretensión indicada se opone a la de plena jurisdicción en la que rigen los parámetros subjetivos, en que

²⁹⁹ Georges Vendel, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, Pág. 459

la contradicción se desenvuelve entre las partes con el propósito de tutelar derechos subjetivos.

La pretensión de exceso de poder en el proceso Contencioso Administrativo, en la mayoría de países de Ibero América, se reduce a solicitar al Órgano Jurisdiccional la extinción de acto administrativo mediante su declaratoria de nulidad, por lo que la pretensión no puede estar fundada más que en la ilegalidad del acto que se impugna. La sentencia para guardar la debida congruencia se limita y circunscribe a la declaratoria de nulidad. No más.

Bajo este concepto los poderes del Tribunal resultan diminutos y no resuelven a plenitud la problemática jurídica derivada de la producción de un acto administrativo ilegal. Si bien el acto ilegal se erradica del mundo jurídico, queda pendiente la situación que afecta al administrado consistente en determinar qué pasará con el acto que debería emitirse en sustitución del acto administrativo viciado.

Tradicionalmente el Contencioso Administrativo no ha dado una respuesta elocuente y satisfactoria a esa problemática, el administrado en términos de realidad social queda insatisfecho con el pronunciamiento judicial de la nulidad.

El fundamento en que radica esta conducta omitiva de los Tribunales de Justicia se sustenta en que la emisión del acto administrativo que sustituye al ilegal implica el ejercicio de función administrativa, en donde no puede ni debe penetrar el Órgano juzgador, ya que cumplió su objetivo de impedir que el acto violatorio del ordenamiento jurídico continuara produciendo efectos.

El Contencioso de anulación tal y como está diseñado é implementado en la mayoría de legislaciones de Ibero América, genera como resultado una justicia inconclusa, a medias, que deja sin recorrer una parte importante y principal del camino en la solución de una problemática jurídica.

En la Obra denominada Hacia una Nueva Justicia Administrativa Don Eduardo García de Enterría³⁰⁰ ha sostenido: “que hace puramente declarativas las sentencias estimatorias; que no contempla la posibilidad de extraer de la anulación declarada las consecuencias que interesan al recurrente que ha ganado el proceso; que excluye las *injoctions* u órdenes de hacer dirigidas a la Administración para rectificar la situación ilegal constatada, y más aún la posibilidad de sustituir por comisarios judiciales o por el propio juez la inactividad deliberada de la entidad vencida; que hace, en consecuencia, virtualmente facultativo el cumplimiento de las sentencias por las Administraciones perdedoras y que ni siquiera impide eficazmente la repetición indefinida a arbitrio de la Administración de los litigios ya decididos con la «fuerza de la cosa juzgada» por la sola vía de volver a dictar un acto análogo al anulado, lo que obligará a un nuevo recurso. Hacer que el despacho de los recursos se acelere, pero que los recursos mismos sirvan para poco o no sirvan, me parece un avance poco importante.”

Este orden de cosas ha sido abordado, en España, a mi modo de apreciar, más por la voluntad jurisdiccional y de los aportes de notables jurisconsultos que de su Legislación, que ha llevado por derroteros de una verdadera revolución é innovación jurídica a la justicia administrativa, apoyándose en la Constitución que atribuye al Poder Judicial la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en unión de criterios jurisprudenciales a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa de 1998. Este cambio radical en la consideración del Contencioso de anulación parte de dotar y ampliar los poderes de decisión a los Tribunales de Justicia a quienes se les brinda la potestad no solamente de anular el acto, sino también la de pronunciamientos de condena, consistentes en las órdenes libradas a la administración pública para que emita un acto administrativo determinado con un contenido específico, pudiendo instruir a la administración pública para que cumpla el fallo en un plazo determinado.

³⁰⁰ Eduardo García de Enterría, Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 84

Este mismo fenómeno se encuentra en quiebra en Francia debido a la reforma del Contencioso Administrativo Francés de 1990.

Con esto “quiere decirse, afirma Luciano Parejo Alfonso³⁰¹, que en nuestro ordenamiento existe un único proceso contencioso-administrativo, que es siempre, por ello, de plena jurisdicción, en cuanto el menor o mayor alcance de su objeto no depende *a priori* de límites legales (determinantes de tipos de procesos diferentes, cual es tradicional en el sistema francés), sino de las pretensiones efectivamente deducidas en cada caso.”

A los mismos conceptos arriba Santamaría Pastor³⁰², en los términos siguientes: “ a) La herencia del modelo francés, que durante todo el siglo XIX condicionó fuertemente la configuración de nuestro sistema contencioso, tendió a consolidar la idea de que el control de legalidad ejercida por los Tribunales contencioso-administrativos debía limitarse a un pronunciamiento final meramente declarativo del ajuste o desajuste del acto respecto del ordenamiento jurídico, confirmándolo en el primer caso y anulándolo en el segundo; pero la anulación, como ha sucedido en Francia hasta 1990, no podía ser seguida de una sentencia de condena a la Administración, en la que se le impusiera autoritariamente la necesidad de actuar en un determinado sentido; era la propia Administración la que, extrayendo las consecuencias del fallo del Tribunal contencioso, debía actuar en ejecución del mismo.”

De cuanto hemos dicho, podemos concluir, siguiendo las ideas de Don Eduardo García de Enterría³⁰³, que: “La supuesta «objetividad» del sistema, capaz de mantener la teórica exención judicial de la Administración, la dogmática falta de plenitud jurisdiccional ejercida en este proceso, han saltado espectacularmente por

³⁰¹ Luciano Parejo Alfonso, Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Madrid, 2003

³⁰² Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Editorial Iustel, Madrid, 2004.

³⁰³ Eduardo García de Enterría, Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1992

los aires. Ha quedado visible, finalmente, que todo el contencioso-administrativo, y en particular el famoso recurso de anulación o por exceso de poder, es y no puede dejar de ser un recurso subjetivo, esto es, en el que se tutelan derechos subjetivos y que, por esa razón, si la tutela ha de ser efectiva, la jurisdicción ha de ser, en consecuencia, también plena.”

Las ampliaciones de las potestades decisorias de los Tribunales administrativos, al momento de pronunciar sentencia, en los denominados procesos de anulación debe apreciarse como la conquista de mayor significación y trascendencia en el progreso de la justicia administrativa en los últimos cien años, aún considerando en su inventario de logros y éxitos la superación del carácter revisorio³⁰⁴ de la misma que comprende el control de la inactividad de la administración y de las vías de hecho.

9. PLURALIDAD DE PARTES Y EL TERCERO BENEFICIARIO.

La temática de la Pluralidad de Partes la aborda y desarrolla con suma maestría, el Procesalista Español Jaime Guasp³⁰⁵, en su conocida Obra “Derecho Procesal Civil”. Los conceptos allí recogidos los hacen suyos la mayoría de la doctrina del Derecho Procesal, en especial del Administrativo, que aplican con las debidas distancias a la Legislación Salvadoreña, debido a que nuestra normativa procesal muestra raíces españolas.

La situación más frecuente, en un proceso, es que participen un solo actor que accione contra otra persona llamada reo ó demandado. Sin embargo, en diversas ocasiones hacen su aparición varias personas que ostentan la calidad de

³⁰⁴ Juan Ramón Fernández Torres, Jurisdicción Revisora y Tutela Judicial Efectiva, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

³⁰⁵ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

demandantes o bien de demandados, o de ambas a la vez, siempre en el entendido que no se contradiga el Principio de Dualidad de las Partes³⁰⁶.

La Pluralidad de las Partes, asevera Guasp en la obra citada, “ no se resuelve en una mera yuxtaposición de situaciones procesales simples, sino que varían estas mismas situaciones, en cuanto que se modifican las que corren entre las partes adversarias y se crean otras entre las partes comunes³⁰⁷”.

Luego agrega un punto de vista de trascendental importancia para determinar las diversas partes plurales de un proceso, su posición dentro del mismo, el rol que desempeñan y el régimen jurídico aplicable, en los términos siguientes: “La idea fundamental de que conviene partir para explicar la figura de la pluralidad de partes procesales se halla en la distinta relación en que, en cada caso, se hallan las diversas partes entre sí. Puede ocurrir, en efecto, que las partes múltiples aparezcan en un mismo plano, de recíproca igualdad, o, a la inversa, que aparezcan en planos distintos, de recíproca desigualdad. En el primer caso, se habla de pluralidad de partes principales o iguales, o, mejor, de *pluralidad de partes por coordinación*, y en el segundo, de pluralidad de partes adhesivas o desiguales, o, mejor, de *pluralidad de partes por subordinación*, haciendo referencia precisamente, con esta idea esencial, a la relación que las diversas partes guardan entre sí³⁰⁸”.

Mas dentro de la pluralidad por coordinación es preciso verificar una distinción ulterior. Las distintas partes principales o iguales pueden aparecer unidas o enfrentadas en su actuación procesal. En el primer caso, los varios litigantes se muestran reunidos en una especie de comunidad, un consorcio procesal, que, por ello, recibe técnicamente el nombre de litisconsorcio; en el segundo, por el contrario, no hay tal comunidad, sino antagonismo, adición, a la controversia básica, entre

³⁰⁶ Jesús González Pérez, Pluralidad de Partes en el Proceso Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, Pág.1281 y sigs.

³⁰⁷ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 200.

³⁰⁸ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 200.

demandante y demandado, de un tercero, o terceros, que aparecen como demandante o demandado, a su vez, respecto de los primeros, por lo cual se habla correctamente, en esta hipótesis, de tercería. En cambio, en la pluralidad por subordinación, la diferencia no existe, o es, por lo menos, irrelevante: aquí se tiene siempre, con carácter fundamental, la actitud de una parte que coopera o colabora con otra principal, de dónde el nombre de coadyuvante de este sujeto pasivo”.

La pluralidad de partes adopta, de acuerdo a las ideas de Guasp³⁰⁹, tres diferentes tipos:

- a) El litisconsorcio;
- b) La tercería y
- c) Los coadyuvantes. (Intervención adhesiva)

El litisconsorcio lo define Guasp como: “...aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen no sólo situados en un mismo plano, sino, además, unidos en su actuación procesal: según que la unión plural afecte a los demandantes, a los demandados o a ambos, el litisconsorcio se llama activo, pasivo o mixto³¹⁰”.

La figura del litisconsorcio tiene dos manifestaciones. La que constituye para las partes una simple facultad llamada litisconsorcio simple, facultativo o voluntario. Por otro lado se da aquel que para las partes representa una verdadera carga, una obligación procesal, denominado litisconsorcio necesario, cualificado o especial.

La tercería, siguiendo con las ideas de Guasp expuestas en la misma obra, se diferencia del litisconsorcio, en que consiste en aquel tipo de “pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen situados en un mismo plano, pero no unidos, sino enfrentados, en su actuación procesal. Suele llamarse a esta

³⁰⁹ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 201

³¹⁰ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 201

figura intervención (principal, para distinguirla de la adhesiva), pero lo importante no es tanto que se trate de una pluralidad sobrevenida cuanto del enfrentamiento de un tercero, de modo total o parcialmente contradictorio, a la posición procesal de las dos partes primitivas: *interventio ad infringendum iura utriusque competitoris*³¹¹”.

Finalmente los coadyuvantes, conocidos también como terceros coadyuvantes por la literatura jurídica tradicional, e intervinientes adhesivos simples por la doctrina actual, según el pensamiento de Guasp, se dan en los casos siguientes: “ Si las partes no aparecen situadas en un mismo plano, sino en planos distintos, de respectiva supra y subordinación, no cabe hablar de litisconsorcio ni de tercería, sino más bien de adhesión procesal. Aquí, en efecto, un sujeto se halla ligado secundariamente a la posición de otra parte principal, cooperando o colaborando con ella de un modo instrumental simplemente. Se llama, a veces, a esta figura intervención adhesiva, por oposición a la principal, que es la tercería, pero el derecho positivo español emplea en esta hipótesis el término, sin duda más adecuado y expresivo, de *coadyuvante*, que es el que conviene utilizar.

En cuanto a los alcances de la intervención del coadyuvante, el Autor citado expresa: “El contenido del régimen jurídico no es modificado por el coadyuvante, sino de la manera secundaria o subordinada que le es propia. Realiza, desde luego, actos procesales por sí, y son realizados frente a él actos del proceso. Pero estos actos no valen en cuanto contradigan o perjudiquen a la parte principal a quien el coadyuvante se adhiere, v. g., la confesión que preste el coadyuvante o su renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción³¹².”

Los conceptos y principios expuestos acerca de la pluralidad de partes aplican a nuestra Legislación Procesal, que se inspira en la Leyes Españolas de Enjuiciamiento Civil.

³¹¹ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 205

³¹² Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 208

No obstante lo mencionado, en lo que respecta a la intervención de las múltiples partes en el plano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo Salvadoreño, esta será únicamente posible, bajo las figuras de litisconsorte voluntario activo o como cuadyuvante, conocido también por la legislación Salvadoreña con el nombre tercero beneficiario, que según el Art.14 podrá mostrarse parte en el proceso si el acto administrativo le causa un beneficio o lo perjudica de manera alguna.

La configuración deficiente del actual diseño de ley, restringe la intervención de otras partes al proceso, que forzosamente son excluidos o en el mejor de los casos comparecerán en calidades que no se ajustan a sus características reales (tercero beneficiario); sobre el tema cabe recalcar que la intervención de múltiples partes o en específico la del Tercero beneficiario en el juicio Contencioso Administrativo posee una indiscutible trascendencia, ya que a través de esta carga se asegura el cumplimiento del principio de audiencia, que asegurara la eficacia y validez de la actividad jurisdiccional.

De esta forma la figura del tercero beneficiario o cuadyuvante en El Salvador, acapara y absorbe no solo aquellos sujetos que pudieran tener un interés legítimo y directo en el mantenimiento o anulación del acto (auténtico cuadyuvante), sino también, bajo una perspectiva errónea, incluye personas a cuyo favor derivan derechos propios de un acto, que claramente como lo es en legislaciones foráneas son tradicionalmente considerados codemandados, que conformaran parte de un Litisconsorcio necesario³¹³.

La doble delineación que adopta la actual ley del tercero beneficiario, no concuerda con la lógica procesal correspondiente, ya que siempre, y en todo caso, “el individuo en cuyo favor deriven derechos de un acto” será un codemandado, debido a que será parte necesaria del proceso, en igual forma como lo son las Administraciones

³¹³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 143

demandadas, que siendo titulares de derechos deberá dárseles la oportunidad de comparecer y ser oídas como partes principales, con pleno dominio de las cargas y derechos que ello implique.

Debe señalarse asimismo, que en cuanto a los auténticos cuadyuvantes, distinguidos como los posibles afectados o beneficiados por un acto en sus intereses de manera legítima y directa, aunque obviamente se encuentren limitados por no poder formular cuestiones distintas a las planteadas por los principales, se les concederá intervención, pudiendo también obtener modernamente la condición de partes demandadas, aplicándoseles las mismas reglas del litiscosorcio.

La jurisprudencia actual al referirse a la calidad del tercero ha determinado los matices que debe cumplir, funcionando tal como dijimos a manera de una especie de comodín universal para que las múltiples partes puedan apersonarse, la interpretación pretoriana expresa que en términos generales la figura del tercero beneficiario se refiere a aquel sujeto que en virtud del acto que se impugna, ha obtenido una ventaja, beneficio o provecho, bien directo o reflejo, por lo que se pretende con su actuación evitar un perjuicio que se podía ocasionar como efecto de la sentencia estimatoria que llegaría a dictarse en el proceso respectivo o que pretende obtener a través de la materialización o conservación del objeto de la pretensión procesal³¹⁴.

Por todo lo dicho es que finalmente tenemos que expresar que el esquema anacrónico bajo el cual la ley Contenciosa Salvadoreña otorga tratamiento a las múltiples partes, se encuentra actualmente en crisis, ello en vista que el tratamiento de ley no es conciliable con los actuales principios que conforman un proceso constitucionalmente configurado y que por consiguiente provocan que la sentencia se pueda encontrar viciada de una manera insubsanable.

³¹⁴ Sentencia Interlocutoria dictado por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de fecha dos de diciembre de 2003, referencia 162-G-2003

10.INTERESES Y ACCIONES COLECTIVAS.

El concepto de los intereses legítimos, gracias en gran medida a la influencia del principio de protección jurisdiccional, ha evolucionado de manera tal que ha ampliado su extensión abarcando además de los tradicionales intereses individuales, otros que también son considerados dignos de protección, como lo son los de contenido colectivo. Así el interés colectivo es una variedad del interés legítimo³¹⁵, que se caracteriza por corresponder indiferenciadamente a una pluralidad más o menos determinada de personas, que lo hacen que se configure como el interés común de un grupo, estructurado o no estructurado³¹⁶.

El interés colectivo es pues, el concerniente a todas y cada uno de los componentes de una colectividad o categoría de sujetos, en perspectiva que corresponde a estos la defensa de intereses unificados, que bajo una misma entidad o un mismo grupo, reciben beneficios o perjuicios de las acciones incoadas para la defensa de intereses que serán diferencialmente homogéneos y unitarios. Los intereses colectivos, en esta perspectiva, quedan engarzados en la dinámica protectora de los denominados intereses grupales³¹⁷.

El reconocimiento producido en los últimos años por la doctrina y jurisprudencia sobre los intereses colectivos, se debe en gran medida a la influencia de los Estados Unidos de América, con las denominadas Class actions, donde el avance sobre la materia ha constituido una verdadera revolución, principalmente en lo que respecta al acceso a la justicia; esta situación ha traído como consecuencia inmediata, que los portadores de los mencionados intereses posean un derecho reaccional, es decir

³¹⁵ J. Acosta Estévez, Tutela Procesal de los Consumidores, Editorial Bosh, Barcelona, 1995, Pág. 34

³¹⁶ Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, Pág. 446

³¹⁷ Manrique Jiménez Meza, La legitimación Administrativa(Procedimiento administrativo y contencioso Administrativo), Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2000, Pág.440

legitimación para intervenir en procedimientos jurídicos donde se oiga la respectiva posición de la parte que representa dichos intereses.

En cuanto a este derecho reaccional resulta difícil la tarea de definir o dar un concepto de acción colectiva, ya que no bastaría decir que es aquella propuesta para la defensa de derechos colectivos, lo anterior en vista de que es posible la presentación de una acción en defensa de tales derechos bajo una estructura de acción individual; así las cosas, algunos consideran que ésta existe cuando un grupo de personas es cubierto por la cosa juzgada o cuando los efectos de la sentencia son amplios. Por otro lado, la verdadera naturaleza colectiva de la demanda depende no solamente de la legitimación activa y de la naturaleza de los derechos o intereses de los vinculados, sino también de la causa de pedir invocada y del tipo de proveimiento jurisdiccional postulado³¹⁸.

La acción colectiva será pues, la acción propuesta por un representante en la defensa de un derecho colectivamente considerado cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas.

En El Salvador entre las escasas referencias que la legislación realiza sobre los intereses colectivos, encontramos la legitimación que proporciona la Ley de Protección al Consumidor, cuya normativa nueva, del año dos mil cinco, señala que en lo relativo a sus instancias administrativas, se permite a consumidores determinados o determinables, vinculados con un proveedor por una relación contractual, intervenir para la tutela de sus derechos; entorno que ha traído efectos beneficiosos en lo que respecta al acceso de justicia, que sin embargo queda corta en otro tipo de materias, de los cuales solo existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

³¹⁸ Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinadores, La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e individuales Homogéneos Hacia un Código Modelo para Iberoamerica, Editorial Porrúa, México, 2003, Pág. 25

En el ordenamiento Salvadoreño en lo referente a la legitimación judicial en general, es la jurisprudencia la única que se ha pronunciado sobre el tema, aunque debe señalarse que lo ha hecho en muy contadas ocasiones, ya que no existen reiterados pronunciamientos al respecto, sin embargo la Sala de lo Constitucional señala que este tipo de legitimación implica, pues, el reconocimiento o habilitación que el ordenamiento lleva a cabo a favor de un sujeto para que pueda instar, en nombre propio, la tutela jurisdiccional de un interés que tiene por objeto un bien de disfrute supraindividual -común a una colectividad-, que no es ni un interés estrictamente individual, esto es, único y exclusivo, ni un interés general o público. Esta se sustenta en la afirmación de un interés legítimo propio por quien insta la tutela jurisdiccional³¹⁹.

En cuanto a la operatividad del interés colectivo como instrumento de legitimación procesal, sin duda cabe preguntarse quién en cada caso será el que representará dicho interés, para hacerlo valer en las diferentes instancias judiciales. Sobre este aspecto es posible que se le permita a cada uno de los sujetos representantes de este interés ejercerlos individualmente, o por el contrario la ley reconocerá a ciertas agrupaciones u organizaciones sociales la representación.

En legislaciones como la Española el ejercicio del interés colectivo corresponde a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico, existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se le atribuye por ley la representación institucional para la defensa de ese interés.

En el caso Salvadoreño la inexistencia de pronunciamiento legislativo de a quién corresponderá representar los intereses colectivos se diferirá consecuentemente al ejercicio individual de cada uno de los sujetos, ya que este silencio solo puede ser interpretado de esa manera.

³¹⁹ Sentencia dictada el nueve de marzo de dos mil uno por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de Amparo 630-2000.

Entre otros puntos debatidos encontramos la discusión relativa a que comúnmente suele cuestionarse si los términos interés difuso y colectivo pueden ser utilizados como sinónimos. La respuesta no es unánime, pues algunos autores utilizan ambos conceptos en forma indiferenciada. Ahora bien, en su mayoría la Doctrina de los expositores, ha querido separar y diferenciar los intereses colectivos propiamente dichos de los denominados difusos, no sin antes reconocer que ambos conforman modalidades de un mismo concepto, concluyéndose por ello que los últimos constituirán una especie de los primeros, tales como la protección al medio ambiente o protecciones a los consumidores.

La legitimación para los intereses difusos es parte de la realidad sociológica y jurídica de las sociedades actuales en amplio proceso de industrialización y masificación; de esta manera, la categoría de intereses difusos no se agota con la defensa de los intereses colectivos por sujetos organizados, pero tampoco contradice esta realidad. En los intereses difusos existe una coincidencia de los intereses colectivos menores con el interés general en cuanto interés totalizante y abarcador, con contenido de sustancia universal.

Los intereses colectivos se refieren a grupos limitados o circunscritos³²⁰ a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios (sindicatos, asociaciones profesionales, familiares, etc). Mientras que los difusos afectan al individuo como miembro de la sociedad, en donde no existe, un particular ligamen jurídico y por ello, se permite que cualquiera gestione para hacer valer una tutela general y preventiva, pues estamos en presencia de bienes no susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto o colectividad³²¹.

³²⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, El Acceso a la Justicia de los Intereses de Grupo, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2003, Pág. 219

³²¹ Gilberto Armijo, La tutela Constitucional del Interés Difuso, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, Costa Rica, 1999, Pág. 45 y sig.

Los interés difusos o confundidos son definidos como aquellos de un sujeto jurídico en cuanto compartido-expandido- o compartible-expandible- por una universalidad, grupo categoría, clase o género de los mismos, cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal³²².

Así, la caracterización principal de los derechos difusos radica en la situación de que nadie tiene el derecho de remediar el daño al interés colectivo, o bien el interés de cada quién para remediarlo es demasiado diminuto para inducirlo a emprender una acción³²³. Así los miembros del conglomerado que tienen interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación³²⁴.

También debe quedar claro la íntima relación de los diversos intereses descritos con la materia, necesitada de una efectiva regulación para su protección y defensa, que en general se constituye por intereses relacionados con la protección al consumidor, intereses relacionados con el medio ambiente o ecología en general y los relacionados con la defensa de valores histórico-culturales.

Finalmente, como consecuencia de los puntos abordados en este corto análisis concerniente a este tipo de acciones colectivas, se debe recalcar que el tema resultará de suma importancia en la vida política de un Estado, debido a que los mencionados intereses podrán influir determinante sobre las diferentes políticas públicas, que en definitiva ayudarán a concretar valores constitucionales, que de alguna forma fortalecen la idea del Estado de Derecho y democracia³²⁵.

³²² Lozano Higuero, La Protección Procesal de los Intereses Difusos, Madrid, 1993, Pág. 117 y 118

³²³ Mauro Cappelletti y Bryant Garth, El acceso a la justicia, La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, Pág. 22 y sig.

³²⁴ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, El Acceso a la Justicia de los Intereses de Grupo, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2003, Pág. 219

³²⁵ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 15

III. LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

Consideraciones Generales de la Pretensión Procesal

El acto fundamental de todo proceso es la pretensión³²⁶, este concepto esencial de derecho procesal constituye inequívocamente el objeto de todo proceso. La pretensión se configura como el reclamo que una parte formula frente a otra ante un órgano estatal independiente y supraordenado. La pretensión es como señala González Pérez una declaración de voluntad mediante la cual se solicita una actuación de un órgano judicial frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración³²⁷.

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández³²⁸ al tratar la pretensión añaden que estas son las peticiones concretas que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando del mismo una actuación en un sentido determinado, manifestando dichos autores que esta, fija límites concretos, condiciona su tramitación y resultado, al igual que delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador.

La importancia de la pretensión es innegable, ya que en torno a ella giran todas y cada una de las vicisitudes del proceso, desde la iniciación, instrucción, hasta el momento culminante de decisión³²⁹. La significación jurídica de la pretensión la proporciona la referencia que en ella se contiene del derecho, por sostener que lo reclamado coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

³²⁶ Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 215

³²⁷ Jesús González Pérez, La pretensión procesal Administrativa, Revista de Administración Pública, Número 12, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1953, Pág. 77 y sigs

³²⁸ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 627

³²⁹ Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, Pág. 402

No obstante la delimitación precisa que ha realizada la doctrina actual sobre este concepto, no siempre ha existido una definición axiomática sobre esta institución, históricamente ha existido una profunda confusión entre los conceptos de pretensión y otras figuras relacionadas, como lo son la Demanda y la Acción. Al respecto debemos señalar que indiscutiblemente pretensión y demanda no son sinónimas. Se ha dicho que mientras la pretensión es el “prius” lógico del proceso, el objeto del proceso, la demanda es, meramente, el acto de iniciación, su “prius” cronológico.

La demanda, por tanto, es el acto procesal escrito que inicia el proceso y en el cual se formulan las pretensiones. La demanda, contendrá por tanto las pretensiones esgrimidas por el actor³³⁰.

Por otro lado, el concepto de acción, nos enseña Couture³³¹, se refiera a algo distinto, acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, para acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. La acción según Couture, es el poder jurídico de hacer valer la pretensión; y ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada. El poder de accionar es un poder jurídico que posee todo individuo por lo que existirá aun cuando no se ejerza efectivamente.

En consecuencia, pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras es la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica³³².

La pretensión decimos es el objeto del proceso, y consiste en la materia sobre cual recaerá el complejo de elementos que al proceso integran; es el substrato, desligado

³³⁰ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág.123

³³¹ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 60

³³² Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 59

de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan, o sea como materia en que se perfila el contenido del proceso todo, prestándole una significación inequívoca en el mundo de la realidad al que la figura pertenece³³³.

La pretensión procesal como señala Guasp³³⁴, está compuesta por una serie de elementos que, con su reunión determinan el contenido sustancial de la figura. Las identidades denominadas Sujeto, Petitum y Causa petendi, constituyen lo que la doctrina procesal llama identidades procesales y su importancia radica en que mediante su ayuda, se determina cuándo nos encontramos ante dos acciones idénticas o ante acciones distintas, a efectos de decidir si existe o no cosa juzgada, litispendencia o también para fijar los límites del pronunciamiento judicial es decir que exista la debida congruencia en los pronunciamientos³³⁵.

Los elementos subjetivos son los titulares de la relación jurídica sustantiva, en cuyo favor se da la legitimación ad causam o habilidad para estar en juicio activa o pasivamente. Sin embargo la pretensión puede hacerse valer por un representante, el cual si satisface los requisitos del caso, es un sujeto formal, con habilidad para actuar en juicio.

El fin es el propósito que se persigue, el petitum, el cual si se trata de un proceso (obviamente de conocimiento), consiste en una declaración, una condena o una constitución; y si se versa un procedimiento de ejecución, consiste en una modificación de la realidad.

El objetivo del petitum es, a su vez, la materia de lo pedido: el derecho o la relación jurídica que se ha de declarar; lo que ha de condenarse ha dar, a hacer o no hacer;

³³³ Jaime Guasp, La pretensión procesal, Madrid, 1951, Pág. 44

³³⁴ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968, Pág. 224

³³⁵ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Arazadi, Pamplona, 2000, Pág. 135

el derecho o estado jurídico para constituirlo o resolver; o el bien o valor que ha ser afectado por la ejecución.

Finalmente el título o causa de la presentación es la forma o la relación jurídica sustantiva que consagra el derecho de pretensor, aunada a la situación fáctica que lo concreta. Con carácter general se puede decir que causa petendi es la razón o fundamento, jurídico amparado, en que el actor basa su concreta petición de tutela jurídica³³⁶. La causa petendi está configurada por el conjunto de hechos que delimitan la lesión antijurídica de la esfera sustancial del actor.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN.

La pretensión se ha dicho, es un acto de declaración de voluntad, declaración que se distinguirá de todas las demás que pueden existir en el mundo jurídico por su peculiar significado: la de ser una especie de petición fundada de un sujeto activo ante un órgano judicial, esto es que se resuelvan situaciones estrictamente de derecho. La pretensión no puede confundirse con una simple petición procesal, ya que no todas las peticiones constituyen auténticas pretensiones. Solamente lo serán aquellas declaraciones de voluntad que constituyan el fundamento objetivo del proceso.

La declaración o manifestación de voluntad del demandante, trata de perseguir un efecto jurídico a su favor; pero sin que esto signifique que éste pretenda someter a su voluntad al demandado, porque la sujeción de ésta obligación emanará de la sentencia, esto es, de la declaración del juez, en su calidad de representante del Estado.³³⁷

³³⁶ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Arazadi, Pamplona, 2000, Pág. 137

³³⁷ Lino Enrique Palacio, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1970, Pág. 319 y sigs

La pretensión comprende por tanto el objeto del litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) y la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición. Si cambian aquellos, la pretensión varía necesariamente, lo es fundamental para la determinación del cosa juzgada, congruencia y litis pendencia.

LA PRETENSION PROCESAL ADMINISTRATIVA.

Consecuentemente y según lo expuesto la pretensión procesal administrativa es la declaración de voluntad mediante la cual se solicita a un órgano judicial una actuación frente a la Administración Pública³³⁸.

Como resultado, tenemos, que la pretensión procesal administrativa surge casi sin excepción, cuando estamos en presencia de una Administración Pública; no obstante, excepcionalmente, en algunas oportunidades este recaudo no es suficiente para sostener dicha postura, ello debido a que es posible por parte de los ciudadanos promover pretensiones contra diversas administraciones pero sujetas al derecho privado sujetándose por tanto a los tribunales ordinarios y comunes.

Puede suceder, igualmente, que la Administración sea la que formule la pretensión con relación a un particular como sucede en los procesos de lesividad³³⁹, por lo que esta situación puede también variar. Debe advertirse, sin embargo que la pretensión procesal Administrativa normalmente es ejercida frente a la Administración Pública, y en adición se refiere a actos administrativos, cuya nulidad, reforma o sustitución se requiera. En este sentido la pretensión procesal Administrativa busca la anulación de los actos administrativos, así como el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas que fueron desconocidas por el acto que se intenta impugnar.

³³⁸ Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 215

³³⁹ Vicente Escuin y Palop, El Recurso Contencioso Administrativo de Lesividad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, Pág. 16

La procedencia de Contencioso administrativo tiene según nuestra legislación un carácter revisor de la legalidad de los actos de la Administración Pública y parte del supuesto de que el objeto de la infracción al ordenamiento jurídico deriva exclusivamente de un acto administrativo. La característica fundamental de la pretensión contencioso administrativo en El Salvador será por esto su deducción en relación con un acto administrativo sujeto al derecho Administrativo.

DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD IMPUGNABLE, OBJETO DE PRETENSION ADMINISTRATIVA.

Con el propósito de evitar procesos inútiles, el ordenamiento procesal se ha organizado para admitir exclusivamente pretensiones y examinar únicamente cuestiones, cuando existan actos que justifiquen la puesta en marcha de la maquinaria judicial, en miras de la obtención de una futura decisión de fondo. Se habla, en este sentido de actividad impugnabile.

La delimitación de la actividad impugnabile en el Contencioso Administrativo se resume en El Salvador a actos administrativos. Este criterio es resultado de la interpretación ortodoxa del Art. 2 de nuestra ley procesal administrativa que reza que: "Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública"; entendiendo que estos actos serán actos administrativos stricto sensu.

El concepto de acto administrativo que origina la contienda procesal, de conformidad al criterio respaldado por nuestra Ley, debe tomarse entonces en su sentido material, consultando exclusivamente los efectos de derecho que de él derivan, circunscritos a personas determinadas, sin consultar y tener en cuenta el autor del acto³⁴⁰.-

³⁴⁰ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 53 y sigs

El concepto material del acto administrativo se conforma e integra con los actos subjetivos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas; asimismo con los actos condición, que hacen posible la aplicación de un estatuto jurídico legal a personas determinadas³⁴¹.- El autor de los actos puede ser, desde esa perspectiva, cualquier Órgano Estatal sea de Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial o de Entes descentralizados, porque el único elemento que califica al acto de administrativo son sus efectos limitados a personas determinadas³⁴².-

Desde esta lógica se encuentran afuera del concepto de acto administrativo, y en consecuencia, no pueden ser impugnados en la jurisdicción contenciosa administrativa los reglamentos, que desde el punto de vista material, son actos regla o legislativos, que tienen la virtud de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales³⁴³.- Lo anterior se encuentra en franca oposición con la mayoría de las legislaciones procesales administrativas, que posibilitan el ataque jurisdiccional directo a los reglamentos y los fallos de los Tribunales que los deciden tienen alcance general³⁴⁴.-

La postura doctrinal que compartimos tiene sus cimientos en que únicamente los actos de la Administración Pública poseen la autoridad formal, o en otras palabras valen, como actos administrativos³⁴⁵.-

En efecto, los actos del Poder Legislativo no se someten a la legalidad sino a la Constitucionalidad y sus actos no pueden ser revisados en la sede contenciosa administrativa, por su valor formal de Ley especial.- Tal vez lo relativo al servicio civil y alguna que otra cuestión olvidada podrían contarse entre las excepciones.-

³⁴¹ Leon Duguit, Manual de Derecho Constitucional, Editor Francisco Beltran Principe, Madrid, 1926, Pág. 97

³⁴² Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 53 y sigs

³⁴³ Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, Pág. 169

³⁴⁴ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 53 y sigs

³⁴⁵ Leon Duguit, Manual de Derecho Constitucional, Editor Francisco Beltran Principe, Madrid, 1926, Pág. 97

Lo propio sucede con el Órgano Judicial, sus resoluciones, aún cuando se limitan a personas determinadas y se someten al principio de legalidad, no conocen de sus controversias los Tribunales Administrativos, porque ellos dan origen a procesos de naturaleza civil, mercantil o de otra índole.- Las resoluciones apuntadas corresponden principalmente al ejercicio de la jurisdicción voluntaria, materia rechazada por procesalistas y administrativistas.-

Por nuestra parte creemos que en nuestro sistema ya no debe ser admisible la posición doctrinal que ve al acto administrativo y su discusión sobre su legalidad como el único objeto del proceso, el control debe de extenderse a toda la actividad de la Administración; en este sentido la enmienda que proponemos trastornaría el sistema que dio lugar a la Ley vigente y ampliaría dramáticamente la tutela frente al Estado.

En base a lo anterior, debe entenderse que el principio democrático, exige un control universal y plenario de la función o conducta administrativa que comprenda todas sus formas de manifestación (actividad formal, actuaciones materiales y omisiones formales y materiales) y la relación jurídico-administrativa, puesto que, de esta manera se favorece a la legitimación democrática de los poderes constituidos, por cuanto, todas sus conductas o actuaciones están sujetas al control de legalidad ejercido por los ciudadanos a través de la justicia administrativa³⁴⁶. En este sentido toda reforma debe pretender establecer un control universal y plenario de la función administrativa que no deje reductos o ámbitos exentos³⁴⁷.

³⁴⁶ Eduardo García de Enterría, Democracia, Jueces y control de la Administración, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005, Pág. 47-174

³⁴⁷ Eduardo García de Enterría, Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud de jurisdicción ¿Un cambio de paradigma? Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007

ACTIVIDAD IMPUGNABLE

ACTOS IMPUGNABLES

El acto administrativo en el más restringido y concreto de sus aspectos, es el acto jurídico hecho por un órgano del Estado, en manifestación de voluntad creadora de una situación de derecho subjetivo³⁴⁸. No obstante según el concepto clásico de Zanobini³⁴⁹, el acto administrativo puede ser además de una manifestación de voluntad, una manifestación de deseo, conocimiento o de juicio. Así, los de voluntad son los que formulan la declaración que concluye con un procedimiento determinado; por el contrario, los de deseo (como las propuestas), de conocimiento (como los registros o el levantamiento de actas) o de juicio (como los dictámenes), no constituyen una manifestación final del procedimiento de la Administración.

Observamos, que solamente los que constituyen una manifestación de la voluntad son susceptibles de impugnación, debido a que en los demás actos de la Administración no se expresa voluntad, es decir, no se manifiesta la voluntad de engendrar consecuencias jurídicas con respecto de los ciudadanos, puesto que los órganos emisores, simplemente se limitan a producirlos sin pretender crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas³⁵⁰.

En este sentido, si bien es cierto desde el aspecto general de la teoría del acto administrativo tiene relevancia esta ampliación del concepto de acto administrativo, desde el punto de vista meramente procesal la tiene muy relativa. Pues en principio, serán actos impugnables únicamente los definitivos, debido a que serán estos los

³⁴⁸ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de Julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág.680

³⁴⁹ Guido Zanobini, Corso di Diritto Administrativo, Milan, 1947, Pág 186

³⁵⁰ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Colección de Cuadernos Jurídicos, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 80

que contienen verdaderas declaraciones o manifestaciones de voluntad, quedando afuera así todas las demás³⁵¹.

Dejando claro que para la tramitación y existencia del contencioso Administrativo es necesaria la presencia de un acto administrativo de voluntad, resulta asimismo necesario para su impugnación que el acto se encuentre fuera de los supuestos contenidos en el Art. 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De esta manera, el demandante, previo acudir a la vía jurisdiccional debe necesariamente agotar todos los recursos en el tiempo y en la forma que prescribe la ley. Por ello, cuando la Administración Pública concluye un procedimiento administrativo, pronuncia un acto denominado definitivo, que es aquel que contiene la decisión final de la Administración poniéndole fin al trámite³⁵². Sin embargo según el Art. 7 Literal de nuestra Ley Contenciosa Administrativa, para que un acto definitivo pueda ser llevado al conocimiento de esta Jurisdicción, se requiere que no sea susceptible de un ulterior recurso en vía administrativa. La ley en el artículo mencionado, establece expresamente que no se admite la acción contencioso administrativa respecto de los actos consentidos expresamente, y aquellos en que no se haya agotado la vía administrativa. Se entiende que el agotamiento de la vía administrativa se produce cuando se utilizan en tiempo y en forma los recursos establecido por la ley.

De esta forma, el agotamiento de la vía administrativa se constituye en un presupuesto procesal para poder accionar la maquinaria jurisdiccional; así como un privilegio otorgado a la administración pública. El fundamento o exigencia de este presupuesto procesal busca evitar litigios estériles, innecesarios o inútiles, en vista

³⁵¹ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo(Ley 29/1998 de 13 de Julio), Madrid, 2003, Pág. 680

³⁵² Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 346

que la administración puede revocar o anular sus propios actos a petición del administrado, evitándose así un proceso judicial.³⁵³

Doctrinariamente la exigencia de agotar la vía administrativa tiene ventajas desde tres puntos de vista: En primer lugar como dijimos es una protección para la Administración Pública, para que no sea demandada sin que antes ella haya conocido la pretensión o problema litigioso. En segundo lugar representa una ventaja para el Administrado, por cuanto le impide hacer juicios innecesarios sobre problemas que talvez no existen, o bien que la administración pública podría satisfacerle directamente. Finalmente este procedimiento le facilita al juez el contenido de la decisión administrativa ya que con el acto previo se establecen, en algunos casos los alcances, la delimitación, la interpretación y el objeto del proceso contencioso Administrativo³⁵⁴.

Ciertamente, existen casos de excepción donde el agotamiento no resulta necesario como es el caso de las nulidades de pleno de Derecho y en ciertos casos con actos de trámite. Sobre los primeros, la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia abordan el tema de las nulidades ó invalidez de los actos de la Administración, distinguiendo las nulidades absolutas ó radicales, llamadas también de pleno derecho de las nulidades relativas, asignándole a cada una de ellas efectos y características peculiares y especiales.

En el Derecho Administrativo si bien las nulidades responden a la teoría general del derecho³⁵⁵, éstas se diferencian de las de derecho privado, en razón del tipo de actos a los que se les aplica.

³⁵³ Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo en Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 735

³⁵⁴ Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo en Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 736

³⁵⁵ Manuel Rebollo Puig, La nulidad en Derecho Administrativo(Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo Español a propósito de la nulidad de los derecho fundamentales, Revista Justicia Administrativa, Numero 44, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999,Pág. 7

Las nulidades absolutas o de pleno derecho disponen de las características siguientes:

- a) La declaración de nulidad tiene efectos erga omnes de naturaleza retroactiva y comporta una eliminación radical del acto, llevada hasta el extremo de considerar que ni siquiera llegó a existir. Por una ficción la declaratoria de nulidad hace desaparecer todas las secuelas que se hubiesen derivado del acto³⁵⁶;
- b) Los vicios que las provocan son de carácter insubsanable, que no pueden enmendarse o convalidarse mediante una actuación administrativa posterior, ni por el consentimiento del afectado³⁵⁷;
- c) El vicio es de orden público y puede ser apreciado de oficio por el Órgano Administrativo que lo emitió o por el Juez en cualquier tiempo y en consecuencia puede revocarlo.
- d) El vicio tiene la calidad de imprescriptible. Esto significa que la nulidad de pleno derecho puede ser reclamada por el afectado en cualquier tiempo³⁵⁸;

De los atributos expuestos éste último nos interesa en mayor medida. En el centraremos nuestra atención.

Don Fernando Garrido Falla, Profesor Emérito de la Universidad Complutense y Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional Español, expone afirmando que: La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular, aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber

³⁵⁶ Tomas Ramon Fernandez Rodriguez, Los vicios de orden publico y la teoria de las nulidades en el Derecho Administrativo, Revista de Administracion Publica, Numero 56, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1968, Pag. 54

³⁵⁷ Tomas Ramon Fernandez Rodriguez, Orden Publico y Nulidad de Pleno Derecho, Revista de Administracion Publica, Numero 56, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1969, Pag. 72

³⁵⁸ Manuel Rebollo Puig, La nulidad en Derecho Administrativo(Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo Español a propósito de la nulidad de los derecho fundamentales, Revista Justicia Administrativa, Numero 44, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999,Pág. 22

transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado; y por la Administración, desconociendo las situaciones jurídicas creadas al amparo de dicho acto e incluso revocándolo, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad, aunque de él se hayan derivado derechos a favor de tercero. Aquí tiene plena aplicación el viejo principio «*quod ad initium vitiosum est tractu tempore convalesceré non potest*». Por eso, y en relación con estos actos, no cabe oponer en vía contencioso-administrativa la excepción del acto confirmatorio (Sentencias de la Sala 5ª del TS de 4 y 16 de junio de 1969). En cambio, la anulabilidad sólo puede hacerse valer dentro de los plazos señalados, que para los particulares legitimados serán los plazos previstos para el recurso de alzada (art. 115 de la Ley 30/1992) o, en caso de que el acto agote la vía administrativa, los plazos previstos para la interposición del recurso contencioso-administrativo (arts. 46, 78.23 y 115.1 de la Ley Jurisdiccional)³⁵⁹.

Lo anterior ha sido reconocido por nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo, específicamente en los procesos 8-K-2000, 87-V-2002 y 88-V-2002 expresándose lo siguiente: “Tal como se ha establecido, los actos nulos de pleno derecho regulados en el Art. 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo son una expresión de los actos nulos a que se refiere el Art. 164 de la Constitución. Los actos regulados en este artículo son actos de naturaleza Administrativa, los cuales se desvían del ejercicio de una potestad administrativa y, consecuentemente, vulneran la Constitución.” en el mismo sentido la Sala expresa que “Es claro que la excepción planteada en el inciso transcrito, se contrae a relevar a quien intenta acción contenciosa a la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa y los supuestos de inadmisión previsto en el citado art. 7.”

Por otro lado, en cuanto a actos de trámite respecta, se entiende que estos son los que se emiten para darle curso al procedimiento administrativo, identificándose como

³⁵⁹Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 583

providencias dentro del procedimiento³⁶⁰. En efecto, la naturaleza propia del acto administrativo, surge del resultado de un iter o procedimiento a través del cual se engarzan actuaciones diversas de la Administración³⁶¹.

La regla general es que los actos de trámite no sean susceptibles de impugnación, pero por excepción, se admite que puedan impugnarse cuando decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a la vía administrativa o hagan imposible o suspendan su continuación.

Es de aclarar que en El Salvador, no existe una normativa expresa que permita la impugnación de actos de trámite, por lo que ha sido tarea de la Sala de lo Contencioso Administrativo, crear los criterios jurisprudenciales que la fundamenten. Los criterios apuntados los encontramos en las Sentencias marcadas con las referencias: 14-L-94 del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y seis, 26-L-97 del treinta de abril de mil novecientos noventa y ocho, 45-B-95 del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco y 15 L-94 del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete.

En concreto en las sentencias apuntas, la Sala de lo Contencioso afirma: “Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no hace alusión expresa a la posibilidad de impugnar actos de trámite, este Tribunal ha sostenido la posibilidad de impugnar actos de trámite asimilables a definitivos que ponen fin al procedimiento o hacen imposible su continuación. Tal postura ha sido congruente con la doctrina de los expositores del Derecho Administrativo, a fin de no excluir del control judicial actos que sin ser definitivos, tienen un carácter especial que posibilita la impugnación. Esta Sala ha entendido por acto definitivo: “el acto que resuelve del fondo del asunto o pone fin al procedimiento, que causa estado en sede

³⁶⁰ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 15

³⁶¹ José Luis Villar Ezcurra, Actos Administrativos de Trámite, Revista de Administración Pública, Numero 86, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág. 336.

administrativa, quedándole al interesado expedito su derecho de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Son impugnables también los actos administrativos denominado actos de trámite asimilables a definitivos. En términos generales: “son los que sin resolver el fondo del asunto planteado, ponen fin al procedimiento administrativo, o hacen imposible su continuación.” El tratadista Jesús González Pérez en su obra: “Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano”, plantea que la recurribilidad de una resolución está directamente relacionada con el carácter o fuerza que ésta proyecte en el procedimiento administrativo, por lo cual considera impugnables por separado los actos definitivo o de trámite que: “decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo, que ponga término a la vía administrativa o haga imposible su continuación”. En el mismo orden de ideas otros autores sostienen que los actos de trámite son recurribles de forma autónoma por excepción, cuando: “bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación...” contando que el resto de los actos de trámite no son impugnables separadamente, y “habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas la irregularidades o vicios.”

Agotadas las anteriores excepciones, recalcamos que la regla general en nuestro medio es la del agotamiento de vía administrativa, por lo que no debemos de desatender esta tranca o cerrojo que la legislación dispone y que en ciertos casos evita el acceso a la justicia administrativa³⁶².

Ahondando un poco en el requisito de la causación de estado como requisito ineludible de la admisibilidad de la pretensión, debe decirse que este ha sido de aceptación casi unánime en el Derecho Comparado y tradicionalmente han sido

³⁶² Jesús González Pérez, Los obstáculos del acceso a la Justicia Administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 83, Editorial Civitas, Madrid, 1994, Pág. 363 y 364.

escasas las críticas levantadas, pero en la actualidad los susurros de antes por su erradicación han pasado a formar un coro de gritos.

Héctor Fix-Zamudio³⁶³ en su obra **“Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano”**, sostiene que asistimos a una erosión paulatina del principio de definitividad, para luego agregar: “Ya se está llegando al principio opuesto o sea el de la opción de los propios recursos precisamente por su ineficacia real.”

En la República Mexicana, tratadistas, entre los cuales se encuentra nuestro conocido Humberto Briceño Sierra y Héctor Fix Zamudio, propugnan la potabilidad que debe tener el afectado de agotar los recursos administrativos. Los argumentos que se esgrimen se resumen a lo siguiente: “La supresión del agotamiento obligatorio de los recursos ante las autoridades administrativas, ya que en la mayoría de los casos complican, entorpecen o retardan inútilmente la defensa de los particulares, todo ello no sólo con apoyo en la doctrina, sino especialmente en obvias razones de equidad y celeridad en la gestión y conclusión de los negocios administrativos.”

El retraso inmoderado e indefinidamente prolongado a través de los años, sin que el administrado pueda razonablemente tener expectativas fundadas de que la legalidad terminará por prevalecer, aconsejan y recomiendan la eliminación del agotamiento de los recursos administrativos, previo a la iniciación del proceso administrativo³⁶⁴. Debe también enfatizarse que encontrándose estructurados jerárquicamente los órganos de la administración pública, y disponiendo los funcionarios superiores de la potestad de mando respecto de los funcionarios inferiores, los que tiene a su vez el correlativo deber de obediencia, los Funcionarios del Poder Ejecutivo no gocen de independencia y actúen con criterios uniformes, que evitan un cambio criterio.-

³⁶³ Héctor Fix Zamudio, *Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano*, El Colegio Nacional, México, 1983, Pág. 48

³⁶⁴ José Luis Rivero Isern, *Vía administrativa de recurso y justicia administrativa*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 381

Las desventuras e infortunios de los administrados son magnificados en El Salvador, por la circunstancia de que carecemos de una Ley de Procedimientos Administrativos, ya que, en cuanto al silencio únicamente se le brindan efectos de derecho en relación a los Funcionarios que deben emitir el acto que causa estado.

En Francia las exigencias de la utilización de los recursos administrativos no se conocen. Basta lo que los autores conocen como decisión previa, la que determina el carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Con todo, si bien es cierto que a mi juicio la erradicación del agotamiento de los recursos sería lo más conveniente, autores como Antonio Nabal Recio proponen que la solución podría consistir en hacer la carga lo más liviana, de suerte que sólo fuera necesaria la presentación de los recursos administrativos y que el mismo día, sin esperar resoluciones expresas, tacitas o presuntas, pudiera ya acudirse a la vía judicial, y la Administración podría después tomar la decisión que le pareciere más oportuna³⁶⁵.

Finalmente otro problema vigente en El Salvador, son las de miles de leyes vigentes que contienen cada una regulaciones sobre recursos administrativos específicos, con tramites y plazos diferenciados. Consideramos que bastaría un solo tipo de recurso administrativo, con un procedimiento simple desprovisto de formalidades, como las que a veces revisten los procesos o juicios ante los tribunales, para lograr un verdadero instrumento eficaz a los fines apuntados³⁶⁶.

Se busca, en definitiva, una simplificación administrativa, otorgando facilidad a las gestiones gubernamentales, a fin de disminuir lo obeso del sistema administrativo³⁶⁷. Lo anterior en vista que hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

³⁶⁵ Antonio Nabal Recio, Reflexiones para un sistema de lo Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 94, Editorial Civitas, Madrid, 1997, Pág. 243

³⁶⁶ Alfonso Nava Negrete, Recursos administrativos, Justicia administrativa, Editorial Trillas, México, 1988, Pág. 43

³⁶⁷ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 77

expresado, que los recursos administrativos, pueden convertirse en una formalidad que carece de sentido³⁶⁸.

ACTOS NO IMPUGNABLES

a) ACTOS CONSENTIDOS

Los llamados actos consentidos son actos que, al margen de que hayan o no causado estado, se consideran indiscutibles de la voluntad de un órgano administrativo porque su recurribilidad resulta vetada por el transcurso de los plazos establecidos para su impugnación sin que la persona legitimada para ello haya interpuesto el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional³⁶⁹.

Tal como he tratado de dejar claro, según lo dispone nuestra ley el **acto definitivo** o, en los supuestos indicados, el **de trámite** que no sean recurridos en el tiempo y forma³⁷⁰, se convierten en actos firmes por presumirse el consentimiento del administrado, situación que provoca su inimpugnanabilidad por estar estos consentidos tácitamente³⁷¹.

El concepto de firmeza administrativa es equivalente al que se utiliza para designar a las sentencias judiciales que, por no haber sido impugnadas en tiempo y en forma, devienen igualmente firmes y no son ya susceptibles de recurso³⁷².

Pero este consentimiento no solo puede ser tácito, puede también ser expreso, en este sentido, por acto "**consentido expresamente**", el administrado manifieste su

³⁶⁸ Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Velásquez Rodríguez.

³⁶⁹ José Ramón Parada, Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, Pág. 105

³⁷⁰ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 752

³⁷¹ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Colección de Cuadernos Jurídicos, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 86

³⁷² José Ramón Parada, Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, Pág. 105

plena conformidad con el acto que se le notifica. Este consentimiento expreso, entonces, no se presume, es decir, no puede deducirse de frases más o menos claras, insinuadoras de una actitud subjetiva de falta de plena conformidad³⁷³.

El acto “consentido expresamente”, por tanto, se puede dar en los siguientes casos: cuando se cumple por el administrado; cuando se interpone el recurso respectivo y posteriormente se presenta el desistimiento.

En conclusión, para que adquiera el carácter de firme por haber sido “consentido expresamente”, es preciso que el acto definitivo o, en los supuestos indicados, el de trámite, haya sido notificado y el administrado hubiere manifestado expresamente su conformidad plena con lo dispuesto en el acto.

b) ACTOS CONFIRMATORIOS

Los **actos confirmatorios de actos firmes** son los que se emiten para confirmar un acto firme, como cuando se deniega una petición porque lo solicitado ya fue denegado al mismo peticionario o concedido parcialmente en un acto firme anterior, o cuando no se admite un recurso porque se ha interpuesto fuera de los plazos establecidos en la Ley para ello.

Los **actos que son reproducción de actos anteriores ya firmes**, son los que se producen cuando el órgano se pronuncia por segunda vez en el mismo sentido sobre una cuestión ya resuelta anteriormente por el mismo órgano³⁷⁴.

³⁷³ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Colección de Cuadernos Jurídicos, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 87

³⁷⁴ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 754

El fundamento de estos actos se encuentra en lo siguiente: evitar que se conozcan peticiones que ya fueron resueltas mediante un acto definitivo por el órgano ante el cual se presentan³⁷⁵.

La Doctrina al pronunciarse al respecto ha indicado que admitir que una persona pueda revivir posteriormente estas cuestiones, provocando un nuevo acto, en esencia igual al anterior, equivaldría a sembrar la base para una inseguridad jurídico-administrativa, en pleno desacuerdo con el orden necesario a toda organización social.

Si el fundamento de estos actos es evitar que se reviva una cuestión ya decidida en acto definitivo por el mismo órgano, lógico es, entonces, que entre el acto firme y el acto que es confirmatorio de éste o que es su reproducción, debe haber una perfecta *identidad*.- El acto posterior debe limitarse, efectivamente, a confirmar o reproducir el acto firme, es decir, deben ser idénticos. Sólo así se justifica la inimpugnabilidad del acto posterior que simplemente confirma o reproduce el acto firme³⁷⁶.

La justificación de la inimpugnabilidad de ambos actos, por tanto, se encuentra en la perfecta identidad que se da entre el acto firme y el acto posterior, ya que éste se limita a confirmar o reproducir el primero.

El acto confirmatorio no debe recoger en definitiva ninguna novedad –nihil noven- respecto del anterior, del que constituye una mera reproducción o simplemente su formal confirmación³⁷⁷.

³⁷⁵ Alejandro Huergo Lora, Irrecorribilidad de los actos confirmatorios y reproductorios y prescripción de derechos, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 104, Editorial Civitas, Madrid, 1999, Pág. 552.

³⁷⁶ Edmundo Orellana, Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Colección de Cuadernos Jurídicos, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 89

³⁷⁷ José Ramón Parada, Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, Pág. 106

En el acto que es reproducción del acto firme, no exige la reproducción literal de éste, aunque podría darse tal reproducción.- En todo caso, lo importante es que se produzca una igualdad en “*esencia*”, es decir, en lo que el acto contiene.

La *identidad* del acto con el acto firme, debe ser en lo siguiente: en los sujetos, en lo que se pide y en los motivos o causa. 1) En primer término que exista identidad en los sujetos, significa que debe ser la misma persona, tanto en el acto firme como en el posterior que lo confirma o reproduce, la peticionaría o el recurrente; 2) La identidad en lo que se pide, significa que tanto en el acto firme como en el posterior, lo pedido sea exactamente lo mismo y; 3) Ambos actos, tanto el firme como el posterior que lo confirma o reproduce, deben sustentarse en los mismos hechos, antecedentes y derecho aplicable³⁷⁸.

ACTOS OBJETO DE LA PRETENSIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad, nace como un presupuesto básico del Estado de Derecho y constituye el fruto de la sumisión del Estado a la ley. Es en suma, la consagración de la idea que la Administración Pública sólo puede ser ejercida de conformidad a la ley y que, por consiguiente, la actividad administrativa es una actividad sublegal, infralegal, consistente en la expedición de comandos complementarios a la ley³⁷⁹.

Como ha puesto de relieve André de Laubadère³⁸⁰, las autoridades administrativas están obligadas en todas sus actividades a ceñirse expresamente al texto de las leyes o, más exactamente, a la legalidad. Noción que comprenderá algo más de lo

³⁷⁸ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 754 y sigs

³⁷⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 2006, México, Pág. 66

³⁸⁰ André de Laubadère, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogota, 1984, Pág. 75

que se debe entender por ley en *stricto sensu*, es decir comprenderá toda fuente de derecho que forme parte del ordenamiento jurídico³⁸¹.

La soberanía entonces es ejercida por la ley en sentido amplio, es decir todo el ordenamiento jurídico, no se trata de la ley formal, aquella producida por el Poder Legislativo, sino por el entero ordenamiento jurídico³⁸². Es más propio por tanto hablar de un Bloque de legalidad como le llamo Hauriou o de un principio de juridicidad como le denomino Merkel³⁸³, ya que la sumisión del Estado atañe a toda norma jurídica escrita y no escrita³⁸⁴.

La tesis del Estado sujeto al imperio de la ley, tanto en sentido formal (norma emanada del Poder Legislativo) como en sentido material (norma jurídica propia del entero ordenamiento jurídico, independiente de su rango) implica, parte del triunfo de la burguesía en la Revolución Francesa de 1789. El derecho Administrativo surge precisamente de las concepciones jurídicas de la ideología burguesa, constituyendo una de sus principales premisas el principio bajo el cual ya no era el Rey, el soberano, la fuente del poder, sino la voluntad general del pueblo que en base al principio democrático se manifiesta en la ley³⁸⁵.

En este sentido, el principio de legalidad según el Brasileño Celso Antonio Bandeira de Mello, se traduce jurídicamente a un propósito político: el de someter a quienes ejercen el poder en concreto- el administrativo- a un cuadro normativo que impida favoritismos, persecuciones o desmanes. Se pretende a través de la norma general, abstracta y, por eso mismo, impersonal, la ley promulgada por el Poder Legislativo- que es el colegio representativo de todas las tendencias (inclusive las minoritarias)

³⁸¹ Juan José Galeano, El Principio de Juricidad, Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 25

³⁸² Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid 2003, Pág. 55

³⁸³ Adolfo Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, México, 1980, Pág. 212

³⁸⁴ Bartolome A. Fiorini, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, Pág. 42

³⁸⁵ Jorge Enrique Romero Pérez, Derecho Administrativo Ensayos, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1985, Pág. 15

del cuerpo social-, garantizar que la actuación del Ejecutivo no sea nada más que la concretización de esta voluntad general³⁸⁶.

Se concluye que el Ejecutivo no es un órgano de representación y no está por encima sino rigurosamente sujeto a la legalidad, de la que debe ser fiel ejecutor. Por eso, y como intérprete de la ley, no tiene asignado un plus de legitimidad que le coloque en posición supreordenada frente a un momento de control como el judicial, que es control de legalidad³⁸⁷.

El principio de legalidad es por tanto, esencial para la existencia y fortalecimiento del Estado de Derecho. La ley, y principalmente, la noción de Ordenamiento jurídico, cumple el rol vital de constituirse en un freno ante las arbitrariedades del Estado; constituye una limitación al poder.

El principio de legalidad se erige como el antídoto natural contra el poder monocrático u oligárquico, pues tiene raíz en la idea de la soberanía popular, de la exaltación de la ciudadanía. Por esto se dice, de conformidad con la máxima proveniente del derecho inglés, que el Estado de Derecho anhela el gobierno de la leyes, y no el de los hombres; impera el *rule of law, not by men*.

Este principio de aplicación en El Salvador constituye la base del derecho administrativo, y de la jurisdicción contencioso administrativo, instaurándose esta última como su principal custodio, buscando poner a disposición de los ciudadanos los medios para ejercer el control de la Administración en la observancia de la ley³⁸⁸.

En El Salvador su nacimiento surge con la Constitución de 1841 donde por primera vez hace su aparición, concretamente en el Art. 67 donde se estatúa que: Todo

³⁸⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 66

³⁸⁷ Perfecto Andrés Ibáñez, Contra las inmunidades de poder: una lucha que debe continuar, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 93, Editorial Civitas, Madrid, 1997, Pág. 8

³⁸⁸ André de Laubadère, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogota, 1984, Pág. 75

poder emana del pueblo: los funcionarios públicos son sus delegados y agentes y no tienen otras facultades que las que expresamente les da la ley. Por ella ordenan, juzgan y gobiernan; por ella se le debe obediencia y respeto: y conforme a ella deben dar cuenta de sus operaciones”.

Este principio de legalidad es recogido por posteriores constituciones del Salvador conservando hasta la fecha, prácticamente la misma redacción. No obstante en la actual Constitución que se encuentra vigente existen varios preceptos que disponen la vigencia de este fundamental principio.

En Primer lugar se encuentra el Art. 86 que toma de antecedente las anteriores Constituciones y estatuye que “El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y la Leyes. Las atribuciones de los órganos de Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.

Continúa el tercer inciso diciendo: “Los funcionarios públicos son delegados del pueblo y no tienen más facultades de las que expresamente les da la ley.”

En complemento del mencionado Art. 86, la Constitución de la República preceptúa dos normas complementarias a dicho artículo, que respectivamente en los Arts. 164 y 168 inciso 1 invocan lo siguiente: “Todos los decretos, acuerdos, ordenes y providencias y resoluciones que los funcionarios del órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, será nulos y no deberá ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa”, por otro lado se establece asimismo que dentro de las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República se encuentra la de “Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y demás disposiciones legales.”

De lo dicho, se entiende que en el Estado de Derecho la administración sólo puede actuar en obediencia a la ley, apoyada en ella y teniendo en vista el fiel cumplimiento de las finalidades señaladas en el ordenamiento normativo.

En este sentido, la relación que vincula a la administración a la ley es más estricta que la existente entre la ley y el comportamiento de los ciudadanos.

En efecto, mientras en la actividad privada se puede hacer todo lo que no está prohibido, en la actividad administrativa sólo se podrá actuar en todo lo que esta permitido. En otras palabras, no basta la simple relación de aceptación. Vale decir, para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Será necesario que toda actuación sea con base en alguna norma permisiva que le sirva de pilar.

Consecuencia de lo dicho, la violación al Principio de legalidad resultarán no solo de contrariar una norma jurídica, sino asimismo su infracción brotará de cualquier actuación de las Administraciones Públicas sin la respectiva habilitación legal, por lo que como bien lo expone Don Agustín Gordillo debe existir una predeterminación legal de las actuaciones del Estado, sin la cual su accionar desemboca en arbitrario e ilegal. En este sentido si el ordenamiento no autoriza determinada actuación, se entiende que la actuación es tan ilegal como contrariar o inobservar normas preestablecidas para el caso específico³⁸⁹.

Eduardo García de Enterría expone de manera magistral el punto de vista señalado, al desarrollar la teoría de la vinculación positiva o positive Bindung, que establece que la ley no operará como un límite externo a una básica libertad de determinación por parte de la Administración, sino por el contrario cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que

³⁸⁹Margarita Beladiez Rojo, La Vinculación de la Administración al Derecho, Revista de Administración Publica, Numero 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 317

admira semejante acción. Si la acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado y por lo tanto no puede ser considerada una acción legal³⁹⁰.

En un Estado de Derecho, la obediencia y sumisión de la administración a la ley y al derecho, constituirá el marco necesario dentro del cual toda decisión debe producirse; y será garantizada por la existencia de la justicia administrativa.

El conocimiento y decisión de las controversias, de los conflictos o de las causas administrativas, es delegada a un tipo especial de proceso denominado “administrativo” o “contencioso administrativo”; e implica el ejercicio de la función judicial para el examen de las pretensiones administrativas.

El control jurisdiccional de la actuación administrativa se sujeta como hemos dicho a la juricidad, por lo que a los tribunales se les encomienda control de la conducta administrativa, dentro del margen de la legalidad, nada menos, pero nada más. El principio de legalidad presupone que toda violación formal o material a la legalidad sea rectificada por la administración o resulte al menos susceptible de ser impugnada ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional.

El control jurisdiccional de la administración está íntimamente ligado al principio de legalidad, pilar básico del Estado de Derecho, pues la jurisdicción contencioso-administrativa tiene como objeto primario el control de la legalidad³⁹¹ (conformidad o adecuación sustancial con el ordenamiento jurídico) de la función administrativa, a fin de evitar la arbitrariedad.

³⁹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 440 y sigs

³⁹¹ Alejandro Nieto, La Inactividad material de la Administración pública veinticinco años después, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 28

El principio de legalidad aporta la justificación racional, además de ser el elemento ancilar, del control jurisdiccional de la administración, pues supone una jerarquía de órgano y normas, donde las inferiores deben conformarse a las superiores, y de ese modo, el control de legalidad se traduce en observar tal conformidad o disconformidad y sus consecuencias³⁹².

El control jurisdiccional se instaura como consecuencia irrefutable de la aplicación del principio de legalidad a la administración, pues presupone que la misma está sujeta al mencionado bloque de legalidad, esta situación se constituye como el parámetro permanente de cualquier actuación administrativa, fuera de cuyos márgenes toda actividad deviene en irregular³⁹³.

CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

En la Legislación Salvadoreña el suceso que indiscutiblemente da origen y comienza todo contencioso administrativo, es precisamente el acto administrativo. En efecto el acto administrativo constituye una de las áreas más clásicas dentro de la dogmática del Derecho administrativo y su importancia parte de que la mayoría de las vinculaciones de la administración con los particulares tiene base en un acto administrativo, ello debido a que en términos generales el acto administrativo es la forma esencial mediante la cual la Administración expresa su voluntad³⁹⁴.

No obstante lo dicho, encontramos que en El Salvador existen dificultades para delimitar su contenido, ya que dentro de nuestro ordenamiento no existe una definición legal que delimite su esencia.

³⁹² Maurice Duverger, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, Pág. 232 y sigs

³⁹³ Ernesto Jinesta Lobo, La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial Guayacán, Costa Rica, 1999, Pág. 26

³⁹⁴ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, Págs. 218

La noción de acto administrativo, se considera de aparición más o menos reciente, surge del constitucionalismo contemporáneo y de las ideas de la Revolución francesa que mediante la separación de poderes y la sumisión al principio de legalidad buscaban otorgar seguridad jurídica a las actuaciones Estatales. El acto administrativo constituye la forma esencial en que la administración expresa su voluntad y veda totalmente al Estado efectuar simples operaciones materiales, siendo necesario que se realice una declaración de voluntad, que establezca que el respectivo caso queda comprendido en la disposición correspondiente y que, por lo tanto, se adopta determinada decisión³⁹⁵.

A lo largo de los años han existido diversas definiciones doctrinarias de acto administrativo, pero de cierta forma existe consenso en la conceptualización realizada por Zanobini³⁹⁶ que expresa que acto administrativo será cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.

Análogamente, para Manuel María Diez acto administrativo es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de la potestad administrativa³⁹⁷.

Para Don Agustín Gordillo, por su parte, es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata³⁹⁸.

³⁹⁵ Jorge Enrique Romero Pérez, Derecho Administrativo Ensayos, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1985, Pág. 15

³⁹⁶ Guido Zanobini, Corso di Diritto Administrativo, Milan, 1947, Pág 186

³⁹⁷ Manuel Maria Diez, Derecho Administrativo, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, Buenos Aires, 1983, Pág. 204

³⁹⁸ Agustín Gordillo Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2000.

Finalmente Eduardo García de Enterría, agrega a la definición de Zanobini, el hecho de la distinción entre potestad administrativa generadora de actos de la administración y aquellos que produce reglamentos³⁹⁹.

En la Legislación Salvadoreña el concepto de acto administrativo adquiere aún más relevancia, en vista que según la ley y la jurisprudencia el acto administrativo, se considera como la única actividad con trascendencia jurídica del Poder Ejecutivo, situación que ha incidido negativamente en la actividad impugnada, ya que precisamente toda impugnación se circunscribe a actos administrativos.

En este sentido toda contienda procesal al menos en el ordenamiento jurídico procesal Salvadoreño versará y se circunscribirá a la aquiescencia de que los actos Administrativos sean conformes con el ordenamiento jurídico.

La procedencia del Contencioso Administrativo entonces tendrá la virtualidad de revisar la legalidad de los actos de la administración, partiendo del supuesto que el objeto de la infracción al ordenamiento jurídico deriva exclusivamente de un acto administrativo. Ciertamente las medidas de hecho pueden comprometer derechos e intereses legítimos, pero en el Derecho Procesal Administrativo Salvadoreño se tiene como presupuesto procesal que el particular agraviado solicite a la administración pública el restablecimiento de la legalidad, y solo por su negativa será posible en todo caso incoar la acción dirigida a que se revise la legalidad del acto jurídico que se emitió a raíz del atropello jurídico contenido en la medida de hecho o acto material.

Las situaciones arriba planteadas referentes a este enaltecimiento del acto administrativo provienen de la influencia general que en su momento ejerció el *régime administratif* francés, provocando la transmisión de instituciones propias de

³⁹⁹ Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 544

este ordenamiento hacia el mundo occidental, así el principio del carácter revisor de la Administración Pública se incluyó en las más importantes legislaciones del continente europeo y fue transplantado después a algunos países de Iberoamérica; esta concepción nace como consecuencia de la coyuntura histórica en que se forja la división de poderes en Francia, que excluye de control judicial las actuaciones de la Administración (Ley 16-24 de agosto de 1790), articulándose esta situación como el núcleo central de su organización Política, esta construcción particular sirve para desarrollar el recurso de excés de pouvoir, que bajo la figura de justicia retenida es encargada al Consejo de Estado Francés concibiéndose entonces como un mero recurso administrativo, que funciona como revisor de la fase administrativa, articulándose como si se tratase de una segunda instancia.

La construcción inicial del excés de pouvoir como recurso administrativo, de alguna forma extrapolo este dogma como un residuo histórico del cual se ha beneficiado la Administración, situándola en una posición privilegiada frente los ciudadanos, esta dirección quizás se deba a los excesivos formalismos de la época, que repercutieron negativamente en la regulación positiva de la jurisdicción administrativa, conservando todavía el perfil en algunas legislaciones, tornándose casi imposible entender la jurisdicción contencioso Administrativo sin este enunciado.

El principio revisor constituye una figura muy propia y singular de la justicia administrativa, ya que no existe en ninguna otra jurisdicción del poder Judicial un enunciado de naturaleza semejante, que tase a los jueces ordinarios límites o restricciones que puedan poner a las partes en una situación de desigualdad.

La fuerza que despliega el predominio de este principio, establece que jurisdicción solo puede desenvolverse bajo la existencia de un acto previo, no pudiéndose pronunciarse sobre extremos de los cuales no habían sido objeto de decisión por

parte de la Administración⁴⁰⁰, floreciendo siempre la necesidad de un acto administrativo, obstáculo que es decisivo para el conocimiento pleno de la función jurisdiccional, limitando el conocimiento de las posibles pretensiones que pueda plantear el recurrente; esta perspectiva del contencioso Administrativo encuentra su conexión con la desafortunada noción en la que el recurso de excés de pouvoir germina, articulándose no como un proceso entre partes, en que existe pugna entre individuos que tratan de asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas⁴⁰¹, sino mas bien en un control objetivo de la legalidad, distinguiéndosele como un proceso al acto en el cual los ciudadanos mas que ejercer una defensa de sus derechos, ejercen una función de Ministerio Público, coadyuvando a mantener la legalidad en el ordenamiento jurídico y obteniendo al final una simple anulación⁴⁰².

No obstante lo mencionado, parece ser concluyente que la visión moderna del dogma revisor debe reducirse a la exigencia de que en ciertos casos los temas en cuestión se hayan planteado con anterioridad frente al órgano Administrativo, no pudiéndose traer al debate situaciones que no hayan sido trazadas ante éste, quedando del todo claro que los fundamentos y argumentos que pueden ser esgrimidos ante el órgano jurisdiccional pueden ser distintos o bien ampliarse, sin que esto suponga una violación a este principio.

Sin embargo las interpretaciones del Art. 10 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo Salvadoreña, conciben como requisito esencial para postular la demanda, expresar el acto administrativo que se impugna, requerimiento sin el cual, según el Art.15 de la misma normativa, motivara la declaratoria de inadmisibilidad por parte de la Sala; de igual forma se ha entendido Art. 40 literal ch) que entiende como causal de terminación del proceso, la falta de prueba por parte

⁴⁰⁰ José Luis Rivero Isern, Vía administrativa de recurso y justicia administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 385

⁴⁰¹ Eduardo García de Enterría, Contencioso-Administrativo objetivo y Contencioso-Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista de Administración Pública, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 94

⁴⁰² Tomas Ramón Fernández Rodríguez, Sobre el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 11, Editorial Civitas, Madrid, 1976, Pág. 728

del actor sobre la existencia del acto administrativo impugnado, normativa que en ocasiones ha conllevado a interpretaciones restrictivas que verdaderamente limitan las pretensiones que pueden ser esgrimidas ante el juez, considerando que la delimitación del proceso la establece el acto, obteniendo una concepción objetiva del proceso, dejando afuera otro tipo pretensiones.

CONTROL SOBRE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

El ejercicio de la función administrativa se encuentra delimitada y demarcada por el Principio de legalidad. Sin embargo al ejercerse la mencionada función esta podrá desarrollarse a través de dos potestades distintas, que dependen directamente del grado de reglamentación que sea contenida en la facultad administrativa. Así, por ejemplo, si en un caso la potestad está bien delimitada para expedir el acto administrativo pertinente y el funcionario competente no tiene la posibilidad de decidir en un sentido o en otro, no cabe opción distinta a la que por virtud de la ley se debe tomar, encontrándonos frente a una potestad eminentemente reglada⁴⁰³.

En contraposición existe la facultad discrecional que, de acuerdo con los principios expuestos anteriormente, es aquella en la cual el funcionario facultado tiene la posibilidad de elegir con cierta libertad la concreción de su decisión. Es decir, en este supuesto la misma ley lo habilita para actuar en uno u otro sentido, pero siempre teniendo en cuenta el imperativo del interés público. Dentro de la facultad de decidir y escoger una de varias opciones, cualquiera que tome será válida y legal. Lo contrario ocurre, en el acto expedido mediante el ejercicio de una facultad reglada ya que sólo una solución puede estar ajustada a Derecho.

⁴⁰³ Gabriel de Vega Pinzón, La Discrecionalidad Administrativa, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad El Rosario, Colombia, 2005 Pág. 159

Es necesario sin embargo aclarar que solo al interior de las fronteras provenientes del texto legal puede florecer esta discrecionalidad Administrativa⁴⁰⁴. En efecto, es la ley la que en ciertos casos regula una situación determinada en términos tales que no resta para el administrador ningún margen de libertad, puesto que la norma prefija anticipadamente con rigor y objetividad los presupuestos requeridos para la práctica del acto. A la inversa, habrá discrecionalidad cuando la disciplina legal hace que permanezca para el provecho y a cargo del administrador una cierta esfera de libertad, situación ante la cual le corresponde llenar con su buen juicio, el campo de indeterminación normativa. Por todo no debe pesarse que la discrecionalidad resulta entonces de la ausencia de ley, muy por el contrario, ella procede de la propia disciplina normativa.

El ejercicio de esta potestad discrecional suele fundarse en dos tipos de argumentos: por un lado, en la naturaleza de aquello sobre lo que se decide; por otro, en la posición de la administración pública en el estado, como principal ejecutor de los fines de este, mas concretamente, como satisfactor del interés público⁴⁰⁵.

Según el primer argumento, la discrecionalidad sería algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas como única forma de resolver cuestiones especialmente importantes o difíciles; además, porque no todas las decisiones puedan estar íntegramente predeterminadas por el derecho o si lo están no aparecen suficientemente claras y explícitas.

En cuanto al segundo argumento que justifica la discrecionalidad, viene a estar configurado por el papel que desempeña la administración pública en el orden constitucional como ejecutora de los fines del estado. Dicho papel lleva consigo, indefectiblemente, la necesidad de apreciar circunstancias singulares, lo mismo que

⁴⁰⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 814

⁴⁰⁵ Gabriel de Vega Pinzón, La Discrecionalidad Administrativa, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad El Rosario, Colombia, 2005, Pág. 174

estimar la oportunidad concreta del ejercicio del poder publico. De suyo, esto implica la necesidad de un actuar discrecionalmente, lo que quiere decir que dicha actuación demanda un margen de libertad de apreciación.

El fin que la administración pública debe buscar cuando toma decisiones con base en la llamada facultad discrecional no puede ser diferente a aquel que debe buscar toda decisión estatal: el logro de los fines propios del estado que le son asignados en la constitución política. Es decir, la función primordial de la administración consiste en atender las exigencias del interés general; desde un punto de vista mas específico, la finalidad que en forma concreta le determina o señala la norma que otorga la respectiva competencia administrativa. En este mismo orden de ideas, el acto administrativo, y en especial el preferido con base en una facultad discrecional, no es tan solo y exclusivamente resultado automático de un proceso de aplicación de la ley; es, ante todo, expresión de una voluntad que debe orientarse a la consecución eficaz, de la manera mas adecuada, de los fines sociales⁴⁰⁶. De tal manera, la discrecionalidad administrativa no puede tener otra meta que la satisfacción de los objetivos implícitos en la misma concepción del estado en general y de la administración en particular.

El control de la actividad discrecional por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cifra la mayor garantía contra los excesos en que pueda incurrir la Administración Pública en la expedición de actos administrativos de toda índole y, en particular de los proferidos con base en la facultad discrecional que como se sabe son los más difíciles de controlar, ello debido a la peculiaridad de alguno de sus elementos y en especial lo relativo a su finalidad y a la libre apreciación por parte de la Administración de hechos y circunstancias que le sirvieron de base a la decisión.

⁴⁰⁶ Alvaro Tafur Galvis, Evolución del concepto de acto administrativo, Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Numero 512, Bogota, 1980, Pág. 13

Definitivamente el control judicial, respecto de los actos proferidos con base en la facultad discrecional, para que sea efectivo é integral y para que no se haga ilusoria la división de poderes como garantía de las libertades públicas y de los derechos individuales, debe recaer sobre todos y cada uno de los elementos estructurales de la decisión; es decir sobre sus aspectos de legalidad externa, como la competencia, la finalidad, forma y motivos; y sobre el mérito y oportunidad de la determinación.

Respecto al control que se debe ejercer sobre los actos discrecionales de la administración, han de relacionarse los diferentes elementos constitutivos de un acto discrecional para determinar de esa manera la forma específica como se ejerce el control sobre cada elemento en particular.

En primer lugar para la validez de todo acto administrativo discrecional será indispensable la existencia del elemento subjetivo o competencia, expresión que alude a la esfera de atribuciones de entes y órganos que se deben encontrar plenamente definidos y determinados por el ordenamiento jurídico vigente.

En términos generales la competencia es el conjunto de atribuciones que de forma expresa, son conferidas por la Constitución y por las demás leyes vigentes, que condicionarán la validez de una actuación, gozando de ciertas características determinantes como lo son improrrogabilidad, indelegabilidad e irrenunciabilidad⁴⁰⁷.

De conformidad con el principio de legalidad la administración sólo puede hacer aquello que le está expresamente atribuido. La competencia surge como un límite concreto a la discrecionalidad, toda vez que si una autoridad realiza determinada actividad que no le está atribuida su acto carecería de valor por haber sido expedido por un funcionario incompetente.

⁴⁰⁷ Roberto Dormí, Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, Pág. 227

En igual sentido se presenta el elemento formal que constituye también un límite a la discrecionalidad, en la medida en que la autoridad al expedir su acto deberá cumplir los requisitos formales que se hubiesen establecido al respecto, pues, de lo contrario, tal acto presentaría un vicio de forma y, en consecuencia, sería susceptible de anulación⁴⁰⁸.

Por otro lado en cuanto a las etapas de formación del acto administrativo, y tratándose de un acto discrecional, también un aspecto trascendental será la apreciación de los hechos que sirven de base a la decisión. En primer lugar, porque estos hechos deben existir, ser reales no supuestos, pues, de lo contrario, el acto carecería de motivo o causa. Así, la existencia real de los hechos que se invocan como causa del acto administrativo constituyen un límite al ejercicio del poder discrecional y constituyen un elemento controlable⁴⁰⁹.

Ahora bien, la decisión que ha de tomarse luego de la apreciación de los hechos debe estar ajustada a las más elementales normas de racionalidad⁴¹⁰; asimismo debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa y siempre se obliga respetar los principios fundamentales de derecho como el de defensa, justicia, equidad; siempre conciliando los derechos de los administrados con el fin último de la administración pública, ser eficaz en la consecución de los altos fines de interés social que le son propios.

Finalmente se encuentra el elemento teleológico o finalista del acto –el que responde al para qué de la actividad administrativa– que debe apuntar a los fines señalados por la norma que lo autoriza. Al respecto, debe decirse que en la medida que el contenido de una decisión, de carácter personal o particular, sea discrecional, debe

⁴⁰⁸ Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 225

⁴⁰⁹ Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 226

⁴¹⁰ Tomas Ramón Fernández Rodríguez, ¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 83, Editorial Civitas, Madrid, 1994, Pág. 385

ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. De tal manera, que cuando la administración al actuar con base en una facultad discrecional busca fines distintos a los previstos en la norma que le atribuyó la competencia –aun cuando también sean lícitos– estará incurriendo en una conducta anómala y su decisión será objeto de anulación a través de la causal de la desviación de poder⁴¹¹.

Al ejercicio de esta competencia en descompás con la finalidad establecida en la norma se le conoce doctrinariamente como desviación de poder, y se consume en la manipulación del conjunto de poderes y competencias atribuidos a los funcionarios que provocan una evasión en la finalidad instituida en la norma, contraria a los intereses Generales⁴¹².

Por otro lado, uno de los grandes debates sobre este tema ha girado en los límites de los diferentes mecanismos de control con que se habilita al juez sobre el ejercicio de las potestades discrecionales, en este sentido autores de la talla de Alfonso Luciano Parejo⁴¹³ centran su preocupación en lo que se conoce como *poder de sustitución o activismo judicial* del juez contencioso-administrativo que al revisar la actuación de la Administración le resulta absolutamente indebido la sustitución del acto discrecional, pues no le corresponde a este el dictado de actos administrativos. En oposición a esta postura, un sector de la doctrina liderado por Tomás Ramón Fernández⁴¹⁴ y García de Enterría basándose en la tutela judicial efectiva afirman que es correcto reconocer a los jueces este poder de sustitución pues lo que se busca es que exista un control total de la actividad de la Administración que reconozca efectivamente cualquier interés o derecho del ciudadano.

⁴¹¹ Gabriel de Vega Pinzón, *La Discrecionalidad Administrativa*, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad El Rosario, Colombia, 2005, Pág. 174

⁴¹² Gladys G. Suarez, *Finalidad del Acto Administrativo*, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 226.

⁴¹³ Luciano Alfonso Parejo, *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

⁴¹⁴ Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, Revista Española de Derecho Administrativo, Número 80, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Pág. 586

El Poder discrecional es el Caballo de Troya en el seno del derecho administrativo⁴¹⁵ de allí su necesidad de controlarlo. El control de los actos de la administración mediante la jurisdicción contencioso administrativo, cifra la garantía efectiva de los derechos de los administrados frente al poder creciente del Estado que, como ya lo hemos mencionado tantas veces, es principio tutelar del Estado social de derecho⁴¹⁶.

SILENCIO ADMINISTRATIVO.

El Art. 18 de la Constitución de la República de El Salvador expresa que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa a las autoridades legalmente establecidas; a que se resuelvan y que se les haga saber lo resuelto. De esta manera adquiere vigencia en nuestro ordenamiento el derecho fundamental de petición y el derecho correlativo a su respuesta.

Doctrinariamente el derecho de petición constituye la potestad que otorga el ordenamiento jurídico al ciudadano de dirigirse ante las autoridades públicas; como facultad derivada de la libertad de expresión y opinión; y como manifestación de personería y participación dentro del ejercicio del poder. Así como un derecho de respuesta que tendrán todas las personas⁴¹⁷.

En este sentido el silencio administrativo es aquella figura jurídica que pretende garantizar al ciudadano el ejercicio de dos derechos vitales en relación con la Administración Pública: el derecho de petición por una parte, y el derecho a la justicia pronta y cumplida (y su acceso), por otra. Obsérvese que el silencio no es una

⁴¹⁵ Eduardo García de Enterría, La Lucha por las Inmunidades de Poder, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1983, Pág.24

⁴¹⁶ Pedro José Jorge Coviello, El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires 2002, Pág. 627 y sigs

⁴¹⁷ Jorge Córdoba Ortega, El Derecho de Petición como Garantía Fundamental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 1997, Pág. 32

potestad administrativa sino una institución jurídica de garantía del administrado frente a las prerrogativas del Estado.

El origen y la razón del Silencio Administrativo germina en Francia mediante la Ley del 17 de julio de 1900 donde se concibió que: en los negocios contenciosos que no puedan ser promovidos ante el Consejo de Estado bajo la forma de recurso contra una decisión administrativa, cuando transcurre el término de cuatro meses sin que se haya dictado ninguna decisión, las partes pueden considerar su petición como negada y procederán ante el Consejo de Estado Francés⁴¹⁸.

En principio el silencio de la Administración no confiere efectos de una respuesta negativa o positiva, será cada legislación en particular la que otorgue los efectos que considere convenientes. En el Salvador la regla general según nuestro ordenamiento es que la falta de declaración de voluntad administrativa será una denegación presunta, no obstante podemos encontrar casos que son regulados de manera inversa, donde los efectos positivos serán los que privan⁴¹⁹.

La estimación por silencio tiene todos los efectos la consideración de acto administrativo, mientras que la desestimación tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso Contencioso Administrativo.

La denegación presunta de una petición es una ficción legal de consecuencias procesales que habilita la interposición de la acción contencioso administrativa, que se constituye cuando la autoridad o funcionario no ha hecho saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud, ello de conformidad al Art. 3 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

⁴¹⁸ Vicenç Aguado I Cudola, Los orígenes del Silencio Administrativo en la formación del Estado Constitucional, Revista de Administración Pública, Numero 145, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Madrid, 1998, Pág. 332 y sigs.

⁴¹⁹ Manrique Jiménez Meza, El Silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas, Revista Iustitia, Numero 94, San José, 1994, Pág. 18

El silencio administrativo surge como consecuencia de un previo incumplimiento por parte de la Administración, por la falta de contestación de peticiones o recursos, obligando a los ciudadanos a defenderse ante tal actitud⁴²⁰.

La finalidad que pretende cumplir la figura de la denegación presunta es posibilitar el control jurisdiccional de la actividad omisiva de la administración, así, en la denegación presunta se impugna el acto denegatorio presunto como si en realidad se hubiese dictado en forma expresa. En consecuencia se trata de una figura jurídica de efectos procesales para permitir la revisión judicial del acto presunto, éste sólo puede configurarse cuando lo solicitado a la administración pueda generar la emisión de un acto administrativo impugnabile.

El Silencio Administrativo constituye un hecho jurídico, al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas. La norma objetiva para hacer más ciertas las relaciones jurídicas e impedir que la buena fe de las partes pueda resolverse en perjuicio de sus intereses, establece que ocurriendo determinadas circunstancias, el silencio debe presumirse como una acción volitiva con determinado contenido.

La doctrina del silencio administrativo procede solamente en virtud de un precepto de la Ley, que establezca en primer lugar el plazo concreto tras cual el silencio produce efectos, y en segundo lugar, el sentido positivo o negativo de esos efectos, frente a la inercia de la administración.

Finalmente, en el silencio administrativo, cualquiera que sea su sentido, no exime a la Administración de la obligación de resolver, por lo que frente a la resolución expresa podrán interponerse los recursos admisibles a partir de la notificación, sin que pueda invocarse la excepción de acto consentido por existir un acto presunto o

⁴²⁰ Rafael Fernández Valverde, De nuevo el Silencio Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 105, Editorial Civitas, Madrid, 2000, Pág. 81

la ficción denegatoria, ya que la excepción no opera en los casos de silencio administrativo.

CONTROL SOBRE LOS REGLAMENTOS

Siguiendo a las ideas de Kelsen, por reglamento debemos entender normas generales que no emanan de los Parlamentos sino de una autoridad Administrativa a la cual se le haya otorgado esta competencia⁴²¹. En cuanto a la relevancia de los reglamentos estos se perfilan como la fuente cuantitativamente más importante del derecho Administrativo⁴²².

El reglamento es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria, que puede ser definida como el poder que emanara directamente de la Constitución, en virtud del cual las Administraciones Públicas pueden dictar normas con eficacia jurídica inferior a la ley⁴²³.

El reglamento es ante todo una norma jurídica de derecho objetivo y, en este sentido, tiene carácter general, abstracto o impersonal. No se dan para un determinado caso, situación o relación jurídica singular, sino para regular todos los casos que se refieran al supuesto de hecho que contempla y que en el futuro puedan presentarse⁴²⁴.

En cuanto a sus antecedentes, parece existir un consenso dentro de los Administrativistas, sobre la directa influencia de Revolución francesa de 1789 y el surgimiento del derecho administrativo, la justicia administrativa y la facultad reglamentaria. Suele afirmarse que el proceso de formación de la potestad

⁴²¹ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Editorial Peña Hnos., México, 2001, Pág. 77

⁴²² Horacio Pedro Diez, Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 15

⁴²³ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 611

⁴²⁴ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, Manual Básico de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, Pág. 76

reglamentaria se emparenta con la idea de la autonomía de la administración y con la elaboración del principio de las materias reservadas a la ley, sobre las que la administración no tiene potestad normativa⁴²⁵.

Hoy en día la potestad reglamentaria se encuentra vinculada a la división de Poderes, como uno de los principios cardinales de un Estado democrático⁴²⁶. En El Salvador la implantación de dicho principio forma parte de nuestra cultura constitucional y se encuentra vinculado con la idea misma de la independencia y como garantía de libertad⁴²⁷. La división de poderes inspirada originalmente por las ideas de Locke y Montesquieu⁴²⁸ se adopta en El Salvador desde nuestra primera Constitución.

De acuerdo con este principio, cada órgano es portador de una exclusiva función, no pudiendo ninguno de ellos ejercer la función del otro, ya que de lo contrario se estaría violentando este principio.

Por otro lado, la división de poderes no debe ser considerada únicamente una mera división de trabajo, sino una técnica al servicio de la libertad de los ciudadanos⁴²⁹, que busca que los poderes establecidos por la constitución deben limitarse mutuamente entre sí, mediante un sistema de pesos y contrapesos que den seguridad, certidumbre y legalidad a todos los actos del gobierno.

De esta forma, según afirma Gordillo, el principio de división de poderes es concebido, para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni suma del poder público, que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados,

⁴²⁵ Jorge Tristan Bosh, *Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional*, Editorial la Ley, Buenos Aires, 1990, Pág. 830

⁴²⁶ Miguel Alejandro López Olvera, *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 17

⁴²⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Pág. 3

⁴²⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de la Leyes*, Editorial Porrúa, México, 1982, Pág. 103

⁴²⁹ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 35

cuantos más mejor, con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad⁴³⁰.

Sin embargo, es indudable que la teoría de la división de poderes, al estilo clásico creado por Montesquieu⁴³¹, no ha permanecido inmóvil, su devenir ha sido constante. Su finalidad inicial de mantener a cada órgano supremo encasillado en los límites de sus atribuciones por un sistema de frenos y contrapesos, si bien se mantiene, no es la única; la estructura del estado se piensa teniendo en mente la mayor eficacia en el ejercicio de sus actividades para alcanzar un óptimo contenido de finalidades que vienen a justificar el porque del estado y su organización.

Para lograrlo, el Estado, persigue la más perfecta coordinación de sus órganos en el desempeño de sus funciones, a la vez que les asigna los actos que en mejor situación se encuentren de efectuarlo; no importa que Poder actúe, sino cual lo haga con un máximo de dividendos.

Por otro lado debemos reconocer que cada Poder está organizado para realizar preferentemente una función, así el legislativo, para emitir actos regla; sin dejar al lado que el sistema no es tan rígido y que cada uno de los poderes realizará funciones para las cuales naturalmente no ha sido concebido⁴³².

El Poder Ejecutivo encargado de la Administración desempeña su tarea principalmente por actos administrativos⁴³³. El reglamento por el contrario es un acto legislativo, un acto regla, posee todas las cualidades requeridas, especialmente sus

⁴³⁰ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, Pág. 2, 3 y 23

⁴³¹ Montesquieu, Del Espíritu de la Leyes, Editorial Porrúa, México, 1982, Pág. 103

⁴³² Enrique Sayagues Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1974

⁴³³ Jorge Enrique Romero Pérez, Derecho Administrativo Ensayos, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1985, Pág. 15

efectos, que son abstractos, generales e impersonales⁴³⁴. La naturaleza del acto la establecemos por sus efectos.

El reglamento, es, una situación Jurídica permanente, mientras se encuentre vigente se aplica a todas las hipótesis normativas que contempla, no agotan sus efectos con el ejercicio de los derechos que confiere, ni con el cumplimiento de los deberes que impone⁴³⁵.

El acto regla o legislativo es modificable por un acto de la misma naturaleza⁴³⁶, característica que encontramos en el reglamento, el cual puede reformarse y aún derogarse por un acto semejante⁴³⁷.

Por último las facultades que concede sólo pueden renunciarse, cuando la ley lo permita, en casos concretos y determinados, no pueden renunciarse de una manera general y absoluta las capacidades normativas que proporciona⁴³⁸.

En este orden de ideas, el reglamento es obviamente un acto regla al igual que la ley, pero no ha sido óbice para que la doctrina haya buscado distinguirlos, basándose en aspectos formales, que más bien dimanar de las características especiales del órgano que los expide, las que se las comunica a cada uno de sus actos⁴³⁹.

Las diferencias más importantes que la doctrina ha encontrado entre éstas Instituciones, es principalmente la Jerarquía en cuanto que la ley es superior a al reglamento. Dentro de la pirámide Jurídica de Verdross y Kelsen⁴⁴⁰ el Reglamento está subordinado a la ley.

⁴³⁴ Javier Indalecio Barraza, Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Pág. 175

⁴³⁵ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 31

⁴³⁶ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 38

⁴³⁷ Manuel Maria Diez, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, Pág. 420

⁴³⁸ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 32

⁴³⁹ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 53 y sigs

⁴⁴⁰ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Editorial Peña Hnos., México, 2001.

Y es que dentro de la base central del principio de Estado de Derecho, la primacía de la ley incluye la superioridad de las leyes del poder legislativo sobre las demás normas jurídicas de rango inferior, así como de los demás actos jurídicos⁴⁴¹.

En base a esta jerarquía el reglamento no puede modificar en ningún concepto la ley, a la que desarrolla y completa, respetando el principio de autoridad formal de la ley. Por el contrario la ley puede modificar y aún derogar reglamentos y como consecuencia da lugar a que puedan ser impugnados invocando su ilegalidad⁴⁴².

En cuanto al fundamento del Poder reglamentario lo encontramos modernamente en razones de carácter técnico y político⁴⁴³. La Administración Pública requiere el mantenimiento fundamental del gobierno estatal, dada la complejidad técnica de los cometidos públicos que debe satisfacer y habida cuenta, también, de que la Asamblea es un foro político, carente de experiencia y sin la infraestructura necesaria para satisfacer adecuadamente aquellos cometidos⁴⁴⁴.

La producción reglamentaria se caracteriza, como es sabido, por su habitualidad, rapidez y continuidad, lo que le permite enfrentar, con mayor eficacia, los problemas cotidianos del Estado. Asimismo, el rango formal del Reglamento permite su derogación discrecional conforme las exigencias de cada momento, sin necesidad de acudir al engorroso y dilatado procedimiento legislativo. Finalmente, dado que el legislador no puede prever ni regular todas las materias en detalle, es necesario, inclusive, que la regulación primaria de ciertos campos corresponda al dominio del Reglamento, como la organización interna de sus órganos y la regulación de las relaciones de servicio con sus usuarios⁴⁴⁵. En definitiva no se trata con esto de sustraer poder al Legislativo, sino todo lo contrario, de descargarlo para evitar que

⁴⁴¹ Albrecht Weber, Principio de Estado de Derecho como principio Constitucional Europeo, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág.49

⁴⁴² Rafael Díaz Roca, Teoría General del Derecho, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, Pág. 129

⁴⁴³ Javier Indalecio Barraza, Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Pág. 176

⁴⁴⁴ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 612

⁴⁴⁵ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 612

tenga que detenerse en cuestiones de detalle, y pueda así cumplir su verdadera función de adopción de las decisiones fundamentales del proceso político⁴⁴⁶.

Siguiendo la doctrina argentina principalmente Diez⁴⁴⁷, Marienhoff⁴⁴⁸, etc., los reglamentos pueden ser clasificados en la siguiente forma: a) Ejecutivos c) autónomos c) delgados d) y de necesidad y urgencia. En El Salvador, únicamente los primeros dos son permitidos, quedando vedados los delegados y los de necesidad y urgencia.

Los Reglamentos ejecutivos son efectuados en base al principio de secundum legem, es decir, de acuerdo con la ley, en vista que la desarrollan y la ejecutan, dentro de ciertas limitaciones⁴⁴⁹.

Estos reglamentos se pueden definir como aquellos que tiene como objeto regular las relaciones entre particulares y la Administración para hacer posible la aplicación práctica y precisa de la ley dentro de las condiciones y supuestos que ella misma regula.

Por su contenido son de ejecución, y por su sujeción a la ley se les llama también de subordinación, ello en base a que la existencia de una ley formal es presupuesto indispensable para la expedición de este tipo de reglamentos⁴⁵⁰, que tienen por obligación hacer posible y asegurar la ejecución de la ley⁴⁵¹.

Se trata, en definitiva, de la facultad que tiene el poder ejecutivo para reglamentar las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa.

⁴⁴⁶ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, Manual Básico de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, Pág. 77

⁴⁴⁷ Manuel María Diez, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, Pág. 417

⁴⁴⁸ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, Pág. 232

⁴⁴⁹ Manuel María Diez, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, Pág. 421

⁴⁵⁰ Javier Indalecio Barraza, Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Pág. 187

⁴⁵¹ Ismael Farrando, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Pág. 19 y sigs.

El reglamento nació como una institución complementaria de la ley, que por ser en muchas ocasiones demasiado abstracta, sintética, es muy difícil o imposible su aplicación en el medio social sin disposiciones generales que determinen como debe ejecutarse.- Estos reglamentos *secundum et intra legem* no pueden modificar los preceptos legales, porque sería violar el principio de autoridad formal de la ley; su relación con la ley es la misma que ésta conserva con la Constitución Política. Pero sí la ley puede derogarlas, expresa o tácitamente.-

Si el reglamento completa y desarrolla la ley, no podrá añadir nuevas cargas a los administrados, ni hacer más gravosas las creadas por ésta, no existiendo inconveniente para que puedan establecerse requisitos o formalidades que tiendan a asegurar el cumplimiento de la ley⁴⁵².-

En síntesis, los reglamentos de ejecución deben llenar dos requisitos: a) No contradecir la ley ni su espíritu; b) No agregar obligaciones o deberes a los administrados⁴⁵³.

En este sentido son normas secundarias que complementan la ley en su desarrollo particular, pero no la suplen ni mucho menos la limitan o rectifican⁴⁵⁴.

El reglamento de ejecución es fundamentalmente un reglamento dirigido a los propios agentes administrativos, para que éstos sepan a qué atenerse y cómo proceder en los distintos casos de aplicación de la ley, en lo que se refiere al aspecto puramente administrativo. Por ello no son reglamentables por el Poder Ejecutivo las leyes que no serán ejecutadas por la administración: sería absurdo, por ejemplo, que

⁴⁵² Manuel Maria Diez, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, Pág. 421

⁴⁵³ Manuel Maria Diez, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, Pág. 421

⁴⁵⁴ Miguel Alejandro López Olvera, Tratado de la Facultad Reglamentaria, Editorial Porrúa, México, 2007 Pág. 63

el Poder Ejecutivo pretendiera reglamentar el Código Civil o el Código de Comercio⁴⁵⁵.

De la misma forma, el reglamento de ejecución debe limitarse a ordenar el funcionamiento y los deberes de los agentes de la administración en lo que respecta al cumplimiento y ejecución de la ley a través de la administración, sin poder adentrarse, por ejemplo a *definir* el concepto legal, es ilegítimo y no puede ser opuesto a los particulares en ese aspecto; si la ley lo autoriza expresamente, entonces estamos en la hipótesis de un reglamento “delegado” o de integración, el cual se encuentra prohibido⁴⁵⁶.

La importancia de reglamentos de ejecución a primera vista parece ser de poca monta, pero si consultamos la realidad social bien pronto reconoceremos el error⁴⁵⁷.

Hay una serie de leyes vigentes en nuestro medio, que no se cumplen o no se pueden cumplir, por carecer de reglas que determinen la forma que han de ejecutarse, muy semejante a lo que sucede con algunos principios constitucionales que no se aplican por no existir una ley secundaria que los desarrolle.

No obstante, resulta meridianamente claro que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo cual no dependen en modo alguno de que el órgano Ejecutivo decida reglamentarlas o no⁴⁵⁸.

Las facultades legislativas de la Administración son cada día más amplias en los Estados de gran avance político jurídico, pero aún en ellos al reglamento de

⁴⁵⁵ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Pág. 64

⁴⁵⁶ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Pág. 64

⁴⁵⁷ Horacio Pedro Diez, Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 15

⁴⁵⁸ Miguel Alejandro López Olvera, Tratado de la Facultad Reglamentaria, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 64

aplicación le cabe su lugar. Recordemos que el principio de reserva de ley es vigente en todos los Estados de Derecho y que, según éste, determinada que clase de relaciones sociales, deben regularse por leyes, a las cuales el Poder Ejecutivo podrá completarlas por medio de reglamentos de ejecución.-

En el Derecho Comparado la potestad reglamentaria constituye generalmente un atributo de los Órganos jerárquicos de las distintas administraciones; así en los estados fuertemente unitarios y centralizados como El Salvador el poder reglamentario está radicado casi exclusivamente en el jerarca del Poder Ejecutivo. Pero en los países donde existe una acentuada descentralización administrativa, dicha potestad se encuentra también distribuida, en grado variable, entre los órganos jerarcas de las distintas personas públicas descentralizadas.

De acuerdo a nuestro sistema constitucional y en concordancia a la doctrina expuesta, la potestad de emitir Reglamentos de Ejecución o aplicación corresponde exclusivamente al Presidente de la República a tenor de lo prescrito en el Art. 168 número 14, quedando vedada toda potestad normativa a cualquier autoridad o entidad de la Administración Pública centralizada, descentralizada y desconcentrada.

En cuanto al segundo tipo de reglamentos que son permitidos en El Salvador, entendemos por reglamentos autónomos los que se encargaran de la competencia propia de su autor y de las autoridades inferiores. Se caracterizan, por su materia y fin: organizar y regular la actividad propia de su autor y del interior, para lograr un mejor cumplimiento del fin público asignado⁴⁵⁹.

Este tipo de reglamentos derivan de los titulares de los respectivos órganos y no se basan, a diferencia del ejecutivo, en una ley previa sobre la materia⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Manuel Rebollo Puig, Juricidad, Legalidad y Reserva de ley como limites a la potestad Reglamentaria, Revista de Administración Publica, Numero 125, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 43

⁴⁶⁰ Juan Pablo Cajarville, Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, Pág. 349

Dentro de sus funciones encontramos la creación de órganos internos y regulan las relaciones entre ellos. Su objeto, por tanto, es la creación de órganos internos o la regulación de las relaciones entre ellos⁴⁶¹.

Resultado de lo anterior, es que el destinatario del Reglamento de organización es siempre un órgano y no un tercero extraño al ente. Por consiguiente, los Reglamentos independientes de organización son normas de carácter interno, que no tienen valor normativo fuera del ámbito en que fueron dictadas⁴⁶². Por ello, no pueden ser opuestos a particulares ajenos a una relación de servicio; asimismo, su violación por parte de la autoridad administrativa no constituye una violación del ordenamiento jurídico general, aunque lógicamente evidencia un vicio de exceso de poder.

Finalmente, en cuanto a la potestad de crear órganos internos sin relación directa con el público, quedará inhibida para crear órganos de relevancia externa, pues los órganos o entidades que tengan relación directa con el público sólo pueden ser creados por la Asamblea Legislativa⁴⁶³.

Los reglamentos de organización pertenecen a la competencia del Gobierno, nadie mejor que él para crear sus estructuras, que le servirán para desarrollar sus atribuciones y lograr con mayor amplitud los fines estatales.-

Los reglamentos de organización se refieren tanto a la organización de dependencias administrativas, como a regular las actividades de los servidores públicos⁴⁶⁴.

No sólo la administración central puede dictarlos, también las entidades autárquicas llamadas por nuestra Constitución entes autónomos o semi autónomos, ellas

⁴⁶¹ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 627

⁴⁶² Javier Indalecio Barraza, Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Pág. 179

⁴⁶³ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 612

⁴⁶⁴ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 612

administran aunque sea un sector limitado y para cumplir sus finalidades deben organizarse adecuadamente en lo que atañe a su estructura y actividad⁴⁶⁵.

En cuanto a los reglamentos delegados o de integración⁴⁶⁶ si bien es cierto hemos dicho que no tienen cabida en El Salvador pueden definirse como aquellos que emite el Poder Ejecutivo en virtud de una habilitación que le confiere expresamente el Poder Legislativo a través de una ley formal, facultándolo para que regule materias atribuidas constitucionalmente al congreso⁴⁶⁷. Situación que se traduce en una ampliación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo. Igualmente prohibidos los reglamentos de necesidad y urgencia⁴⁶⁸ emanaran del Ejecutivo, ante la imposibilidad del poder parlamentario de actuar en el momento oportuno, que por causas urgentes y graves, se autoriza a la Administración para legislar en vista de existir estados sociales de emergencia⁴⁶⁹.

Con todo debe reconocerse que la expedición de disposiciones reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo encuentra importantes limitaciones dentro de nuestro sistema jurídico. Dichas limitaciones se encuentran dispuestas por normas y principios constitucionales, de las cuales surgen principios que ya son de aplicación en casi todos los sistemas jurídicos del mundo.

Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser materiales, cuando afecten su contenido y formales, en cambio, cuando se refieren a su aspecto externo.

Los límites formales podemos resumirlos en tres: a) la competencia; b) la jerarquía normativa y c) el procedimiento de elaboración.

⁴⁶⁵ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 612

⁴⁶⁶ Rodolfo Carlos Barra, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, Pág. 470

⁴⁶⁷ Rafael Bielsa, Reglamentos Delegados, Tomo 102, Editorial la Ley, Buenos Aires, Pág. 1061

⁴⁶⁸ Guillermo Andrés Muñoz, Reglamentos de Necesidad y Urgencia en Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, Pág. 131

⁴⁶⁹ Narciso J. Lugones, Leyes de Emergencia, Decretos de Necesidad y Urgencia, Editorial La Ley, Buenos Aires 1992, Pág. 25

La competencia se refiere a que sólo los órganos autorizados, expresamente, están dotados de la potestad reglamentaria. Como advierte García de Enterría, no todos los órganos de la Administración están investidos de esta potestad, únicamente la tendrán unos órganos concretos⁴⁷⁰.

En este sentido no vale afirmar que la potestad reglamentaria constituye un poder propio e inherente a toda la Administración, en cuanto que es una manifestación más del poder de mando de que la Administración esta dotada. Muy por el contrario para poder participar en la elaboración de las fuentes del ordenamiento es necesario que la competencia devenga de la constitución misma⁴⁷¹.

Por otro lado como segundo limite tenemos la jerarquía normativa, en este sentido el ordenamiento Jurídico Salvadoreño se encuentra conformado por un conjunto de normas que provienen y derivan de diversos sujetos emisores, tales como la Asamblea Constituyente, Asamblea Legislativa, Gobierno y Estado de El Salvador con otros Estados u Organismos Internacionales, Presidencia de la República y Municipalidades. Ante los potenciales conflictos normativos se ha tenido que diseñar una jerarquía normativa en virtud de la cual unas normas jurídicas tienen un rango o valor formal superior y una aplicación prevalente respecto de las otras.

Nuestra Constitución en su articulado organiza la jerarquía u orden preferente de ejecución del sistema normativo⁴⁷² y se otorga asimismo la posición cimera⁴⁷³. Después sitúa a los Tratados o Convenios Internacionales, luego a las Leyes Secundarias, le siguen los Reglamentos de Ejecución y finalmente a los Reglamentos y Ordenanzas Municipales.

⁴⁷⁰ Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández , Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 191

⁴⁷¹ Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 184

⁴⁷² Benda, Mainhofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 3

⁴⁷³ Rafael Gómez-Ferrer Morant, Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, Pág. 163

De esa forma el ejercicio de la potestad reglamentaria debe necesariamente respetar el orden jerárquico del ordenamiento administrativo, lo que implica que la potestad reglamentaria debe estar autorizada, de manera expresa o implícita, por una norma jerárquica superior a ella⁴⁷⁴.

El Tercer limite formal referente al procedimiento tiene por otro lado un carácter ad solemnitatem, de tal forma que si no se observa y se cumple con él, el reglamento respectivo es absolutamente nulo.

Actualmente la formación de los reglamentos propugna la realización de tramites legalmente prevenidos que entre otras cosas buscan la participación ciudadana, estudios impactos, coordinación administrativa y publicidad⁴⁷⁵.

Sin embargo, a pesar de lo apuntado, en El Salvador el único formalismo se concreta en la Publicación del reglamento; el Art. 6 del titulo preliminar del Código Civil prescribe que las leyes son obligatorias desde su solemne promulgación y después de transcurrido para que se tenga noticia de ella. Agregando que lo mismo se aplica a los reglamentos, decretos y demás disposiciones de carácter general, emanados de autoridad legítima en el ejercicio de sus atribuciones.

Es imprescindible entonces, para que el reglamento entre en vigor, la integra publicación de la norma en el Diario Oficial, publicación que, conforme a la doctrina mas calificada, no es un simple requisito de eficacia de la norma, sino una condición de su existencia en virtud de la publicidad⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Rubén Hernández Valle, El Derecho de la Constitución, Tomo I, Editorial Juricentro, San José, 2004, Pág. 617

⁴⁷⁵ Juan José Lavilla Rubira, El Procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del Gobierno, Revista Justicia Administrativa, Numero 1, Editorial Lex Novoa, Valladolid, 1998, Pág. 10 y sigs; Tomas Ramon Fernandez Rodriguez, Desaparece el Recurso Contra Reglamentos, Revista de Administracion Publica, Numero 65, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1971, Pag. 150; Jose Maria Boquera Oliver, La publicacion de disposiciones generales, Revista de Administracion Publica, Numero 31, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 1960, Pag 77 y sigs

⁴⁷⁶ Juan José Lavilla Rubira, El Procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del Gobierno, Revista Justicia Administrativa, Numero 1, Editorial Lex Novoa, Valladolid, 1998, Pág. 16

Tratándose de la falta de publicidad, Marienhoff⁴⁷⁷, “considera que los administrados ignoran la existencia del acto, para quienes es como si no existiere”. Luego agrega: “La razón en cuyo mérito para la “eficacia” (“perfección”) del acto administrativo, sea éste general o particular, se requiere indispensablemente la “publicidad” o “comunicación” del acto, es la misma que hace obligatoria la publicación de la ley formal, pues dichas “publicidad” o “comunicación” constituyen la base de la presunción de conocimiento de la ley atribuida a los habitantes del país, quedando satisfecho, por esa vía, la idea según el cual “ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En cuanto a los límites sustanciales encontramos: a) los principios generales del Derecho b) Materia reglamentaria y c) el principio de irretroactividad

El primer límite, es el respeto a los principios generales del Derecho⁴⁷⁸, entendidos éstos como aquellos que expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles.

Como segundo límite tenemos la denominada materia reglamentaria que hace referencia a la reserva de ley que debe existir en determinadas materias, en este sentido esta garantía aparece invariablemente en todos o casi todos los textos constitucionales de América Latina y de la Europa Occidental. El término Ley debe entenderse en su significación formal y material. Entendiéndose que únicamente se cumple con el principio de reserva de ley cuando un acto jurídico crea, modifica o extingue situaciones jurídicas abstractas e impersonales que tiene como sujeto

⁴⁷⁷ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, Pág. 232 y sigs

⁴⁷⁸ Juan Carlos Cassagne, Estudios de Derecho Público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 8

emisor al Parlamento o a los Órganos titulares, de acuerdo a la Constitución, del Poder Legislativo. Sólo así se cumple con la exigencia constitucional.

La reserva de ley tiene el propósito de deslindar el poder del Estado a quien se le asigna determinado poder. La reserva de ley implica la determinación de las materias que no pueden ser reguladas más que por la ley, provocando una concertación de la legalidad, ya que nos señala la extensión de ésta al delimitar que materias han de ser disciplinadas por una ley y no por otra fuente normativa⁴⁷⁹.-

Finalmente, encontraremos otro limite en la irretroactividad de las Leyes y para nuestro caso de reglamentos, limite que se inspira y fundamenta en el principio de seguridad jurídica, que se considera uno de los fines que persigue el Estado Salvadoreño (Art. 1 de la Constitución), su importancia y trascendencia ha sido tal que Tratadistas como Miguel Carbonell⁴⁸⁰ la estudian dentro del capítulo de las Garantías de Seguridad Jurídica.

La garantía de irretroactividad de las Leyes y demás normas, establecida en el Art. 21 de la Constitución que nos rige y gobierna, fue concebida y expresada en los términos siguientes: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”.

Se dice que una ley o un acto será retroactivo cuando este vuelva sobre el pasado para estimar las condiciones de la validez de un acto jurídico, destruyendo o alterando sus efectos jurídicos iniciales. En sentido inverso la irretroactividad consiste en que las normas deben surtir efectos hacia el futuro, no siendo aplicables a los hechos, actos o situaciones que hayan tenido lugar antes de su emanación, excepto

⁴⁷⁹ Manuel Rebollo Puig, Juricidad, Legalidad y Reserva de ley como limites a la potestad Reglamentaria, Revista de Administración Publica, Numero 125, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 124

⁴⁸⁰ Miguel Carbonell, Los Derechos Fundamentales en México, Editorial Porrúa, México, 2005, Pág. 636

en casos de excepción. En este sentido toda norma debe regir para el futuro y no hacia el pasado.

Por otro lado, debe destacarse que la regulación del principio de irretroactividad de las leyes no es exclusivo del ordenamiento interno, sino también de declaraciones internacionales como en la Declaración Universal de los Derechos Hombre (1948), suscrita por El Salvador donde se establece en el Art. 11,2 que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional.

De la misma manera lo expresan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José en sus Art. 15,1 y 9 respectivamente.

El Reglamento no puede ser retroactivo, pues produce efectos jurídicos hacia el futuro. De esta forma, se impide que el Reglamento modifique o derogue situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos al amparo de la anterior legislación.

Concluyendo se observa entonces, una serie de límites, materiales y formales, de cuyo respeto depende su validez⁴⁸¹. Hemos visto también que estos límites no se reducen sólo a la Constitución y a la Ley, sino que comprenden igualmente los principios generales del Derecho y otras exigencias institucionales derivadas del carácter esencialmente subalterno de la potestad reglamentaria. Si cualquiera de estos límites, legales o extralegales, es rebasado, el Reglamento en cuestión resultará viciado. En este sentido amplio es, pues, como hay que tomar la expresión habitual Reglamentos ilegales y no en el más estricto de Reglamentos contrarios a la Ley⁴⁸².

⁴⁸¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 220

⁴⁸² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 220

No esta demás apuntar que reglamentos ilegales constituyen, un fenómeno sumamente grave de la vida jurídica, ya que afectan a la integridad de las Leyes, pretenden prevalecer frente a éstas y provocar así la inaplicación de las mismas, perturban la recta constitución del ordenamiento, que es siempre un valor superior a los intereses concretos de los sujetos (públicos o privados) que bajo dicho ordenamiento viven, enturbian el sistema normativo en vigor y con ello la certeza del Derecho, que es un valor sustancial y primario de la vida jurídica. El ordenamiento ha de reaccionar necesariamente con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él supone el Reglamento ilegal⁴⁸³.

Así las cosas, debe resaltarse que la jurisdicción contencioso administrativo en El Salvador se circunscribe a impugnación de actos administrativos, esta situación indudablemente restringe sensiblemente el control que se puede ejercer sobre las actuaciones de las Administraciones Públicas. En este sentido el ámbito natural de protección viene representado por actos administrativos, esto es, según la clásica definición de Zanobini⁴⁸⁴, las declaraciones de voluntad, de conocimiento, de deseo o juicio emanados de una Administración Pública en materia de derecho administrativo. Las anteriores aseveraciones provocan en principio que los reglamentos, se encuentran excluidos del control judicial de la Sala de lo Contencioso, dado que desde un punto de vista material, los reglamentos son actos regla o legislativos, que tienen la virtud de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales⁴⁸⁵.

No obstante lo anterior, nuestra ley de manera expresa y clara establece que a pesar que las disposiciones de carácter general no son impugnables directamente, pieza

⁴⁸³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 223

⁴⁸⁴ Guido Zanobini, Corso di Diritto Administrativo, Milan, 1947, Pág 186

⁴⁸⁵ Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, Pág. 169

clave e indispensable en el sistema de garantías contra el poder Estatal⁴⁸⁶, es posible atacarlas indirectamente.

En efecto, la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo provee un recurso indirecto específicamente en el Literal C del Art. 3, que establece que también procederá la acción contencioso administrativa: “Contra actos que se pronuncien en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.”

El recurso indirecto que plantea la ley, constituye una impugnación de actos que se produzcan en aplicación de disposiciones de carácter general, fundados en que tales disposiciones no son conformes a derecho. De lo anterior se entiende que el recurso indirecto no tiene la finalidad de impugnar el propio reglamento, sino por el contrario, el acto de aplicación de aquél, fundándose en la ilegalidad de la disposición general⁴⁸⁷.

Para que proceda el recurso indirecto, lógicamente debe existir entonces un acto previo y se debe invocar expresamente las normas de rango superior que se consideran infringidas ya sea por el reglamento o las normas específicas, es decir será necesario aducir motivos sustantivos o formales que vuelvan ineficaz la validez de la norma.

Finalmente debe puntualizarse, sin embargo que el efecto de la sentencia en este caso sería la anulación del acto administrativo, no del reglamento, siguiendo la disposición incorporada en el ordenamiento jurídico, lo que la haría susceptible de aplicaciones posteriores a pesar de que existan sentencias que hayan declarado la nulidad del reglamento por la estimación del recurso indirecto.

⁴⁸⁶ Tomas Ramón Fernández Rodríguez, Los Sindicatos y El Recurso Contencioso,, Revista de Administración Publica, Numero 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968, Pág. 133

⁴⁸⁷ Jose Maria Boquera Oliver, La impugnación e inaplicación Contencioso Administrativo de los reglamentos, Revista de Administración Pública, Numero 149, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, Págs. 23 y sigs.

Ahora bien, si bien cierto, que el recurso indirecto constituye según la ley, el cause natural mediante el cual los particulares pueden reaccionar frente a reglamentos de contenido ilegal, este recurso no constituye la única manera de atacarlos, así, en ocasiones la jurisprudencia nacional ha posibilitado la impugnación directa de las disposiciones reglamentarias, específicamente al encontrarnos frente a los denominados reglamentos autoaplicativos⁴⁸⁸, que son definidos como aquellos que provocan efectos directos sobre situaciones jurídicas individualizadas, afectando derechos sustantivos de ciudadanos.

Lo anterior resulta del hecho, que ocasionalmente las Administraciones Públicas en fraude de ley y a efectos de evitar la impugnación de un determinado acto administrativo, procede a dictar actos escondidos bajo forma de normas o disposiciones reglamentarias. Bajo los anteriores supuestos la Sala de lo Contencioso en reiterada jurisprudencia a permitido su impugnación directa, en vista de que se tiene en frente verdaderos actos administrativos, sin embargo debe hacerse la advertencia que en vista de encontrarnos inequívocamente frente a un acto de esta naturaleza, todo recurso debe ser planteado dentro de los sesenta días hábiles que prescribe la ley, caso contrario la posibilidad de impugnación directa desaparece y solo podría atacarse el reglamento indirectamente.

En cuanto a los posibles efectos, de la sentencia que estimara la nulidad de las disposiciones aludidas, sería la expulsión del ordenamiento jurídico, impidiendo que se pudiera aplicar la disposición a futuro, es decir la anulación poseería efectos erga omnes.

Finalmente, existen otras dos maneras de impugnar los reglamentos, la primera se concreta mediante el Control Difuso de Constitucionalidad⁴⁸⁹, que se otorga a todos los Jueces de la República para que conformidad a la Constitución específicamente

⁴⁸⁸ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 31

⁴⁸⁹ Allan R. Brewer-Carias, La Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 83

en el Art. 185, dentro de su potestad de administrar justicia, en casos en que tengan que pronunciar sentencia, declaren la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición, contraria a los preceptos constitucionales. Inaplicar una norma consiste, sencillamente, en prescindir de la misma para resolver un caso en el que tenía vocación de ser aplicada⁴⁹⁰. La segunda, dada la convivencia del Control Difuso y Concentrado⁴⁹¹ en nuestra país, es posible interponer recurso de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que según el Art. 183 de la Carta Magna, se declare la inconstitucionalidad de la leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio.

Cabe aclarar, sin embargo que para plantear la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del reglamento es necesario que la norma reglamentaria no sea acorde a la Constitución, por lo que los controles aludidos se circunscribirán a la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias.

MATERIA AJENA Y EXCLUIDA

La Ley de la Jurisdicción Contencioso regula ciertas materias que no conforman parte de la competencia de la Sala, esta supresión comprende las denominadas materias excluidas es decir aquellas que si bien son de contenido Administrativo, son atribuidas a jurisdicciones administrativas específicas, posiblemente por criterios de especialidad. Por otro lado tenemos la materia ajena que esencia quedan fuera del conocimiento de la Sala por pertenecer a otras ramas de la enciclopedia jurídica, extrañas al Derecho Administrativo. Por consiguiente se procede a estudiar las exclusiones.

⁴⁹⁰ Gabriel Domenech Pascual, La inaplicación Administrativa de Reglamentos Ilegales y leyes Inconstitucionales, Revista de Administración Pública, Numero 155, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág. 61

⁴⁹¹ Allan R. Brewer-Carias, La Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 259

ACTOS POLITICOS O DE GOBIERNO

El estudio de los actos Políticos o de Gobierno se considerada uno temas más polémicos dentro de la historia del derecho administrativo, su teoría se estructura y surge fundamentalmente a la luz de la discusión sobre el concepto de la justiciabilidad del acto⁴⁹². En efecto, por acto político o de gobierno debemos entender aquel acto del Poder Ejecutivo que trasciende más allá de lo administrativo, y que en razón de su contenido político, escapa el control, tanto del orden judicial como del administrativo.

La teoría del acto político germina en Francia, a partir del año 1815 donde la jurisprudencia francesa elabora una doctrina artificial y sin sustento sobre los llamados actos políticos, en los cuales dichos actos se consideraban inmunes al control de legalidad, bien por parte de la justicia administrativa como de la justicia ordinaria. Históricamente el fenómeno apuntado se origina por la presión de la Corona Borbona quienes consideraban que sus decisiones eran legítimas, en contraste del principio de legalidad definido por la Revolución francesa⁴⁹³; así la doctrina de los actos políticos comienza a tomar fuerza después de la caída del Emperador Napoleón I⁴⁹⁴, donde el Consejo de Estado Francés, ante la presión del Rey, estatuyó por vía jurisprudencial que existían actos que no eran susceptibles de control, fundamentalmente por la falta de competencia que se tenía sobre actos de contenido o finalidad política.

La concreción de este criterio se consolida con la famosa sentencia del primero de mayo de 1922 dictada en el *affaire laffitte* donde el Consejo de Estado francés se pronuncio sobre su incompetencia para enjuiciar los llamados actos políticos. Esta

⁴⁹² Miguel Alejandro Malgón Pinzón y Catalina Atehortúa García, Evolución del concepto y control del acto político de gobierno, Universidad del Rosario, Bogota, 2005, Pág. 259

⁴⁹³ Marcel Long, Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, Ediciones Librería El Profesional, Bogota, 2000, Pág. 10

⁴⁹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 565 y sigs

concepción ilustrativamente se repite en otras latitudes como en la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo Estadounidense, en la sentencia del caso Luther V Borden, de 1889, donde se consideró incompetente para decidir sobre una “political cuestión”.

Este concepto grato a los gobernantes, permite excluir del recurso de exceso de poder actos de la Administración que aparezcan inspirados en un *movil político*, calificándolos como actos jurisdiccionalmente inatacables⁴⁹⁵.

A través de la teoría del acto de gobierno, el órgano jurisdiccional, rechaza tajantemente la posibilidad de revisar decisiones gubernamentales tomadas por razones de “alta política” o “razones de Estado”. En estos términos la teoría de los actos políticos constituye una verdadera excepción al ejercicio del control, reprochable desde todo punto de vista jurídico. Sus defensores encuentran en su existencia un mecanismo de escape, adecuado para que las Administraciones públicas actúen sin sujeción alguna al derecho, inspiradas fundamentalmente por motivos calificados de “seguridad” y de “orden social”.

Al hablar de la teoría del acto político frecuentemente se hace referencia a ella, como si se tratará de una actividad del Estado no comprendida en alguna de las funciones del Estado, es decir, de actividad que de alguna manera coexiste al lado de las funciones tradicionales como la legislativa, jurisdiccional o administrativa⁴⁹⁶.

De este modo, un sector de la doctrina, al referirse al acto político o de gobierno, lo señala como un acto que se caracteriza por su causa o fin político, que se identifica como parte de la actividad de gobernar, distinta de la actividad administrativa. La Administrativa busca la observancia y aplicación de la ley, generalmente afectando la esfera jurídica de los particulares; y la gubernativa, donde el Ejecutivo ejerce

⁴⁹⁵ José Ramón Parada, Derecho Administrativo I, Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, Pág. 93

⁴⁹⁶ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 64

actividades que son de alta dirección e impulso necesarios para asegurar la existencia y mantenimiento del propio Estado así como actividades destinadas a orientar el desarrollo de acuerdo a un programa de orden político⁴⁹⁷.

No obstante, la admisión de su existencia no debe entenderse como la admisión de una nueva categoría distinta de las tres funciones que hemos mencionado, pues el elemento presente en estos actos, no debe afectar su naturaleza jurídica, que continua siendo administrativa. En el mismo sentido como apunta Bachof el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico⁴⁹⁸.

De esta manera en El Salvador la presencia de los actos políticos se ha consolidado desgraciadamente, debido al arraigo legal que de manera expresa se mantiene en el Art. 4 letra "a" de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, donde explícitamente se le considera actividad que no corresponde al conocimiento de la Sala de lo Contencioso.

No obstante lo expresado, la disposición aludida no define claramente las hipótesis en las que las autoridades se encuentran facultadas para emitir actos de gobierno, lo que provoca que en la práctica su definición parta principalmente de la doctrina, que a su vez es tomada de decisiones judiciales, específicamente de las sentencias francesas que han dado pie a la elaboración de una "lista de actos de gobierno", entendiéndose por ella una serie de actos que por su propia naturaleza escapan al control jurisdiccional. En esta lista se encuentran actos como los relativos a las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, las relaciones con otros gobiernos y organismos internacionales, actos de guerra, derechos de gracia, así como de algunas otras medidas de política interior.

⁴⁹⁷ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 65

⁴⁹⁸ O. Bachof, Jueces y Constitución, Editorial Civitas, Madrid, 1985, Pág. 61

La posición sobre los actos políticos ha sido ratificada por la jurisprudencia interna de El Salvador, específicamente el proceso marcado 9-2003 donde la Sala de lo Contencioso califica a esta materia como ajena a la competencia de la Sala, expresándose que: “no existe duda de su exclusión puesto que no se trata de actos administrativos.”

Por nuestra parte, no nos queda más que reprochar la postura adoptada, en vista que con anterioridad hemos dejado claro que los actos políticos no constituirán una nueva categoría de actos, sino constituyen verdaderos actos administrativos, que si bien pueden tener algún móvil político, su naturaleza jurídica sigue siendo la misma, la de actos administrativos.

En efecto, a mi entender, el acto de gobierno es un acto discrecional que emite el Ejecutivo en ejercicio de sus funciones gubernamentales, que necesariamente debe cumplir con todos los requisitos que impone nuestra estructura de Estado de Derecho; es decir que cumpla con los elementos de legalidad exigidos. Debe ser un acto fundado en una ley, donde se expresen los motivos y la oportunidad que justifica su emisión; debe constar por escrito y ser emitido por autoridad competente. Esto significa que sería posible impugnar la forma del acto de gobierno, no así su fondo, ni la oportunidad de su emisión, que queda a la sola apreciación del Ejecutivo.

En la actualidad considero que resulta meridianamente claro que ya no deben de existir lo que García de Enterría denomina ilustrativamente como “Inmunidades de Poder”, esto es actos de la administración pública no justiciables⁴⁹⁹. Debería avergonzarnos a los que tratamos de cultivar el Derecho Administrativo ese pródigo elenco de feudos adonde no penetra la jurisdicción Contenciosa administrativa, la más humillante es la que considera a los actos políticos o de gobierno ajenos al debate procesal administrativo.

⁴⁹⁹ Eduardo García de Enterría, La definitiva erradicación de los actos de gobierno en nuestro derecho, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 106, Editorial Civitas, Madrid, 2000, Pág. 233

ACTIVIDAD PRIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El Art. 2 de la LJCA regula que corresponderá a ella “las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública”. Esta norma ubica el problema fundamental del objeto del proceso, por un lado, las pretensiones y, por otro, los actos de carácter particular de la Administración sujetos a impugnación⁵⁰⁰.

Al citado Art. inicialmente se le puede señalar como una norma que ha quedado inconclusa o incompleta, ya que generalmente los preceptos que se refieren a las posibles pretensiones esgrimibles en los procesos contenciosos establecen que estos se deducirán sobre actos de la Administración Pública pero agregándoseles que deben estar además “**sujetos al Derecho Administrativo**”

Este agregado que se omite en nuestra ley, deriva de la circunstancia que no todos los actos que emite la Administración están sometidos al Derecho Administrativo. En efecto, existen actos emitidos por la Administración Pública regulados en cierta medida por el Derecho Civil, Mercantil, etc.; estos actos en consecuencia, no pertenecen en esencia a la categoría Actos Administrativos ya que estos no son regulados por leyes que posean un contenido, ni un carácter administrativo.

No obstante lo dicho, el Art. 4 Literal b de la LJCA, complementa la omisión del Art. 2 de la misma ley, estableciendo que no corresponderá a la jurisdicción contencioso Administrativo la actividad privada de la Administración. En este sentido a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones donde existe una delimitación positiva de la materia impugnada, en El Salvador la ley realiza una delimitación negativa que declara como materia ajena del contencioso Administrativo la mencionada actividad privada de la Administración.

⁵⁰⁰ Edmundo Orellana, Los Sujetos y El Objeto del Proceso, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 77

A pesar de lo dicho, si bien es cierto que el legislador no ocupó la mejor de las técnicas en la ley, los efectos prácticos resultan los mismos, ya que por un lado no serán conocidos por la Sala los actos privados de la Administración, ni cuestiones atribuidas expresamente a otras jurisdicciones.

En cuanto al primero de los supuestos, la doctrina ha discurrido en diversos razonamientos para dar fundamento y para señalar el campo de aplicación del Derecho Administrativo, así durante el siglo XIX el criterio dominante fue el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es indispensable un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales⁵⁰¹.

El mencionado criterio se completó mediante la distinción entre los diversos actos que el Estado ejecuta, separándolos en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión, admitiendo así que en unos casos el Estado obra dictando actos en los cuales impone unilateralmente su voluntad, en tanto que en otros actúa como un particular.

De esta distinción se concluía que el derecho administrativo sólo era necesario y tenía su campo de aplicación cuando se trataba de la realización de actos de autoridad, dejando al derecho privado la regulación de los actos de gestión.

Esta teoría ha sido casi totalmente abandonada en vista de las graves objeciones que en su contra se han esgrimido por lo que esta distinción se encuentra actualmente en desuso desde finales del siglo pasado, por ser imprecisa, inexacta y por haber perdido su función primordial (excluir la responsabilidad del Estado) ya que

⁵⁰¹ Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 65

de acuerdo con la antigua concepción, solamente los primeros serían verdaderamente actos administrativos.

Lo anterior deriva, de que el derecho privado resulta aplicable solo de manera limitada en la actividad de la Administración, ya que en todos los casos es invariable la presencia del derecho público específicamente, en cuanto a la competencia, causa y forma del acto; siendo solo el elemento objetivo el regulado por derecho privado⁵⁰².

Hoy día, con cierta semejanza, aunque con mayor precisión, se habla de actos de derecho privado practicados por la administración y actos regidos por el *derecho público*. En este sentido la jurisdicción contencioso-administrativa no nace para conocer de todas las pretensiones que se dedujeren frente a las actuaciones de la Administración. Sino, se estructura para conocer, únicamente, de cierto número de litigios, de aquellos en el que interés general pueda verse amenazado⁵⁰³.

Por ello, cuando las entidades públicas que integran la Administración realizan sus fines al igual que los demás sujetos de Derecho, los litigios planteados deberán ser dirimidos por el orden jurisdiccional competente de cada caso, y al contrario, cuando la entidad actué en régimen de prerrogativa, es decir en base al Derecho Administrativo, las pretensiones que se deduzcan en relación a esta deberán ser deducidas ante la jurisdicción contencioso Administrativa⁵⁰⁴.

En cuanto a las cuestiones atribuidas expresamente a otras jurisdicciones como Civil, Social, Penal, se entiende que aún cuando es la Administración Pública es la encausada, la jurisdicción contencioso administrativo no resulta la autoridad competente para conocer del asunto ya que si se toma al ordenamiento jurídico como el fundamento de la pretensión, esta servirá como el criterio determinante y

⁵⁰² Roberto Dormí, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, Pág.224

⁵⁰³ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo(Ley 29/1998 de 13 de Julio) Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 123

⁵⁰⁴ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo(Ley 29/1998 de 13 de Julio), Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 124

delimitador de los distintos órdenes jurisdiccionales, por lo que cuando la pretensión se funde en normas de Derecho civil o, mejor de Derecho privado en general, su conocimiento corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional Civil.

CORTE DE CUENTAS DE LA REPUBLICA

Dentro de las materias que se consideraban excluidas dentro del Contencioso Administrativo, es decir, aquellas en que aún siendo actuaciones que por su naturaleza caen dentro del ámbito de la jurisdicción Contencioso Administrativos, pero que por determinados motivos se ha apartado y excluido expresamente del conocimiento de la Sala de lo Contencioso, encontramos los Actos de la Corte de Cuentas de Cuentas.

Calcular el nivel de democracia de un gobierno no es fácil. Algunos parámetros que se utilizan, como la independencia de los poderes del Estado y la limpieza de los procesos electorales, son engorrosos y conflictivos de medir. Sin embargo, una forma simple de medición es observar si el gobierno rinde cuentas en forma cotidiana y sistemática sobre los gastos públicos, o si los manipula, niega o esconde.

Un estudio sobre presupuestos entre 85 países que difundió la Internacional Budget Partnership, cuyo objeto es provocar mayor gobernabilidad y combatir la pobreza, reveló que un 80% de los gobiernos no informa sobre el uso de los dineros públicos, muchos de ellos latinoamericanos. El más opaco es Bolivia, ubicado en el puesto 74, seguido por República Dominicana (68), Honduras (66), Nicaragua (62), Venezuela (54), El Salvador (48), Ecuador(47), Costa Rica (39), Guatemala (38), México(28), Argentina (25) y Colombia (18). El país más transparente resultó Brasil (7) y luego Perú (11). La mala ubicación es similar a la que estos países obtuvieron en otros sondeos sobre información pública general.

Por este estado de cosas es que surge instituciones como la Corte de Cuentas de la República que en El Salvador es el órgano que fiscaliza los actos de la Hacienda Pública. Su función principal es garantizar el estricto control financiero contable de los actos del gobierno, es decir proporcionar un control preventivo y sucesivo a la ejecución correcta del presupuesto del Estado⁵⁰⁵. Esto se traduce en ejercer vigilancia en lo concerniente a la observación de las leyes, de la materia, así como a autorizar sólo gastos que estén autorizados y para los cuales existen fondos, la comprobación que tales gastos han sido hechos de acuerdo a lo autorizado y de que los bienes cuya adquisición se autorizó existan realmente⁵⁰⁶.

En las naciones de América Latina uno de los desafortunados flagelos, que evitan el progreso de los pueblos, se compone indudablemente por la corrupción⁵⁰⁷. Es por esta situación que resulta necesario la ayuda de instrumentos técnico jurídicos especializados⁵⁰⁸ para paliar esta mala gestión y disposición de los fondos Públicos; uno de los más poderosos instrumentos hasta el momento ideados es la Corte o Tribunal de Cuentas cuya finalidad procura la aplicación de Principios de Buen Gobierno.

La Administración Pública en el Estado social y democrático de derecho, siempre ha estado sometida a diversos controles, internos y externos, sobre la gestión de los intereses públicos y sobre el gasto que esa gestión comporta⁵⁰⁹.

En El Salvador, fue con la constitución de 1872 que se creó el Tribunal Superior o Contaduría Mayor de Cuentas, encargándosele de “Glosar las cuentas de los que administren los intereses del Erario Público”. En la actualidad bajo la vigencia de la

⁵⁰⁵ Servando Fernández-Vitorio y Camps, El Tribunal de Cuentas ante su Futura ley Organica, Revista de Administración Pública, Numero 87, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág. 20

⁵⁰⁶ Tinetti-Bertrand Galindo y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, Pág. 1162.

⁵⁰⁷ Francisco González de Cossío, El Estado de Derecho, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 30

⁵⁰⁸ Servando Fernández-Vitorio y Camps, El Tribunal de Cuentas ante su Futura ley Organica, Revista de Administración Pública, Numero 87, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág. 20

⁵⁰⁹ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Control de la Administración Pública, Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 19

Constitución de 1983, se crea La Corte de Cuentas de la República, órgano Constitucional independiente del Ejecutivo, facultado según la Constitución (Art. 195) de fiscalizar la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular⁵¹⁰.

Su Control de conformidad al Art. 3 de la Ley de la Corte de Cuentas, se extiende a todas las entidades y organismos del sector público y a sus servidores, sin excepción. El Control de la Corte además, alcanza las actividades de entidades, organismos y personas que, no estando comprendidos dentro del sector público, reciben asignaciones, privilegios o participaciones ocasionales de recursos públicos.

El fundamento racional que justifica la existencia del Tribunal de Cuentas puede ser reconducido a un principio general del derecho en el estricto sentido de la expresión, principio jurídico de carácter dogmático en la terminología de Esser, inmanente a la naturaleza de la institución. Tal principio podría válidamente enunciarse como aquel que impone a todo administrador de bienes ajenos la rendición de cuentas de su gestión⁵¹¹.

El control que ejerce la Corte de Cuentas dispone de la facultad de pronunciarse sobre la legalidad, eficiencia, economía, efectividad y transparencia, de las actuaciones financieras, administrativas y operativas de las entidades y servidores públicos⁵¹². Existe pues en el Salvador un tipo de control especial de la administración concerniente al empleo de los fondos públicos, que por consistir una jurisdicción especializada, por disposición Constitucional expresa, queda fuera del Control de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵¹⁰ Olimpia J. Hillepradt, Principios de Buen Gobierno un Efectivo Control Anticorrupción, Universidad de Utrecht, San Salvador, 2004, Pág. 8

⁵¹¹ Rafael de Mendizabal Allende, La función Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, Revista de Administración Publica, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, Pág. 1321

⁵¹² Domingo Sesín, Tribunal de Cuentas. Importancia y Alcance del Control Previo. Nuevas perspectivas. Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 290

En el sistema legal Salvadoreño, la fiscalización que ejerce la Corte de Cuentas se realiza bajo dos perspectivas, la Administrativa y jurisdiccional. La primera alude a la comprobación del sometimiento de la actividad económico-financiero del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, efectividad y economía⁵¹³. Las auditorias gubernamentales que se realizan son de índole financieras cuando examinan y evalúan en las entidades y organismos del sector público las transacciones, estados financieros, registros, de las instituciones u operacionales cuando la evaluación se refiere a la planificación, organización, ejecución y control interno administrativo. Esta función fiscalizadora o de examen de cuentas se caracteriza por ser una actividad administrativa, cuyo ejercicio le corresponde a las unidades que establece el Reglamento Orgánico de la Corte Cuentas⁵¹⁴.

Por otro lado la función jurisdiccional se encarga del enjuiciamiento contable⁵¹⁵, es decir que cuando del respectivo examen de las cuentas se deduce la existencia de una infracción a la ley que regula el gasto, si existen operaciones inexactas, si existen errores u omisiones o indicios de haberse cometido algún delito, ello conllevara a la declaración de responsabilidad.

De conformidad al Art. 196 de la Constitución la Corte de Cuentas de la República, para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, se divide en una Cámara de Segunda Instancia y en las Cámaras de Primera Instancia que establezca la ley, que de momento son cinco.

La responsabilidad que deduce en definitivamente la Corte de Cuentas al ser competente de conocer y juzgar las operaciones administrativas y financieras de los organismos Estatales, son de dos tipos: Responsabilidad Administrativa que deviene

⁵¹³ Juan Velarde Fuentes, El Control de los Fondos Públicos, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007, Pág. 407

⁵¹⁴ Olimpia J. Hillepradt, Principios de Buen Gobierno un Efectivo Control Anticorrupción, Universidad de Utrecht, San Salvador, 2004, Pág. 96

⁵¹⁵ Pascual Sala Sánchez, La Constitución, La ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento, Revista de Administración Publica, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, Pág. 132 y sigs

de la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias, o Responsabilidad Patrimonial que se determina por el perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo, debido a la acción u omisión culposa de sus servidores o de terceros.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL.

Hemos dicho, en cuanto a las materias excluidas del Art. 4 de la LJCA, que estas componen aquellas actuaciones que aún siendo propiamente administrativas, por determinados motivos se han apartado y excluido expresamente del conocimiento de esa jurisdicción.

En este sentido las materias excluidas, constituyen recortes asistemáticos al ámbito normal de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que se dejan fuera de esta jurisdicción, para ser conocidas especialmente por Tribunales ad-hoc.

En orden de ideas, nuestra ley expresa que no corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativo los actos del Consejo Central de Elecciones y demás organismos electorales relacionados exclusivamente con la función electoral.

Al hacerse alusión al Consejo Central de Elecciones debemos entender que debido a las reformas constitucionales de 1992, este órgano se concreta hoy en día en el Tribunal Supremo Electoral órgano especializado en resolver conflictos Electorales.

Por otro lado, al delimitarse que la exclusión comprende la función electoral se concibe que esto abarcará todo lo relativo al Derecho Electoral Salvadoreño considerándolo como uno de los instrumentos concretos para asegurar la aplicación del principio democrático en el país, entendiendo que las elecciones constituyen el mecanismo jurídico no solo para la escogencia de los titulares de los órganos representativos, sino además para que los ciudadanos participen, en alguna medida,

en la determinación, ejecución y control de las decisiones políticas a lo largo de todo el proceso gubernamental⁵¹⁶.

El derecho Electoral constituye una parte del Derecho Público que a su vez se desmiembra del Derecho Constitucional. Los autores apuntan que el Derecho Electoral goza de autonomía científica y responde a unos principios propios dado su específico objeto de estudio.

El Derecho Electoral encuentra su cimiento y soporte en la soberanía popular, donde se pregona que el poder político emanará del pueblo, y será delegado, mediante el mecanismo del sufragio, en los diferentes funcionarios del Estado.

Así, la Constitución de República proclama en su Art. 86 que el poder público emana del pueblo y los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecerán la Constitución y las demás leyes de la República.

Ahora bien, en la bibliografía científica y en el habla cotidiana conviven dos conceptos de derecho electoral, uno restringido y uno amplio.

El concepto restringido hace referencia a un derecho subjetivo del individuo de elegir y ser elegido. Este concepto es de hecho idéntico al de sufragio (voting rights). De esta manera el Derecho Electoral abarca únicamente aquellas regulaciones jurídicas que afectan, directa o indirectamente, el derecho de los ciudadanos para influir en la designación de los órganos representativos. Es decir, en esta acepción el Derecho Electoral se circunscribe sólo al derecho del sufragio y se limita, por tanto, en su contenido, a fijar las condiciones jurídicas de la participación de las personas en las elecciones y de la configuración concreta de este derecho de participación⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Rubén Hernández Valle, Derecho Electoral Costarricense, Editorial Juricentro, S.A, San José, 2004, Pág. 20

⁵¹⁷ Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto, Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1998, Pág. 13

Desde esta perspectiva el derecho Electoral establece quienes son electores, quienes son elegibles, al mismo tiempo que trata de determinar si el derecho al sufragio cumple con sus postulados modernos que proclaman que sea universal, igualitario, directo y secreto.

Por el contrario, el concepto amplio alude al derecho que regula la elección de órganos representativos. Esta distinción entre dos conceptos no es nueva y puede hallarse por ejemplo en la clásica obra de Karl Braunias: *Das parlamentarische wahlrecht* (Derecho Electoral parlamentario). Bajo esta segunda acepción el Derecho Electoral abarca todo el conjunto de normas, escritas y no escritas, que regulan la elección de los representantes o personas para los cargos públicos, así como las diversas formas de participación Política⁵¹⁸.

Desde esta óptica puede decirse que el derecho Electoral es un conjunto de normas jurídicas que regulan la elección de los órganos representativos y los mecanismos de participación para influenciar, determinar o controlar las decisiones de los órganos estatales. La concepción amplia abarca todas las etapas de los procesos electorales, lo mismo que la regulación de los órganos electorales y sujetos que intervienen en él.

Esta ultima acepción es la que tiene cabida en nuestro ordenamiento y precisamente será la que quedará excluida del conocimiento de la jurisdicción contencioso Administrativo

Ahora bien, desde el punto de vista político evidentemente es la práctica del sufragio lo que permite la conformación democrática de un Estado, de modo que sus órganos representativos hacen posible la presencia popular y emiten la voluntad de la

⁵¹⁸ Dieter Nohlen, Sonia Picado, Daniel Zovatto, *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1998, Pág. 14

comunidad⁵¹⁹. En este sentido, para que el proceso electoral se realice de manera ordenada y democrática, y para que exista control, será necesaria la creación de instituciones que vigilen las posibles violaciones a las normas electorales, garantizando que el resultado de las elecciones sea legítimo. Lo anterior resulta determinante en la vida de un estado, ya que de la correcta estructuración de estas instituciones depende la estabilidad política del país y la tranquilidad pública. La historia ha enseñado que las dudas en las elecciones o certezas que el pueblo tenga sobre la pureza de las elecciones y sus resultados, son determinantes en los cambios políticos e incluso sociales⁵²⁰.

Dentro de estas entidades encontramos al Tribunal Supremo Electoral órgano al cual entre otras cosas se le otorga el control de la constitucionalidad y legalidad sobre los procesos electorales y en general sobre la actividad electoral.

En cuanto a los antecedentes históricos de esta institución fue con la constitución de 1950 que se crea el Consejo Central de Elecciones, sistema que rechaza el mecanismo de 1886 en el cual las Juntas Departamentales conocían en la elección de Diputados y la Asamblea Legislativa en la elección de Presidente y Vice-Presidente de la República. Este Consejo era elegido por la Asamblea.

Este sistema de nombramiento y de integración no llenó las aspiraciones de los partidos políticos, sobre todo de los grupos políticos opositores, los que con frecuencia acusaban al Consejo de parcialidad, por lo que en 1983 se producen una serie de cambios.

La Constitución de 1983 marca una nueva etapa dentro del proceso eleccionario. La Comisión redactora del proyecto de Constitución al referirse al capítulo relativo al

⁵¹⁹ Juan José Solozábal Echevarría, La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades, Revista de Derecho Constitucional, Numero 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, Pág. 128 y sigs.

⁵²⁰ Tinetti-Bertrand Galindo y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, Pág. 1161

Consejo Central de Elecciones, se planteó diversas alternativas sobre la conformación del Consejo. Unos sostenían que debía estar integrado como tribunal por personas ajenas al quehacer político, otros pensaban que debía estar formado exclusivamente por representantes de partidos políticos. Se expusieron argumentos a favor de una y otra tesis, pero la opinión de la mayoría se inclinó en el sentido de que la integración del Consejo tuviera un fuerte contenido político, no sin descuidar el aspecto de su imparcialidad; por eso se decidió por integrarlo con representantes de los partidos con mayor votación y uno electo de entre una terna propuesta por la Corte Suprema de Justicia. En esta forma los partidos minoritarios no representados en el Consejo, podrán contar con una mayor garantía de imparcialidad que la que pueden ofrecerle los representantes de los partidos políticos.

El Consejo Central de Elecciones quedó formado por tres miembros propietarios y tres suplentes, elegidos por la Asamblea Legislativa, de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hubieran obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. El Presidente es el del partido mayoritario y duraba cinco años en sus funciones.

Con los acuerdos de Paz se ratificaron las Reformas Constitucionales reformándose el Art. 208 de la siguiente manera: Habrá un Tribunal Supremo Electoral que estará formado por cinco Magistrados, quienes durarán cinco años en sus funciones y serán elegidos por la Asamblea Legislativa. Tres de ellos de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos Magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, y no tener ninguna afiliación partidista.

El Magistrado Presidente será el propuesto por el partido o coalición legal que obtuvo el mayor número de votos en la última elección presidencial.

El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad máxima en esta materia, sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma.

En cuanto a sus competencias, la constitución de la República no establece en totalidad las funciones del mismo, por lo que será necesario que nos remitamos a la ley secundaria para demarcarlas; no obstante siguiendo a Dr.Hernandez⁵²¹ Valle sus atribuciones se pueden agrupar en las siguientes: a) Administrativas b) atribuciones de control c) consultivas d) jurisdiccionales y e) legislativas.

Según la anterior clasificación en nuestro medio el insigne jurista Salvadoreño Dr. Albino Tinetti⁵²² desarrolla las atribuciones que le otorga la ley de la manera siguiente:

a) Atribuciones de administración activa. como la convocatoria a elecciones; el nombramiento de los miembros de las juntas electorales departamentales, las juntas electorales municipales y las juntas receptoras de votos; nombramiento del Secretario General, el asesor jurídico, gerentes, subgerentes, jefes regionales departamentales o de sección, así como el personal administrativo, y ejercer las funciones disciplinarias; practicar el escrutinio definitivo de las elecciones presidenciales, de diputados y municipales; llevar el registro electoral debidamente actualizado; llevar el registro de partidos políticos inscritos, o coaliciones de candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República; extender las credenciales correspondientes; y tomar la protesta constitucional a los electos; realizar actos administrativos para el funcionamiento del Consejo y para el buen orden de las elecciones; preparar el presupuesto de gastos; administrar los fondos

⁵²¹ Rubén Hernández Valle, Derecho Electoral Costarricense, Editorial Juricentro, S.A, San José, 2004 Pág. 191

⁵²² Tinetti-Bertrand Galindo y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, Pág. 1161

que le sean asignados y cualesquiera otros recursos destinados a su normal funcionamiento.

El Tribunal, ya se indicó está bajo la Presidencia de uno de sus miembros, el cual preside las sesiones del Tribunal, dirige sus debates, lo convoca y lo representa legalmente. (Esta representación no implica que el Tribunal Supremo Electoral, sea un organismo autónomo con personalidad jurídica, pues si bien goza de total independencia funcional y es un órgano especializado técnico y apolítico encargado de la actividad electoral en El Salvador, sigue enmarcado dentro del Estado personal).

b) Atribuciones de control. Velar porque se cumplan sus acuerdos y disposiciones; suspender total o parcialmente las elecciones por el tiempo que se considera necesario cuando hubieren graves alteraciones al orden público en cualquier municipio o departamento y designar en su caso la fecha en que aquellas deberán efectuarse o continuarse total o parcialmente.

c) Atribuciones consultivas. Resolver las consultas que le formulen los organismos electorales, los representantes de los partidos políticos o coaliciones o cualquier autoridad competente en orden a mantener el normal funcionamiento del proceso electoral y de los organismos respectivos. En otros países como Costa Rica acertadamente se ha introducido como atribución del Tribunal Supremo Electoral la de dictaminar sobre los proyectos de la ley relativos a materias electorales. Esto es importante porque es precisamente el Tribunal el que tiene la experiencia necesaria y el conocimiento suficiente para ponderar si se debe reformar el Código Electoral. De hecho, tanto el Consejo Central como el actual Tribunal elaboran anteproyectos de reforma e incluso de códigos electorales completos; valdría la pena que esta consulta se volviera obligatoria, y que incluso se le diera al Tribunal iniciativa de ley en materia electoral, desde luego reformando la Constitución.

d) Atribuciones jurisdiccionales. Conocer de toda clase de acciones, excepciones, peticiones, recursos e incidentes que puedan interponerse de acuerdo al Código Electoral; conocer y resolver de los recursos interpuestos contra resoluciones de las juntas electorales departamentales, conocer y resolver las peticiones de nulidad de elecciones y de las peticiones de nulidad de escrutinios definitivos, imponer multas en forma gubernativa a los infractores que no cumplieren con el Código Electoral, salvo que se trate de delitos o faltas, las cuales son competencia de los tribunales comunes.

e) Atribuciones legislativas. el Tribunal Supremo Electoral elabora su reglamento interno para cumplir con la aplicación del Código Electoral.

No obstante las extensas atribuciones del Tribunal Supremo Electoral, la atribución que de momento nos interesa es jurisdiccional. Lo anterior en vista que los procesos electorales tienen el permanente riesgo de que las normas que las presiden puedan ser quebrantadas por violaciones de diverso signo. Ante esta situación, ha surgido la justicia electoral que consiste en los procedimientos que se deben realizar para mantener la transparencia de las elecciones y la pureza del orden jurídico, evitando por todos los medios las patologías electorales. En América Latina estas situaciones adquieren especial importancia debido al contexto histórico y estructural de sus regímenes políticos.

La libre expresión de la soberanía popular, en cuanto elemento nuclear de todo Estado, debe ser garantizado a través de un sistema electoral que permita el acceso a la participación política en condiciones de igualdad para todos⁵²³. Puede decirse que la justicia Electoral es el sistema de medios de impugnación que, previsto en la Constitución y desarrollado por la ley, tiene como fin garantizar que los actos y

⁵²³ Angela Figueruelo Burrieza, Notas Acerca del Recurso de Amparo Electoral, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989

resoluciones electorales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y de legalidad⁵²⁴.

En definitiva la Justicia Electoral se constituye como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos creados por el Estado con el objeto de garantizar la Legalidad y constitucionalidad de los procesos Electorales, con la finalidad esencial de otorgar una protección autentica que garantice el derecho a elegir y ser elegido⁵²⁵.

Como apunta Héctor Fix Zamudio, se ha iniciado una nueva disciplina, el *Derecho Procesal Electoral*, que se ocupa del estudio de los instrumentos de solución de los conflictos que surgen con anterioridad o durante las jornadas electorales y que son resueltos por organismos administrativos o judiciales⁵²⁶.

Señala Martínez Martín⁵²⁷ que la defensa judicial más importante y necesaria de la representatividad democrática es la contencioso electoral. Igualmente Mirabeau aborda el tema del contencioso Electoral expresando que se trata de una de las más grandes cuestiones políticas que nos hayan sido presentadas⁵²⁸.

En términos generales, son cuatro las modalidades adoptadas por las distintas legislaciones: en primer lugar, el denominado contencioso político- electoral, en el que el órgano Parlamentario resuelve los conflictos electorales.

⁵²⁴ Jesús Orozco Henríquez (Coordinador), *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas*, México, 1999, Pág. 175

⁵²⁵ Mario Quezada Maldonado, *Derecho Electoral Mexiquense*, Instituto Electoral del Estado de México, México, 2004, Pág. 79

⁵²⁶ Héctor Fix Zamudio, *Teoría de los recursos en el contencioso Electoral*, Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México, 1992

⁵²⁷ A. Martínez Martín, *La Jurisprudencia contencioso-Administrativa de las elecciones Municipales generales de 10 de junio de 1987*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Numero 237, Madrid, 1988, Pág.815

⁵²⁸ Asamblea Nacional, 15 de marzo de 1791, Citado por J. P Charnay, *Le controle de la regularité des élections parlementaires*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, Pág. 1

Un segundo sistema le adscribe el contencioso- electoral a la jurisdicción ordinaria, como instancia de revisión de los actos de las autoridades electorales. Esta modalidad la encontramos, entre otros países, en Inglaterra, Canadá, Argentina, Brasil, México y Paraguay.

El tercer modelo es el denominado contencioso de jurisdicción constitucional, en la que la materia se atribuye justamente a la jurisdicción constitucional. Los casos más ilustres son los de Austria por influencia de Hans Kelsen y el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que tiene una Sala especializada en materia electoral. También en Francia y España se confiere a los respectivos Tribunales Constitucionales la potestad de resolver en última instancia los conflictos que surjan en materia electoral.

Finalmente, tenemos el sistema mixto, que es una creación propia de América Latina, en la cual se asigna la resolución de los conflictos electorales a órganos especializados, que pueden revestir naturaleza administrativa o jurisdiccional. Verbigracia, las Cortes Electorales Uruguayas y chilenas así como sucede Costa Rica y El Salvador.

La competencia en materia contenciosa electoral es asignada en la mayoría de los países latinoamericanos a tribunales electorales especializados y surgen como una respuesta de la región a la necesidad de salvaguardar la naturaleza jurisdiccional de la función de juzgar las elecciones, sin exponer al respectivo Poder Judicial o, al menos, a su respectiva Corte Suprema de Justicia a los recurrentes cuestionamiento y asechanzas político-partidistas⁵²⁹.

En El Salvador, en vista de la existencia de una jurisdicción especializada que conoce sobre conflictos de derecho Electoral, no cabe iniciar una acción contencioso Administrativo por actos que emanen ya sea del Tribunal Supremo Electoral y demás

⁵²⁹ Jesús Orozco Henríquez (Coordinador), *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas*, México, 1999, Pág. 52

organismos electorales debido a que los temas de organización de comicios o partidos políticos, sufragio y demás temas relacionados con la el derecho electoral serán sustanciados por el órgano que constitucionalmente se ha configurado para dichos efectos, quedando excluido del control de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

CONFLICTOS SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una de las materias que han quedado favorablemente excluidas del Contencioso Administrativo es lo referente a los contratos administrativos. Efectivamente el Art. 161 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en los sucesivo LACAP, es suficientemente clara cuando dispone que la resolución de las diferencias y controversias que surjan por la ejecución de los contratos celebrados bajo esa normativa se verificará mediante la observancia de los procedimientos establecidos en el Capítulo I del Título VIII de dicha Ley, especialmente el Arreglo Directo y el Arbitraje.

Por su parte el Art. 25 inciso 2º. de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, en lo sucesivo LMCA, establece como mecanismo de solución de conflictos el Arbitraje para los contratos que las corporaciones de derecho público salvadoreñas celebren con nacionales o extranjeros, lo que denota indubitablemente la voluntad del Legislador de establecer el Arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos con sanción legislativa e institucional.

La doctrina es cada vez más proclive a admitir el carácter obligatorio del Arbitraje, en atención a sus virtudes de celeridad, agilidad y antirritualismo, que lo vuelve preferible ante el medio de resolución de conflictos por antonomasia que es el proceso judicial. Se trata de un fenómeno de institucionalización de un medio que ha tenido carácter hasta hace poco de voluntario y eventual.

El espíritu de estos medios responde a exigencias advertidas con intensidad en la realidad administrativa. Así, prestan una mayor flexibilidad respecto del proceso jurisdiccional, y se configuran como procedimientos desestructurados, no lastrados por formalismos y rigideces procedimentales.⁵³⁰

A este respecto don Enrique Véscovi⁵³¹ en su **”Teoría General del Proceso”** al referirse al Arbitraje expone: “Generalmente encierra la sumisión voluntaria de las partes, quienes, a menudo, también lo eligen libremente. Hay casos de excepción, de arbitraje obligatorio. Así como también hay órganos permanentes de arbitraje, no elegidos para el caso concreto por las partes (tribunales, cámaras, etc.).”

Los Arbitrajes tienen por fuente el Acuerdo entre las partes en conflicto así como a la Ley.

En la primera fuente, el Acuerdo de las partes, se traduce en una cláusula compromisoria, llamado ahora en la LMCA Convenio Arbitral, en virtud del cual las partes aceptan llevar el conflicto al conocimiento y decisión de Árbitros. El Art. 29 LMCA dispuso las formalidades que deben acompañar al Convenio Arbitral, el que deberá constar por escrito y adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente.

También el precepto legal citado reconoce que el Convenio Arbitral puede formalizarse por intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a Arbitraje, situación que también es reconocida por el Derecho comparado⁵³².

⁵³⁰ Alfonso Masucci, El Procedimiento de Mediación como medio alternativo de resolución de litigios Administrativos, Revista de Administración Pública, Numero 178, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 13

⁵³¹ Ver Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999.

⁵³² Francisco González de Cossío, Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 64

En estos casos siempre existe un acuerdo de voluntades orientado a dirimir los conflictos presentes o futuros mediante el Arbitraje.

En la segunda fuente del arbitraje, la Ley, la voluntad de resolver los diferendos entre las partes involucradas proviene no del acuerdo de las partes en conflicto, sino de la Ley⁵³³.

Así sucede en la situación prevista en el Art. 66 del Código de Comercio, tratándose de los conflictos que surgieren entre los socios de Sociedades de personas, con respecto a la interpretación del contrato social o con motivo de negociaciones sociales, y si los socios nada hubieren dispuesto sobre la forma de resolverlos, se encomendara su decisión a los Tribunales comunes o a Tribunales Arbitrales. En tales circunstancias, ante la carencia de acuerdo entre las partes, la Ley suple la voluntad de las mismas y determina que los conflictos serán resueltos mediante la decisión de Árbitros⁵³⁴. Si aplicásemos la regla general, para dirimir tales conflictos, sería atribución de los Tribunales comunes, sin embargo, no es ésta la decisión que adoptó el Legislador, que dispuso que fuesen Tribunales Arbitrales.

Otro caso de Arbitraje establecido por la Ley lo encontramos en el Art. 515 del Código de Trabajo, que dispone que cuando surgen conflictos laborales de carácter económico que afecten a empresas o centros de trabajo que prestan un servicio esencial a la comunidad, se impone el Arbitraje a las partes en conflicto para evitar la interrupción del servicio o para su restablecimiento lo más pronto posible. Ante el peligro que un conflicto de trabajo supone para un servicio esencial, debidamente calificado por el Juez competente, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso y los parámetros que el mismo Art. 515 señala, el Arbitraje no depende de la voluntad de las partes contendientes, sino que el legislador impone ese mecanismo, en consideración al bienestar colectivo.

⁵³³ Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999.

⁵³⁴ Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999.

En el caso de los contratos administrativos, la doctrina acepta que la administración pública someta a arbitraje los aspectos técnicos, pecuniarios o financieros de los contratos que celebre con particulares u otros entes nacionales e internacionales, siempre que no se discutan cuestiones de orden público y con tal que se establezca ese mecanismo por Ley, Tratado o en cláusula compromisoria⁵³⁵.

Al efecto, don Héctor Jorge Escola⁵³⁶ dice: “Repetimos que el arbitraje, en relación con los contratos administrativos y dentro de los límites en que procede, podrá resultar de disposiciones de Leyes generales o especiales que lo autoricen, o también, sin necesidad de ninguna autorización legal, cuando la administración lo haya pactado en el mismo contrato o aún posteriormente.”

La Ley también opera, como fuente de jurisdicción arbitral, respecto de los contratos administrativos regulados por LACAP, que en su Art. 161 manda que los conflictos derivados de la ejecución de los contratos indicados sean resueltos observando el procedimiento establecido en el Capítulo I, denominado Arreglo Directo y Arbitraje, del TITULO VIII que lleva el nombre de SOLUCION DE CONFLICTOS, en particular el Arreglo Directo y el Arbitraje de Árbitros Arbitradores.

Esta disposición legal (Art. 161 LACAP), no supe la voluntad de las partes sino se las impone, debido a que tratándose de conflictos que derivan de contratos administrativos debe privar la celeridad, con el propósito de que no se paralicen o suspendan las actividades del Estado o de los Entes Oficiales Autónomos, lo que provocaría graves e irreversibles daños a la colectividad. Los conflictos en los contratos administrativos, surgen en los inicios del contrato, en su desarrollo y en su finalización, por lo que la prontitud en la resolución de los diferendos resulta ser un objetivo prioritario.

⁵³⁵ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo V, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957, Pág. 539

⁵³⁶ Héctor Jorge Escola, Tratado Integral de Contratos Administrativos, Volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977

Un proceso llevado al conocimiento y decisión de los Tribunales comunes, en materia de contratos administrativos, en que la tramitación es lenta y las decisiones son objeto de múltiples recursos ordinarios y extraordinarios, dilataría por muchos años la decisión de las diferencias contractuales, no así tratándose de Tribunales Arbitrales que dirimen los conflictos en un plazo que por regla general no excede de tres meses, de esta decisión solo podría interponerse el recurso extraordinario de nulidad, que tiene causas expresas para su procedencia y al que la Ley otorga al Tribunal respectivo el plazo de un mes para su resolución, pena de caducidad⁵³⁷. (Art. 70 LMCA).

Por tales razones el Legislador atribuyó la jurisdicción y competencia para resolver los conflictos de los contratos administrativos, una vez celebrada una etapa anterior denominada Arreglo Directo, a Tribunales Arbitrales y no a la justicia ordinaria.

El Art. 161 LACAP sentó de forma indubitable la voluntad legislativa de que las diferencias que surgieren durante la ejecución de los contratos regulados en dicho cuerpo normativo se deberían resolver en particular mediante el Arreglo Directo y el Arbitraje, lo que se justifica más que en ninguna otra materia.

Los detractores de la posición antes expuesta, se amparan en el Art. 165 LACAP centrando lo esencial de su argumentación en la frase “**podrá**” recurrirse al Arbitraje, lo cual atribuiría al Arbitraje la calidad de potestativo y no preceptivo, dejando al acuerdo de voluntades la celebración del Arbitraje, ya que si una de las partes no está de acuerdo éste sería improcedente.

Sin embargo, el Art. 165 debe interpretarse dentro del contexto de toda la LACAP y en particular de lo establecido en su Título VIII denominado SOLUCION DE CONFLICTOS, las que servirán para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de

⁵³⁷ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 15

manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía a tenor de lo dispuesto en el Art. 22 del Código Civil, de tal forma que el Art. 161 sienta las bases o cimientos, que luego son desarrolladas en el resto del articulado. En consecuencia, el Capítulo I, en el Art. 161 determina la regulación genérica de la Solución de Conflictos, dentro de las que se encuentra la institucionalización por Ley del Arreglo Directo y del Arbitraje, como únicos medios para solucionar los conflictos en materia de contratos administrativos.

Desde esta perspectiva el verbo “**podrá**”, se entiende que debe ser empleado no para denotar la necesidad de un acuerdo arbitral, sino para razonar que la iniciación del Arbitraje queda librada a la decisión y voluntad de la parte que inició el Arreglo Directo, debido a que no existe deber ni obligación de orden legal de deducir la pretensión, en la instancia arbitral.

Además en la LACAP, en el artículo que venimos analizando, el sujeto al que se le atribuye la acción del verbo, necesariamente se refiere a la persona que inició el Trato Directo y que a su discreción se encuentra habilitada para incoar acción en un Proceso de Árbitros Arbitradores. En este sentido la voluntad de la persona contra quien se dirige el Arbitraje resulta totalmente irrelevante, porque ya se dieron las condiciones o circunstancias de hecho para su procedencia, como es haber agotado el Arreglo Directo sin resultados.

En el contexto del articulado del TITULO VIII SOLUCION DE CONFLICTOS, el convenio arbitral resulta absoluta y completamente ajeno. La Ley aborda su temática sin que explícita o implícitamente se refiera al Convenio Arbitral.

Planteadas así las cosas, un punto debatido reiteradamente en estos casos es la posibilidad de renunciar a la sede arbitral para someter las controversias al conocimiento de los tribunales comunes.

Lo anterior surge de la repetida práctica de las administraciones en que obligan a los particulares a renunciar al Arbitraje forzoso.

Llama la atención, como frecuentemente se realiza la invocación a la equidad y moralidad, para la renuncia de la cláusula Arbitral, argumentándose que esta renuncia al Arbitraje no es inconstitucional, sino mas bien el ejercicio del derecho de libertad y voluntad del contratista de establecer la forma de dirimir sus conflictos, pues al no haber consultado o esgrimido nota alguna al respecto durante el proceso de contratación, y al haber firmado el contrato en los términos expuestos expresó su voluntad de someterse a la competencia de los Tribunales Comunes y por ello no existe vicio de inconstitucionalidad pues ha intervenido una voluntad expresa del contratista en la oferta y en el contrato de mérito.

El Código de Napoleón, que el nuestro rinde pleitesía, postula un tipo de contrato negociado en que operan ofertas y contraofertas, en que el texto del contrato resulta del fruto de largas tratativas y conversaciones preliminares⁵³⁸. En definitiva, lo que los Catedráticos que nos formaron denominaban regateo jurídico. De allí que el contenido de las cláusulas contractuales resultaba de la elaboración en común de las personas a las que el contrato afectaba⁵³⁹.

Al respecto en su Obra Colectiva Carlos Alberto Soto⁵⁴⁰, en un trabajo denominado la Transformación del Contrato: Del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto, afirma que: “El contrato tradicional que crea relaciones contractuales nace del consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas (oferentes y aceptantes), y existe la participación de ambas en la elaboración del contenido contractual.

⁵³⁸ C. Máximo Bianca, Derecho Civil III, Contratos, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2007, Pág. 23 y sigs

⁵³⁹ C. Máximo Bianca, Derecho Civil III, Contratos, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2007, Pág. 27 y sigs

⁵⁴⁰ Carlos Alberto Soto y Otros, Contratación Contemporánea, Editorial Temis, Bogotá, 2000, Pág. 369

Tengamos presente, que el contrato durante el siglo XIX fue la expresión de la libertad individual más absoluta, siendo la autonomía privada la piedra angular de la contratación y de toda la ideología liberal imperante. Al respecto, los historiadores Ourliac y De Malafosse señalan que la evolución del Derecho Privado a partir del siglo XVI supone una exaltación de la autonomía de la voluntad y, por ende, la sociedad civil sólo reposaba sobre convenciones⁵⁴¹.

Actualmente el panorama de la contratación ha seguido un sesgo diferente, especialmente en materia de contratación pública. Los contratos ya no los formulan y redactan las partes en forma conjunta, hoy el contrato resulta predispuesto unilateralmente por uno de los contratantes con anticipación al acuerdo de voluntades. El contrato dejó de ser consecuencia de la libre voluntad y discusión de las partes y ha devenido ni más ni menos que en la adhesión a las cláusulas predispuestas de uno de ellos, el que ostenta mayor poder económico ó político. La forma nueva de contratación, estadio superior a la contratación paritaria ó negociada, fue bautizada con la denominación de Contrato de Adhesión por el Jurista Francés Raymond Saleilles en 1902, en su obra “Declaración de Voluntades” en la que afirma: “indudablemente hay contratos y contratos (...) Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer; (...) se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo⁵⁴².”

⁵⁴¹ Pual Ourliac y de Malafosse, J. Histoire du Droit privé. 1/Les obligations. Presses Universitaires de France, Paris, 1969, Pág. 114

⁵⁴² Raymond Saleilles, De la déclaration de volonté, contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand (Art.116 á 114). Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1929, N° 89, citado por Juan Carlos Rezzónico, Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones Negociales Generales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, Pág. 205

El Contrato Administrativo en El Salvador viene siendo una suerte de Contrato de Adhesión⁵⁴³. Quien dispone contratar con el Estado sabe de antemano que se encontrará sometido a vicisitudes é inconvenientes que no puede cambiar y que la adjudicación y subsecuente contratación será el mejor y mayor logro. Eso lo conocen al detalle aquellos que habitualmente contratan con el Estado. De lo contrario se vuelve necesario salir del negocio.

Decir que el Contratista tuvo libertad de negociar ó discutir esta renuncia supone un desconocimiento completo de la realidad salvadoreña.

Ripert, conocido civilista francés, acuerda que: “La buena fe representa un punto de contacto entre el Derecho y la moral (...)”. Concluye significando: “La buena fe debe manifestarse en la celebración del contrato por la convicción y sinceridad (buena fe creencia) con que las partes realizan las negociaciones o tratativas previas, así como por la honestidad y rectitud de intenciones respecto al compromiso que contraen (buena fe probidad) y en su interpretación y ejecución por el cumplimiento de las leyes de la fidelidad y del honor (buena fe lealtad)⁵⁴⁴.”

También cabe señalar que las cláusulas abusivas existentes en la contratación no solamente parten de la censura a la falta de la buena fe, sino también del abuso de la posición dominante, que no aplica solamente a la materia del derecho de competencia, sino también a las relaciones jurídicas derivadas de contratos predispuestos, en que una de las partes posee una fortaleza económica ó política muy superior a la otra. El abuso de la posición dominante no hace más que trasladar las teorías moralistas del abuso del derecho a las relaciones contractuales.

⁵⁴³ Víctor M. Castrillón y Luna, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 64

⁵⁴⁴ Jorge Bustamante Alsina, La Autonomía de la voluntad la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la Buena fe, Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Editorial Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 1997

En este sentido el colombiano Jorge Pinzón Sánchez⁵⁴⁵, sostiene que: “Dicha noción, en primer lugar, permite aplicar los razonamientos y principios ya decantados a propósito del abuso del derecho en el caso de los contratos cuyo contenido se determina con referencia a condiciones de contratación que incluyan cláusulas «abusivas» en contra del adherente, imposición que en si misma constituye un aprovechamiento abusivo de su posición de preeminencia, como también es abusivo el ejercicio de las prerrogativas (derechos) derivadas de ellas. Así, una de las ventajas retóricas que ofrece la utilización de la expresión cláusulas «abusivas» en el auditorio jurídico actual, es que permite calificar la conducta o posición que conduce a imponerlas, así como la forma en que se aplican tales cláusulas, previa una valoración del proceso contractual precontractual y contractual; dicha valoración impone una hermenéutica de la acción humana –que no se agota en el simple análisis semántico y filológico de las cláusulas escritas por las partes-, ejercicio interpretativo éste que es muy familiar para los penalistas -piénsese en el examen de un supuesto exceso o «abuso» cometido en ejercicio de la legítima defensa- y que resulta indispensable también en el derecho privado, como es evidente en el campo de la responsabilidad civil.”

El Estado actúa premunido de su calidad de ente soberano que en ningún momento le autorizaba a la inmoderación, falta de medida y aprovechamiento injusto de ventajas que sólo habría obtenido mediante la imposición, abuso y desbordamiento de poder, nunca fruto de negociaciones ó acuerdos libremente tomados.

Ocupando frases C. Máximo Bianca⁵⁴⁶, el abuso del derecho trata “la exigencia de evitar una sujeción injustificada de una parte al arbitrio de la otra en la determinación de la relación”.

⁵⁴⁵ Jorge Pinzón Sánchez, *Las Condiciones Generales de La Contratación y Cláusulas Abusivas*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 329

⁵⁴⁶ C. Máximo Bianca, *Derecho Civil III, Contratos*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2007, Pág. 373

El Estado, en carácter de tutelador y guardián de los intereses de la Sociedad, no debería recurrir al ingenuo argumento que el contrato se celebró voluntariamente y que al mismo tiempo se incorporaban las condiciones generales del contrato.

Existen para el Estado principios y valores que deben respetarse⁵⁴⁷. Si esto no fuese así, el sistema jurídico de protección al consumidor se desvirtuaría y se aplicaría con toda su crudeza y crueldad la autonomía de la voluntad en su versión formal y cualquier abuso de la libertad contractual tendría visos de legalidad y legitimidad, renunciándose a los valores de justicia y equidad que deben privar en las relaciones jurídicas, especialmente en las contractuales.

En definitiva, el régimen de las cláusulas abusivas, tiene su arraigo en el Principio General del Derecho de la Buena Fe (Parte del contenido de la justicia que recoge el Art. 1º. de la Constitución) que pretende frenar el abuso del poder de reglamentar el contrato. El poder de imposición de cláusulas se limita en aras de la equidad y buena fe.

En la Ley de Protección al Consumidor, el Estado asume y hace suyos cierto tipo de valores y principios de carácter constitucional y los adapta a las relaciones contractuales. Tal adopción no es transitoria y menos parcial, tales principios y valores deben irrigarse íntegramente a todas las relaciones jurídicas que el Estado regule o se encuentre sujeto.

La percepción de que principios y valores sólo aplican a los particulares se verificaría bajo la óptica totalmente inaceptable y que puede resumirse a que todos están obligados a conducirse según los postulados de la buena fe, menos el Estado. En un estado de derecho no pueden predicarse tales conclusiones. El poder no todo lo puede se encuentra limitado a lo honesto, justo y conveniente.

⁵⁴⁷ Juan Carlos Cassagne, Estudios de Derecho Público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

Se ha deslizado el argumento que la renuncia del Arbitraje carece de tinte abusivo, al estimar que: “abusivo sería vedar toda jurisdicción para resolver sus conflictos”, luego con una desfachatez que pasma, se concluye que “no es el caso”, debido a que los particulares disponen de los tribunales comunes para hacer efectivos sus reclamos. En definitiva, se busca hacer creer la infantil idea que la renuncia a la sede arbitral es intrascendente y no causa daños.

Con relación al tiempo el maestro Couture llegó a sostener que: “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone del tiempo tiene en sus manos las cartas del triunfo”. En este sentido sostiene que el reconocimiento tardío de los derechos es una burla y con frecuencia, además, una crueldad. A consecuencia de ello no es lo mismo el pago de Cien Dólares este día que el pago de igual cantidad dentro de cinco años o más. El poder adquisitivo del dinero disminuye cada día por efecto de la inflación, fenómeno inevitable en nuestras sociedades.

Con justificada razón Alejandro Nieto mantiene la posición de que: “a quien no pagan sus deudores quiere cobrar a todo trance y pronto, aunque sea menos de lo debido, puesto que la falta de líquido puede producir su ruina y de poco le valdrá luego una sentencia generosa si ya no puede recuperarse⁵⁴⁸.”

Pero bien, la renuncia al Arbitraje no es para ambas partes, el Estado nunca ha promovido o iniciado Arbitrajes, ni lo va a hacer, sería tonto de su parte.

El Estado no necesita Arbitraje alguno, que lo someta al riesgo de que la decisión quede a terceros, imparciales é independientes como son los Árbitros.

Lo anterior lo puede evitar con suma facilidad. Las prerrogativas que le confiere LACAP, lo autoriza y así lo hace, que ante un incumplimiento contractual imponga

⁵⁴⁸ Alejandro Nieto, El Desgobierno Judicial, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 37

sanciones administrativas severas. Las bases establecen multas hasta de Dos Mil Dólares diarios y en casos más graves la terminación del contrato con responsabilidad para el contratista, léase caducidad. Todo esto se tramita ante la propia administración que al mismo tiempo tiene la decisión final. Tiene el carácter de Juez y parte ¿Cómo podría perder?

En situación diferente se ubica el contratista que puede inconformarse por la manera en que el Estado cumple con sus obligaciones y pretende hacer efectivos sus reclamos. El contratista tiene que instaurar en todos los casos un verdadero proceso, pero existe una gran diferencia en la tramitación y decisión del reclamo, puesto que tanto en sede arbitral como en los tribunales comunes el laudo o la sentencia la pronuncian juzgadores imparciales é independientes.

No obstante, en la jurisdicción Arbitral aún cuando resulte más onerosa, el contratista puede ver satisfechas sus pretensiones a corto plazo, noventa días de acuerdo a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, y la influencia y presión del Estado sobre los Árbitros, si bien puede existir puede resistirse sin mayores inconvenientes. Los Árbitros no viven del erario público.

Diversa situación se vive en los tribunales comunes en que los procesos por la mora judicial dilatan no tres meses y si estos se convierten en años sería la gloria para los justiciables. Los procesos judiciales tardan en promedio más de cinco años, con el riesgo que sean más, nunca menos, debido a que la ley articula recursos ordinarios (Revocatorias y apelaciones) y extraordinarios (Casación).

No es necesario tener un coeficiente intelectual de nivel superior al promedio, para advertir que el propósito del Estado al enviar los reclamos a la jurisdicción común es que en caso de pagar los reclamos del contratista, tendrá un plazo mayor para ellos, lo que no deja de representar un beneficio a su favor, en perjuicio del contratista. En esto estriba la maniobra. El contratista aún cuando le paguen siempre sufriría una

pérdida real, recibiendo aún la misma cantidad adeudada pero depreciada, sin el mismo poder adquisitivo.

Con ello los titulares del Estado habrán terminado su período y gozarían de impunidad ya que pocos recordarían sus yerros y desatinos, cinco años después en que el conflicto se resuelva, período de caducidad en la investigación de la Corte de Cuentas de la República.

La conducta del Gobierno y Estado de El Salvador al imponer ó forzar la renuncia al Arbitraje, no puede considerarse ejemplar y edificante, digna de admiración, respeto e imitación, en fin, respetuosa de la buena fe y la moralidad.

Lo fundamental e irrefutable si el arbitraje tiene carácter voluntario es que no se justifica la incorporación de una renuncia. Si el arbitraje hubiese sido facultativo o potestativo, habría bastado esperar la demanda y oponerse a ella por falta de cláusula arbitral, pero no, se busca la renuncia debido a que se tenía plena convicción de su obligatoriedad.

El Estado y Gobierno de El Salvador acepta arbitrajes en ausencia de renuncia. Nunca, ha habido una negación estatal al arbitraje ante la falta de renuncia. Esto despeja las pocas dudas acerca del carácter forzoso o preceptivo del arbitraje.

El invento de la renuncia arbitral fue concebido en virtud de su carácter forzoso.

Por otro lado, la regulación en LACAP de la solución de conflictos a través del arreglo directo y del arbitraje tiene sentido y justificación, cuando éstos ostentan el carácter preceptivo, no requiriendo este último cláusula compromisoria, porque las partes al celebrar un contrato administrativo se encuentran sabedoras de que las disputas que entre ellos surgieren, durante la ejecución de los contratos administrativos, únicamente pueden resolverse mediante el arreglo directo y el arbitraje.- En otro tipo

de conflictos ajenos al derecho público, las partes para recurrir al arbitraje requieren pacto expreso.-

Que necesidad tenía LACAP de incorporar la regulación del arreglo directo y el arbitraje en materia de contratos administrativos, si éste tenía el carácter de voluntario, según lo preceptuado en el Código de Procedimientos Civiles y Código de Comercio, que poseían un articulado completo respecto al origen del arbitraje y su procedimiento.- Las reglas de LACAP tienen el propósito cierto de volver mas expeditos y rápidos la solución de conflictos referentes a los contratos administrativos.-

Obsérvese que el capítulo relativo a la solución de conflictos contenido en LACAP, omite consideración a reglas de procedimiento y más bien se centra en la operatividad del trato directo y el arbitraje, tomando al primero como presupuesto procesal del segundo, circunscribiendo la jurisdicción arbitral a los puntos debatidos en el trato directo, siguiendo la secuencia establecida en el Código de Trabajo en que el arreglo directo debe preceder al arbitraje.- El Art. 480 del Código de Trabajo así lo obliga.-

La única disposición legal que arregla lo relativo a la renuncia de los derechos conferidos en las leyes, se ubica en el Art. 12 del Código Civil que a la letra dice: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, **con tal que sólo miren al interés individual del renunciante**, y que no está prohibida su renuncia”.

Las renunciaciones también se vinculan y relacionan a los valores y principios constitucionales que no pueden vulnerarse a través de las mismas.-

El Código Civil prescribe la regla de que la renuncia de los derechos opera solamente cuando éstos solo miran o toman en consideración el interés particular del renunciante. Su observancia resuelve la mayoría de problemas.

Por regla general los derechos patrimoniales, los de contenido económico, son susceptibles de renuncia, pero aún en ellos las legislaciones modernas establecen excepciones como en materia laboral, de inquilinato y recientemente en la mercantil, la Ley de Protección al Consumidor simboliza un buen ejemplo.-

En otras áreas como familia y en general en los denominados derechos sociales se impide la renuncia vía general.-

En estas secuencias la doctrina y la jurisprudencia son contestes que en materias pertenecientes al área de orden público existe imposibilidad jurídica de renunciaciones a los derechos incorporados a las leyes que lo contiene.- Lo anterior con más razón se aplica a las leyes de derecho público.- Tal es el caso de los Contratos Administrativos y el Contrato de Obra Pública es una suerte de ellos, cuya reglamentación se encuentra en LACAP y se adscribe sin lugar a dudas el Derecho Público.

En consecuencia sus instituciones no parten del interés del contratista ni del Estado, sino de los intereses colectivos producto de la suma de la mayoría de los intereses individuales.- Ni el contratista ni mucho menos el Estado se encuentran habilitados a la renuncia del orden contractual que diseña la ley.-

En aplicación a lo anterior la renuncia al arbitraje no es viable desde el punto de vista jurídico.- El arbitraje no se ha establecido en beneficio ni del Estado ni de los Contratistas, sino de los intereses públicos colectivos.-

A la comunidad le interesa la ejecución normal y en tiempo de las obligaciones por parte del Contratista porque de esa manera encuentran satisfacción los intereses públicos.-

Recuérdese también que el Contrato Administrativo se ha convertido en una técnica de colaboración de los particulares con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etc. Quien contrata con la administración no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aún actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las entidades estatales⁵⁴⁹.

Sobre la colaboración de los administrados, que hemos apuntado, el Tratadista Argentino Roberto Dromi⁵⁵⁰ asevera que: “La colaboración, si bien se da en grados variables, implica siempre un doble orden de consecuencias, a saber: uno a cargo del contratista, que exige el máximo esfuerzo, diligencia y capacidad técnica, y otro a cargo de la Administración, en cuanto debe concurrir en auxilio del contratista, incluso fuera de los casos previstos en las leyes o en las cláusulas de los contratos.”

En este sentido existe un elemento político que conduce a brindar la prevalencia al interés general, que se traduce en una serie de prerrogativas a las que recurre el Estado para asegurar y garantizar la continuidad y terminación regular del contrato.

La continuidad expresada, se funda en la finalidad propia del contrato administrativo: la satisfacción del interés público. Se complementa con el espíritu de colaboración que rige en la contratación pública y que se exterioriza en el obligado entendimiento de las partes para superar y obviar todos los obstáculos que se opongan o atenten contra el cumplimiento eficiente del vínculo contractual.

Toda cuestión vinculada a la ejecución del objeto del contrato debe resolverse con “sujeción al criterio de continuidad”. Los contratos administrativos deben cumplirse y

⁵⁴⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005

⁵⁵⁰ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995

ejecutarse conforme al interés público que exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada. Es parte inseparable de la buena fe contractual.⁵⁵¹

Los documentos contractuales, en especial el Contrato, establecen las bases y condiciones a que las partes recíprocamente se someten con el propósito de brindar satisfacción a los intereses públicos, mediante el cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

En el curso de la ejecución del contrato pueden concurrir hechos, eventos o aparecer obstáculos que impidan o dificulten severamente su cumplimiento, alterando las condiciones y términos originalmente previstos y que tornan ineficaces las previsiones contractuales, por lo que si se quiere dar debido cumplimiento a la obra pública pactada, se impone y exige un replanteo de las condiciones que se tuvieron en consideración y que dieron pauta al acuerdo de voluntades, que generaron las obligaciones contractuales. El contrato debe mantener su vigencia, se debe conservar para dar satisfacción al bien común, pero en un entorno técnico financiero distinto al original, porque el cumplimiento del contrato en las condiciones originalmente pactadas conlleva el sacrificio de legítimos derechos legales y constitucionales del contratista⁵⁵².

Por ello Dromi⁵⁵³ sostiene que: “Ello es así por cuanto en los convenios de la Administración la letra del contrato y su instrumentación, no pueden constituirse en un obstáculo insalvable para el logro del fin último, la función-fin, el interés y el bienestar general, tenido en miras en el momento de su celebración.

⁵⁵¹ Roberto Dromi, *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

⁵⁵² Raúl Enrique Granillo Ocampo, *Distribución de los Riesgos en la Contratación Pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990

⁵⁵³ Roberto Dromi, *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

La renegociación y la reconversión buscan de este modo mantener o restablecer la eficacia y la vigencia del contrato público.” Luego agrega: “Cuando el contratista interrumpe por justa causa la ejecución contractual, la Administración Pública debe hacer uso de todos los medios que permitan lograr su cumplimiento, su ejecución, su continuidad, y no su rescisión. Lo que importa en vista del interés general, es que el contrato se cumpla. Por ello la Administración Pública deberá extremar sus recursos para evitar la rescisión. El principio de “continuidad” se explica también como “defensa”, “conservación” o “permanencia” del contrato. La última ratio es la resolución o la rescisión del contrato, porque significa volver a empezar, porque el interés público no se detiene, no se suspende, no se paraliza; ergo, la prestación debe continuar.”

Así, el Art. 161 prevé el arbitraje dirigido a resolver controversias que se susciten durante la ejecución de los contratos, lo que entraña la posibilidad de que sea en sus inicios, mediados o finales que tengan que dirimirse.-

Cuando ocurren en etapa temprana o cuando falta mucho para su terminación, el riesgo que el contrato quede sin concluir se acrecienta, mientras no se encuentra solución, no lo quiere ni lo desea el Estado, razón por la cual pretende evitarlo.- No puede esperarse hasta que el conflicto encuentre solución a largo o mediano plazo, **debe ser corto**.- Recorrer todas las etapas del procedimiento común, que por lo general dilata por más de cinco años, traería perjuicios a ambas partes contractuales y la colectividad no sentiría su efecto.-

Los intereses públicos requieren celeridad en la solución de los diferendos para que la ejecución del contrato no se detenga a pesar del conflicto, sabiendo de antemano que llegará pronto.

Por esto la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública confirma que el Arbitraje es un

mecanismo forzoso en los términos siguientes: “El proyecto avala nuevamente al arbitraje de conciencia, no obstante la poca simpatía advertida en los últimos tiempos por este mecanismo, debido al poco o ningún éxito de las instituciones estatales, al someterse a dicho arbitraje.- El asunto a decidir, plantea como otra alternativa acudir al arbitraje de derecho, que en el fondo equivale al proceso y jurisdicción ordinarios, que incluye la prolongación de las soluciones al sujetarse a todas las estaciones, instancias y recursos establecidos, en perjuicio de la celeridad que reclama la ejecución de los contratos.-

El proyecto se ha definido por la primera alternativa, con la indicación de que la falta de éxito hasta ahora, de parte de las instituciones estatales, no se debe atribuir al arbitraje amigable, sino a la poca o ninguna preocupación o cuidado en obtener verdadera capacidad idoneidad en la defensa procesal de sus intereses, y por otro lado se debe tener claridad en que los árbitros designados, no debe esperarse que actúen en sustitución de los defensores de aquellos intereses, precisamente por que en muchos de los casos carecen de la suficiencia necesaria en materia jurídica”.-

Finalmente, aunque no es posible citar con toda exactitud un antecedente o referente que haya influido en el legislador para adoptar este mecanismo de solución de conflictos, muchos aseguran que existió una influencia determinante del sistema de contratación Chileno⁵⁵⁴, donde justamente ciertos conflictos que surgen de ejecución o interpretación de los contratos públicos, como los de Concesión de obra Pública⁵⁵⁵, son resueltos mediante comisiones conciliadoras que al no llegar a un acuerdo en el plazo establecido en la ley, se transforman en comisiones Arbitrales⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Enrique Silva Cimma, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, Pág.248

⁵⁵⁵ Juan Eduardo Figueroa Valdez, Resolución de controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, Santiago, 2003, Pág. 15

⁵⁵⁶ Rolando Pantoja Bauzá, Derecho Administrativo Chileno, Editorial Porrúa, México, 2007 Pág. 402

ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

Francisco González de Cossío entiende al arbitraje como la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia⁵⁵⁷.

De esta manera, se remite la disputa a una o más personas imparciales (llamadas árbitros) para una determinación final y obligatoria (llamada laudo arbitral).

El arbitraje, la mediación, la transacción y la conciliación se presentan como medios alternativos de resolución de conflictos surgidos entre los particulares. El arbitraje puede representar una manera más ágil y expedita de resolver las controversias, y una opción tutelada por el ordenamiento, adicional a la tradicional vía judicial⁵⁵⁸.

El Arbitraje se define como un medio de solución de conflictos mediante el cual las partes voluntariamente deciden encargar a un tercero, generalmente experto en la materia o de confianza para ambas partes, la solución sus diferencias⁵⁵⁹.

En este sentido decimos que es un método de resolución de conflictos, pues obviamente con el arbitraje las partes persiguen solucionar una controversia, cualquiera que sea su naturaleza⁵⁶⁰. Al mismo tiempo este mecanismo es adversarial, pues cada una de las partes plantea sus pretensiones y la función del tercero –el árbitro– es atribuir la razón a alguno de ellos a través del laudo. Esto lo diferencia, de otros métodos de resolución de conflictos –como la mediación y la conciliación en los que el tercero ayuda a las partes a encontrar una solución que en definitiva ellas elaboran y consienten⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Francisco González de Cossío, Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 2

⁵⁵⁸ Roberto Dromi, Los Jueces, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992, Pág. 215

⁵⁵⁹ Myrna Alvarado Roldán y Otros, El Arbitraje Administrativo, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2008, Pág. 19

⁵⁶⁰ Julio César Rivera, Arbitraje Comercial, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007, Pág. 4

⁵⁶¹ Julio César Rivera, Arbitraje Comercial, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007, Pág. 5

Por otro lado, es alternativo a los tribunales estatales, pues las partes optan por someter la decisión a un particular, quien estará investido de la jurisdicción, pero no forma parte del Poder Judicial ni de ningún órgano estatal. De modo general, el sometimiento es voluntario; el arbitraje es de naturaleza esencialmente convencional y está fundado en la libertad de las partes. No obstante en muchos casos puede resultar forzoso, esto es, cuando la ley impone recurrir al arbitraje.

La Constitución de la República reconoce el derecho al Arbitraje como un derecho fundamental, al determinar que se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes estableciendo que ninguna persona que tenga libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

En este sentido se ha considerado que toda persona posee el derecho fundamental al arbitraje, con lo cual tiene un ámbito subjetivo amplísimo, puesto que, se le reconoce a todo sujeto de derecho, sin restricción de ningún tipo por razón de edad, nacionalidad o ciudadanía, o carácter físico o jurídico de la persona.

En definitiva el texto constitucional no distingue entre personas de Derecho privado y público en cuanto al goce y ejercicio de este derecho fundamental, no obstante, a nivel infraconstitucional, nuestro ordenamiento jurídico ha avanzado, de forma progresiva de una tesis restrictiva a una más amplia.

En torno al arbitraje en Derecho administrativo, la primera precisión que cabe plantear, se refiere a su correcta denominación. Y es que, como se verá, el ajuste no

es meramente gramatical o semántico, sino que permite dejar en evidencia un aspecto de medular importancia en el tratamiento del tema central de este estudio⁵⁶².

En este sentido el Profesor Sabino Cassese realiza una precisión conceptual, delatadora de la realidad procesal del arbitraje en Derecho administrativo, al expresar que no cabe hablar, como con frecuencia se hace, del “arbitraje administrativo”. Según su parecer, se trata de una expresión que no es técnicamente rigurosa, debido a que el arbitraje es un instituto del Derecho común que encuentra aplicación, también, en el Derecho administrativo, sin que sea necesario efectuar mayores ajustes procesales. De este modo, no se justifica distinguir entre el arbitraje común y el “arbitraje administrativo”⁵⁶³.

Esta delimitación conceptual nos permite ir dejando en claro que las mismas regulaciones procesales relativas al arbitraje del Derecho común, deben regir aquel arbitraje en que intervenga un sujeto de Derecho administrativo⁵⁶⁴.

Se trata, con todo, de una tesis que empieza a ser pacífica a nivel doctrinal. Al igual que Cassese⁵⁶⁵, Merino Merchán, de lege ferenda, califica como un error, ubicar el mal llamado “arbitraje administrativo” “...fuera de los parámetros establecidos en la Ley común del Arbitraje...” Mantilla-Serrano, por su parte, alude al “sofisma del arbitraje administrativo”, haciendo ver, en un estudio comparado de la normativa europea, que en ningún caso la normativa llega a distinguir entre un “arbitraje común” y uno “administrativo”⁵⁶⁶.

⁵⁶² Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, *El Arbitraje en el Derecho Público*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 97

⁵⁶³ Sabino Cassese, *L'arbitrato nel Diritto Amministrativo*, Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, Numero 2, Milano: Giuffré, Pág 317

⁵⁶⁴ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, *El Arbitraje en el Derecho Público*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 98

⁵⁶⁵ Sabino Cassese, *L'arbitrato nel Diritto Amministrativo*, Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, Numero 2, Milano: Giuffré. Pág 317

⁵⁶⁶ F. Mantilla-Serrano, *El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea*, Págs. 90 y sigs.

De esta forma, no existe una razón de peso que haga pensar en la necesidad de regular el arbitraje en Derecho administrativo, mediante una normativa específica⁵⁶⁷.

Las ideas trazadas son apreciadas de mejor manera si se intenta una definición del arbitraje en Derecho administrativo. Para Trayter, se trata de “aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición a varios árbitros”⁵⁶⁸.

Obsérvese que la definición introduce, como única variante en relación del arbitraje común, una de carácter subjetivo, en el cual al menos una de las partes deberá ser un sujeto de Derecho público.

Esta característica, sin embargo, no parece justificar un tratamiento procesal diverso al del Derecho común. Las mismas regulaciones procesales lucen adaptables, sin mayor dificultad.

En cuanto a la justificación del arbitraje, puede decirse que radica mayormente en la crisis de la eficacia social de la justicia administrativa y jurisdiccional⁵⁶⁹.

Lo anterior, aunado a las limitaciones del juez, además de la crisis que vive la Administración Pública, que generan sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo, creándose una auténtica crisis de la confianza del Estado⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, *El Arbitraje en el Derecho Público*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 98

⁵⁶⁸ J.M Trayter, *El Arbitraje de Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, Numero 143, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, Pág. 78

⁵⁶⁹ Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

⁵⁷⁰ Alfonso Masucci, *El Procedimiento de Mediación como medio alternativo de resolución de litigios Administrativos*, Revista de Administración Pública, Numero 178, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 14

En este orden de ideas podemos aseverar que la primera crisis, es de la ineficiencia de la justicia administrativa, que afecta al justiciable, la segunda crisis, la de la Administración de justicia, que afecta al ciudadano, pero ambas están estrechamente ligadas, por la rigidez de los procedimientos y estructuras, la inactividad de la administración y a escasa articulación de parámetros participativos son factores, entre otros, que aumentarían la conflictividad social de las decisiones públicas, por lo que las medidas destinadas a disminuir dichas imputaciones producen un efecto positivo sobre la eficacia de justicia administrativa y judicial.

Una de las grandes enfermedades del proceso es la trascendencia jurídica del factor tiempo que especialmente se dilata en el proceso contencioso administrativo⁵⁷¹.

La lentitud patológica de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción ordinaria en ocasiones asume tal magnitud que supone un quebranto del derecho fundamental a obtener una justicia pronta y cumplida o el derecho a un proceso en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (artículo 8º, párrafo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha puesto, nuevamente, sobre el tapete la discusión de la utilidad y necesidad de los medios de solución alternativa de conflictos, entre los cuales figura el arbitraje, instrumento al que se acude con el propósito de obtener una mayor celeridad y rapidez en la solución de una controversia o disputa⁵⁷².

En el campo de la disponibilidad de la materia para ser sometida a un proceso arbitral hay materias que pueden ser sometidas a arbitraje en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión. Sin embargo, es clara la existencia de ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la

⁵⁷¹ Tomas Ramón Fernández Rodríguez, De nuevo sobre la Ejecución de sentencias Contencioso Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 83, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977, Pág. 263 y sigs.

⁵⁷² Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 15

aplicación de los procesos de arbitraje o transacción, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos⁵⁷³.

Autores como Rafael Bielsa afirman en este sentido que de manera general no puede someterse a decisión arbitral: a) la determinación del régimen de prestación de un servicio público, cuando ese régimen se ha organizado en consideración a una necesidad pública; ni la determinación de su objeto; b) la forma de ejercicio del poder de policía general ni del poder de policía del servicio público: por virtud del mismo principio, tampoco las medidas disciplinarias; c) las tarifas básicas de precio del servicio público; d) la forma de contralor que la Administración Pública debe ejercer sobre el otro contratante (concesionario, contratista de obra pública o de suministro; funcionario o empleado especialmente contratado, etc.; e) el declarar la legitimidad o ilegitimidad de actos administrativos; f) la determinación del monto de impuestos o tasas o contribución de mejoras, a menos que respecto de éstas últimas sea necesaria la determinación de las prestaciones realizadas por la Administración pública⁵⁷⁴.

En la Legislación Salvadoreña el Arbitraje en controversias Estatales se encuentra regulado en el Art. 25 de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje que dispone que podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual; no obstante complementando dicha disposición, el Art. 23 de la misma ley establece que los asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público no podrán ser objeto de arbitraje.

⁵⁷³ Myrna Alvarado Roldán y Otros, *El Arbitraje Administrativo*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2008, Pág. 106

⁵⁷⁴ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Tomo V, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957, Pág. 539

Obsérvese que en consecuencia el arbitraje no es permitido en materias que impliquen el ejercicio de una potestad de imperio, al tratarse de potestades irrenunciables de la Administración.

El principio general en orden al arbitraje es que puede acudir a él para dirimir las controversias patrimoniales. Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa o indirectamente asuntos de derecho público. Circunstancia que es, por sí sola, excepcional, en la medida en que el arbitraje concierne, por principio, pretensiones de índole patrimonial. El concepto de “asuntos de derecho público” abarca toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el derecho público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios públicos, o bien el dominio público, etc. y la ejecución de las regulaciones correspondientes en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial. Regulaciones que son de rango legal por la índole de la materia y que incluso conciernen el orden público institucional, como es el caso de las potestades públicas y su ejercicio o el dominio público..”

En relación al mismo tema Eduardo Ortiz Ortiz aclara que la regla es que en derecho administrativo y público en general el arbitraje sobre los negocios de la Administración está prohibido, salvo disposición en contrario que sería excepcional y de aplicación restrictiva... el compromiso o el arbitraje tienen que recaer, si no versan sobre la conducta de la Administración regulada por el derecho privado, sobre la regulada por el derecho público, dado que estos dos son los únicos segmentos de la actividad de la Administración. Esto es importante entenderlo bien, porque en el campo del derecho administrativo la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, de origen y contenido fijado por ley o por reglamento. Es obvio que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero (el árbitro) el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio.

De este modo, no pueden ser objeto de compromiso ni asuntos privados de la Administración de tipo no patrimonial, ni asuntos de derecho público, sobre todo cuando conciernen el ejercicio o a la extensión de una competencia de la Administración⁵⁷⁵.

En lo que respecta al trámite y procedimiento a seguir, la doctrina hemos dicho es conteste en no admitir distinciones procesales en el instituto del arbitraje cuando en el proceso interviene un sujeto de Derecho administrativo. Es decir, resulta de aplicación el mismo procedimiento que aplica para sujetos de Derecho común⁵⁷⁶.

Esta circunstancia, según lo ha dejado entrever por algunos, podría entenderse como una debilidad propia de la legislación, al estar dirigida a litigios entre sujetos de Derecho privado. Este razonamiento, sin embargo, ha sido descartado tanto por el Derecho comparado, como por la más autorizada doctrina antes citada.

En este orden de ideas, cada vez más, el régimen procesal que rige los procesos en que interviene un sujeto de Derecho público, se acerca al que rige a los sujetos de Derecho privado. Por ello, ni aún a modo de lege ferenda, se estima necesario plantear un tratamiento distinto desde el punto de vista procesal.

Lejos de tratarse de una debilidad, más bien debe verse en esta circunstancia, una fortaleza del arbitraje, en el tanto se ven superadas limitaciones inconstitucionales, en lo que a pretensiones y poderes del juez se refiere.

Finalmente una interrogante que muchos se hacen como producto de la antigua exigencia en lo contencioso administrativo del previo agotamiento de la vía administrativa, es el debate si previo a acudir a un arbitraje en que intervenga una

⁵⁷⁵ Eduardo Ortiz Ortiz, Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras, Revista de Ciencias Jurídicas, Numero 27, Costa Rica, 1966, Pág. 221 y sigs

⁵⁷⁶ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 176.

administración pública, debe el interesado cumplir con el procedimiento previo de agotamiento de la vía administrativa.

Acerca de esta posición, uno de los aspectos que contribuyen a estimar el arbitraje como solución de conflictos, es la inexistencia de esta carga irrazonable, que establece al arbitraje como la garantía instrumental idónea para asegurarle al justiciable, una resolución justa y definitiva del conflicto⁵⁷⁷.

La exigibilidad de un formalismo como este, sólo podría ser legítima, en caso de que una expresa disposición legal así lo dispusiera, o bien, en el caso de que las partes, voluntariamente, lo hayan establecido así⁵⁷⁸.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, no hace mención alguna al deber del particular de agotar la vía administrativa antes de acudir a la arbitral, de forma tal que no existe duda alguna de que dicho trámite no resulta exigible.

Ahora bien, esto no excluye que las partes decidan incluir en las cláusulas compromisorias estipulaciones que busquen la solución de la controversia, mediante procedimientos autocompositivos, mediante cláusulas escalonadas. No obstante serán casos particulares⁵⁷⁹.

CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS.-

En los Países en vías de desarrollo ha existido históricamente un déficit interno de inversión y de generación de capital, ello debido principalmente a la insuficiencia de recursos. Por otro lado la presencia y dinámica de la inversión extranjera directa, han

⁵⁷⁷ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 174.

⁵⁷⁸ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 175

⁵⁷⁹ Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, Pág. 175

sido consideradas como los fenómenos más importantes del proceso de globalización mundial⁵⁸⁰.

En este sentido para los inversionistas los países en desarrollo o mercados emergentes representan atractivas perspectivas de inversión y rentabilidad. Sin embargo, con desmedida frecuencia el sistema legal y la Administraciones de Justicia de los países receptores de inversión no poseen un sistema apto para proporcionar y dotar de la confianza necesaria al inversionista. En definitiva nuestros países poseen un sistema deficiente de protección, instituciones débiles y hasta en muchos casos una dependencia y hasta subordinación del poder Administrativo sobre el Poder judicial.

En el sentido señalado se ha acuñado una ilustrativa frase que sintetiza al fenómeno en toda su dimensión, que reza: “Riesgo País”. El país a donde se invierte de acuerdo a sus realidades y circunstancias genera un riesgo a la inversión foránea que no puede ir más allá de lo razonable, pero que si lo sobrepasa conduce a tomar la decisión de no invertir.

A causa de las deficiencias apuntadas y otras más como las experiencias pasadas, los estados receptores de capital, buscan estimular a los inversionistas garantizándoles un tratamiento conforme a un “estándar mínimo internacional”

La respuesta a parte de estos problemas, surge el 18 marzo de 1965, mediante el Convenio de Washington, cuyo objetivo fue estimular un mayor aporte de capital privado extranjero en territorios de los Estados miembros del Convenio, contribuyendo a la confianza y creando un clima favorable para el desarrollo y fomento de la inversión⁵⁸¹. En cumplimiento de lo expuesto se crea un foro neutral é

⁵⁸⁰ Mario Linares, El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006, Pág. 31 y sigs.

⁵⁸¹ Enrique Fernández Masía, Arbitraje en Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral en el Ciadi, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Pág. 15

imparcial de carácter internacional, destinado a la resolución de conflictos, y promotor y facilitador de un clima de confianza de inversiones entre los inversores de un Estado y un Estado receptor⁵⁸².

La Convención de Washington crea el **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES** conocido también con más frecuencia por las siglas CIADI, Institución con sede en Washington, D.C., que integra uno de los cinco Organismos del Grupo del Banco Mundial⁵⁸³. Esta Institución fue creada con el fin de establecer un clima de confianza entre los Estados inversionistas extranjeros y estimular de esta forma el acceso al capital internacional por parte de los países en desarrollo que tratan de conseguirlo.

El CIADI está compuesto por con un Consejo Administrativo y un Secretariado. El Consejo Administrativo está formado por representantes de cada uno de los Estados contratantes. El Presidente del Banco Mundial es ex officio el Presidente del Consejo Administrativo. El Secretariado, por su parte, está compuesto por el Secretario General, quien es a su vez el Vicepresidente y Consejero Jurídico principal del Banco Mundial, por Secretariado General Adjunto y por Consejeros Jurídicos. Las funciones del Consejo Administrativo, de su Presidente, así como el Secretariado están previstas no sólo en la Convención sino también en el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro y en sus reglas de conciliación y arbitraje. Los idiomas oficiales del centro son el inglés, el español y el francés⁵⁸⁴.

El ámbito de aplicación del CIADI se circunscribe a la satisfacción de los requisitos de jurisdicción exigidos por el Art.25 de la Convención de Washington, que requieren: a) Un consentimiento escrito de las partes (*Ratione Voluntatis*), b) Que el conflicto sea entre un Estado contratante del CIADI y una persona natural o jurídica

⁵⁸² Andrés Rigo Sureda, La Noción de Inversión Protegida, Arbitraje Internacional, Tenciones Actuales, Editorial Legis, Bogota, 2007, Págs. 3 y sigs.

⁵⁸³ Enrique Fernández Masía, Arbitraje en Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral en el Ciadi, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Pág. 23 y sigs

⁵⁸⁴ Francisco González de Cossío, Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2004, Págs. 457 y sigs.

privada de otro estado subscriptor (*Ratione Personae*) y c) Que la controversia sea de naturaleza jurídica, y que derive directamente de una inversión(*Ratione Materiae*)⁵⁸⁵.

En lo que al arbitraje se refiere, prevé lo atinente a la solicitud de arbitraje, la constitución de funciones y facultades del tribunal, el laudo, su aclaración, revisión, anulación, reconocimiento y ejecución. Dispone así, que el laudo será obligatorio y no podrá ser objeto de apelación ni otro recurso, salvo los casos previstos en la Convención. Las partes deberán acatarlo y cumplirlo en todos sus términos y el Estado Contratante deberá reconocerlo y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado⁵⁸⁶.

En el Salvador y en casi toda Centroamérica los procesos para la protección de inversiones extranjeras, empieza a principios de los años ochenta cuando la mayoría de estos países deciden suscribir el Convenio de Washington, en la actualidad todos los países centroamericanos han ratificado dicho tratado.

Bajo el Convenio de Washington se posibilita un Arbitraje administrado o institucional, que busca proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones.

Por otro lado, este proceso para la lograr la protección y promoción de inversiones se ha complementado con la ratificación de diferentes tratados bilaterales de Inversión, de los cuales solo en el Salvador existen más de 20, además de 5 tratados de libre Comercio de última generación que poseen disposiciones relativas al fomento y protección de inversiones, cantidad relativamente grande, siendo que el país es

⁵⁸⁵ Sonia Rodríguez Jiménez, El Sistema Arbitral del CIADI, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 93 y sigs.

⁵⁸⁶Alberto B. Bianchi, El Estado Nacional ante El Arbitraje, en Obra Conjunta Procedimiento y Proceso Administrativo, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 755

pequeño con alrededor 21 mil Kilómetros cuadrados y con menos de seis millones de habitantes.

Esta modalidad surgida luego de la Segunda Guerra Mundial, hoy día muy extendida, busca que los Estados se comprometan a celebrar acuerdos bilaterales por medio de los cuales se comprometen, recíprocamente, a proteger las inversiones realizadas por los nacionales de ambos países dentro de sus respectivos territorios. Es evidente que estos “*Bilateral Investment Treaties*” (BITs) que en nuestro derecho podrían ser designados como TBI (Tratados Bilaterales de Inversiones) constituyen un notable avance hacia la juricidad internacional, lo que ha permitido su crecimiento constante. Históricamente, el primero de estos acuerdos fue celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán y hoy día superan el millar⁵⁸⁷.

Toda esta voluntad de negociar tratados de Inversión surge a mediados de los años noventa, donde se aceptan los ofrecimientos de los convenios de promoción y protección recíproca en materia de inversiones extranjeras. Esta política económica, responde a la globalización de la economía mundial, teniendo como principal objetivo lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas e insertar al país en la arena internacional, otorgando al inversor extranjero una protección efectiva.

Señalo solamente que estos Tratados –al menos teóricamente– ofrecen ventajas recíprocas en la medida en que favorecen a las naciones exportadoras de capital para la expansión comercial de sus nacionales y benefician también a los países aquejados por la inseguridad jurídica al permitirles atraer inversiones⁵⁸⁸

En cuanto al contenido de los Tratados Bilaterales de inversión la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE) ha propuesto desde mil 1962 un modelo estándar,

⁵⁸⁷ Alberto B. Bianchi, El Estado Nacional ante El Arbitraje, en Obra Conjunta Procedimiento y Proceso Administrativo, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 755 y sigs

⁵⁸⁸ Alberto B. Bianchi, El Estado Nacional ante El Arbitraje, en Obra Conjunta Procedimiento y Proceso Administrativo, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 755 y sigs

dando como fruto, que los convenios celebrados por los distintos países internacionales, incluyendo El Salvador, exhiben rasgos y preceptos semejantes. Se puede hablar, entonces, de una estructura común de los tratados bilaterales de inversión que incluye: un preámbulo, definiciones, cláusulas de contenido o cuerpo y finalmente, lugar fecha y firma de los representantes de los gobiernos.

En este sentido en El Salvador la mayoría de estos tratados otorgan las protecciones habituales de estos instrumentos, incluyendo:

1)Trato Nacional o (*Nacional Treatment*): Importa como regla general que el inversionista extranjero recibirá el mismo trato que el inversionista nacional, otorgándosele un trato no menos favorable del que se le otorga a un inversionista Nacional.

2) El trato Justo y Equitativo (*Fair and Equitable Treatment*): Esta norma clásica del Derecho Internacional Público, constituye un concepto jurídico indeterminado, que busca sentar un patrón básico de tratamiento, obligando al Estado al respeto de ciertos estándares mínimos en el trato que se otorga a los extranjeros y a los nacionales. Este trato justo y equitativo posee un alcance bastante elástico, no existiendo consenso sobre su contenido y real alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras cosas, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo⁵⁸⁹..

3)Trato de la nación más favorecida (*Most-Favored-Nation Treatment*): Esta es una norma de derecho, generalmente contenida en estos tratados, mediante la cual un Estado otorga a inversionistas de otro Estado, un trato que contenga todos los beneficios, ventajas o privilegios, que en ese campo ha concedido o concederá en el

⁵⁸⁹ S. Guido Tawil, Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001, Pág. 347

futuro a otros inversionistas de otros Estados, excepto en los casos y en las situaciones en que el tratado o la costumbre internacional, disponga de otro modo⁵⁹⁰.

4) Normas de protección y garantías contra riesgos no comerciales: Los tratados de inversión en general, frecuentemente ofrecen protección para el resguardo de los denominados “riesgos políticos” o riesgos “no comerciales”; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica. Entre los riesgos más importantes se encuentran las restricciones de transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares, es decir se protege ante la posibilidad que el Estado interfiera en los derechos o en la propiedad de los extranjeros⁵⁹¹.

5) Cláusulas de “Estabilización” y “Paraguas”, entre otras. El objeto de la denominada *Umbrella Clause* es asegurar que el tratamiento más favorable, dispuesto en acuerdos internacionales u obligaciones reflejadas en la legislación interna, no sea dejado de aplicar por la adopción de nuevos tratados. Por su parte, la cláusula de estabilización o *Stabilization Clause* busca, en una eventual modificación legislativa por una normativa menos favorable, garantizar que se siga aplicando a los inversionistas anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los contratos⁵⁹².

Debe resaltarse que de conformidad a la jerarquía normativa establecida en Constitución de la República, todos los tratados internacionales se encuentran por encima del derecho interno, lo que produce una verdadera internacionalización del ordenamiento jurídico.

⁵⁹⁰ Alfredo Martínez Moreno, Temas de Derecho Internacional y otras Cuestiones Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002, Pág. 19

⁵⁹¹ Mario Linares, El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006, Pág. 54 y sigs.

⁵⁹² Mario Linares, El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006, Pág. 39

Uno de los aspectos de mayor importancia en el contenido de los Tratados bilaterales de inversión, es lo relacionado a los mecanismos previstos para la solución de controversias que pueden surgir durante su vigencia, o lo que en buena cuenta a significado la institucionalización del Arbitraje internacional como medio idóneo para la solución de los conflictos entre las partes contratantes, y un inversionista, en general cuando sobre este último ha existido una afectación indebida en su inversión.

No obstante lo dicho, esta institucionalización a la que hacemos referencia se instituye plenamente a partir de los contenidos de nuestra Ley de Inversiones que en su Art. 15 de manera expresa y directa proporciona a los inversores extranjeros de países suscriptores del Convenio, el acceso directo a la jurisdicción del CIADI, cumpliendo con el acuerdo escrito solicitado en el Art. 25 de la convención de Washington y verificando así la teoría de los dos escalones.

Se exime, pues de toda cláusula arbitral, ya que el consentimiento se otorga por disposición legal, específicamente por el mencionado Art. 15, que indiscutiblemente facilita el acceso al Centro.

Este tipo de consentimiento a través de la legislación interna ha sido llamado por Bliesener como parte del consentimiento automático que puede otorgar el Estado, ya que no resulta necesario un nuevo o posterior consentimiento. En efecto, como pauta general y salvo que otra cosa se mencione en la normativa interna, no será necesaria una tercera prestación del consentimiento estatal, ya que solo si del propio texto legislativo surge claramente la necesidad de otro consentimiento, este tendrá razón de ser, de lo contrario se mantiene intacta la teoría de los dos escalones.

Lo anterior, trae consigo la inclusión de un nuevo concepto de acuerdos arbitrales, denominado “Arbitration Without privity” o arbitraje en Ausencia de Relación Contractual, en donde al hablarse de cláusula o convenio no necesariamente hace

referencia a un contrato. Puede igualmente derivar de una fuente de origen convencional o legislativo lo que conlleva a la desaparición del vínculo entre las partes⁵⁹³.

Las ideas expuestas de encomendar la solución de controversias a una Instancia Jurisdiccional diferente del Estado en que se realizó la inversión, da lugar a una disfunción del esquema tradicional del Derecho, en que el Monopolio de la Justicia residía en el Estado en que nacía el conflicto. La Administración de Justicia tradicionalmente apreciada como una función esencial del Estado se ha adornado con los atributos de inderogabilidad irrenunciabilidad é indelegalidad. Tales dogmas han sido demolidos en materia de protección de inversiones y otros más, y significa brindar la prioridad jerárquica al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, cuyo precursor fue el más insigne e influyente de los juristas del Siglo XX y quien mayor huella ha dejado en las legislaciones, Hans Kelsen.

La internacionalización de la justicia no solamente alcanza y comprende a las inversiones, mediante la jurisdicción arbitral sino también a la protección de los derechos humanos (Corte Interamericana de Justicia) y materias de integración económica (Corte Centroamericana de Justicia).

Con todo parece incuestionable la importancia de la inversión directa en el crecimiento y desarrollo de las economías, aunque en la práctica genere impactos disímiles en las realidades de cada país. El CIADI supone un avance en materia de solución de controversias de inversiones, pues implica una alternativa pragmática frente a la doctrina clásica de la inmunidad soberana de los estados, pues suministra seguridad jurídica en la solución de controversias en materia de inversión.

⁵⁹³ Francisco González de Cossío, Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 476

CLASES DE PRETENSIONES.

La pretensión procesal implica, ante todo, una petición que se hace al órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida⁵⁹⁴.

En este sentido, la legislación Salvadoreña en el Art. 32 de la LJCA, dispone las pretensiones que pueden formularse ante dicha jurisdicción al establecer que la sentencia definitiva recaerá sobre los asuntos controvertidos y declarará la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, dictando para el caso las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado.

Lo anterior significa que existen tres clases de pretensiones, a saber

- 1) Pretensión de anulación.
- 2) Pretensión de reconocimiento de un derecho; y
- 3) La adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de un derecho.

PRETENSIÓN DE ANULACIÓN

La pretensión más evidente que puede deducirse en el proceso contencioso administrativo es la declaración de ilegalidad de un acto administrativo, restringiendo las facultades judiciales en un recurso de mera anulación.

En la pretensión de anulación el demandante busca que el órgano jurisdiccional encargado del control emita un pronunciamiento en cuanto a la procedencia de la acción, que se declare que el acto impugnado no es conforme a derecho, en virtud

⁵⁹⁴ Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 215

que se emitió en infracción del ordenamiento jurídico; y finalmente que se decrete la anulación, ya sea parcial o total del acto administrativo⁵⁹⁵.

La pretensión de anulación o de exceso de poder, como casi todas las instituciones clásicas del Derecho Administrativo se originó en Francia en el año 1864, y en su época represento uno de los avances más espectaculares en la lucha por el imperio de la Ley, al grado que Georges Vedel⁵⁹⁶, Profesor y Decano Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París II, lo califica de garantía de la legalidad en un Estado de Derecho.

A esta pretensión le llama también la doctrina la pretensión básica y siempre necesaria⁵⁹⁷. Y es que en todo proceso contencioso administrativo, quién demanda necesariamente debe pedir lo que queda dicho en el párrafo anterior. Esto es así, porque debe tenerse presente que el proceso contencioso administrativo se incoa contra un acto emitido por la Administración Pública, y el particular lo que pretenderá siempre es que cesen, total o parcialmente, los efectos de dicho acto, es decir, que se declare ilegal y que se anule total o parcialmente. Las demás pretensiones no necesariamente estarán presentes en el proceso.

La pretensión de exceso de poder en el proceso Contencioso Administrativo, en los países de Ibero América, se reduce a solicitar al Órgano Jurisdiccional la extinción de acto administrativo mediante su declaratoria de nulidad, por lo que la pretensión no puede estar fundada más que en la ilegalidad del acto que se impugna. La sentencia para guardar la debida congruencia se limita y circunscribe a la declaratoria de nulidad. No más.

⁵⁹⁵ Edmundo Orellana, Los Sujetos y El Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, 1993, Pág. 129

⁵⁹⁶ Georges Vedel, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

⁵⁹⁷ Eduardo García Enterría y Tomas Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 521

Si la pretensión no se limita a solicitar la declaración de nulidad o anulación del acto, sino que pide, además, el reconocimiento de un derecho será necesario que de un modo claro y preciso se detalle.

PRETENSIÓN DE RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO.

La pretensión puede asimismo consistir en el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que en concreto se formula para que el tribunal reconozca una concreta situación jurídica alterada por el acto impugnado a favor de una persona natural o jurídica⁵⁹⁸.

En esta pretensión, el actor exige la tutela jurídica para que se le reconozca un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo.

Dentro de las características de esta pretensión encontramos, que tradicionalmente solamente podrá formularla personas que sean titulares de un derecho subjetivo, que el acto infrinja el ordenamiento jurídico, que derive el derecho subjetivo del acto y finalmente que la infracción del concreto ordenamiento jurídico debe traducirse en una efectiva lesión al derecho subjetivo del demandante.

Bajo los supuestos arriba mencionados, se configura el primer recurso contencioso administrativo, llamado más tarde de plena jurisdicción que nace bajo la idea de defender derechos subjetivos, defensa que será el eje del sistema contencioso, ya que no hay que olvidar que lo que se busca es que se someta el poder público al orden jurídico en garantía del particular.

Ahora bien, si bien es cierto que se puede deducir de nuestra ley una distinción entre dos procesos distintos (anulación y plena jurisdicción), la doctrina ha emprendido una

⁵⁹⁸ Faustino Cerdón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Arazadi, Navarra, 2000, Pág. 140

cruzada para acabar con esta distinción. Luciano Parejo Alfonso⁵⁹⁹, afirma que deber existir un único proceso contencioso-administrativo, que es siempre, por ello, de plena jurisdicción, en cuanto el menor o mayor alcance de su objeto no depende *a priori* de límites legales (determinantes de tipos de procesos diferentes, cual es tradicional en el sistema francés), sino de las pretensiones efectivamente deducidas en cada caso.”

Este problema ha sido abordado, por varios países, y a mi modo de apreciar, ha sido solucionado, más por la voluntad jurisdiccional y de los aportes de notables jurisconsultos que de su Legislación, que ha llevado por derroteros de una verdadera revolución é innovación jurídica a la justicia administrativa, apoyándose en la Constitución que atribuye al Poder Judicial la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

RESTABLECIMIENTO PLENO DEL DERECHO VIOLADO.

Normalmente, para que el titular de una situación jurídica perturbada obtenga la plena satisfacción de la pretensión, no bastará su mero reconocimiento. Sino que será necesario que se restablezca la situación existente antes de la perturbación que ha motivado la pretensión. De aquí que se pretenda, además del reconocimiento, la adopción de las medidas conducentes al restablecimiento⁶⁰⁰.

En este sentido cuando una actuación administrativa ha conllevado la violación de un derecho, el restablecimiento consiste en la adopción de las medidas oportunas que permitan a un particular recobrarlo⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Luciano Parejo Alfonso, Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Madrid, 2003

⁶⁰⁰ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa(Ley 29/1998 de 13 de Julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 853

⁶⁰¹ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 63

El restablecimiento de los derechos violados puede verificarse en varios ejemplos; así la Sala de lo Contencioso puede restituir un derecho frente a cobros indebidos ordenando la devolución de cantidades ilegalmente recaudadas, o por la imposición de amonestaciones a funcionarios con la eliminación del correspondiente asiento de su expediente personal, entre otras.

COSTAS PROCESALES

Las costas procesales son los gastos que realizan las partes para iniciar, tramitar y concluir un juicio. En el sistema Salvadoreña, el Art. 181 de la constitución establece que la justicia es gratuita, prohibiendo las costas judiciales, es decir, que no se permite que la administración de justicia cobre sus gastos a los particulares. Las costas procesales por otro lado, son las cantidades que por concepto de honorarios se cubren a los abogados por la atención profesional de los asuntos que se les encomiendan, así como los gastos en que incurran las partes en relación con el proceso, como son: honorarios a peritos, viáticos por viajes de las partes (abogados, peritos, testigos, etc.) y todas las erogaciones legítimas y comprobadas que sean una consecuencia directa del proceso⁶⁰².

La condena en costas presupone que su pago haya sido expresamente solicitado por las partes en el juicio; originando la obligación que exista un pronunciamiento que puede responder a tres orientaciones o sistemas: el sistema de *vencimiento puro o simple*, el cual sostiene que el triunfo es por sí razón generadora de una pena adicional para el que ha perdido. El sistema de *indemnización o compensación*, que responde al propósito de restituir, a quien injustificadamente ha sido llevado al tribunal, de las erogaciones, gastos y pagos en que haya incurrido por razón del proceso. Finalmente, el sistema *sancionador de la temeridad o mala fe*, que implica la imposición de una pena a quien, a sabiendas de que carece de derecho, acude al tribunal y provoca injustificadamente la actividad jurisdiccional, la de la contraparte y

⁶⁰² Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1972,

la de otros terceros que acuden al proceso. No puede considerarse ninguno de los tres sistemas como único, la solución consiste en combinarlos de acuerdo con una serie de reglas en que por la naturaleza del asunto, por el monto de los gastos erogados, por la actitud de buena fe o temeridad, por la posición social y económica de las partes y de sus abogados, se puede llegar a una condena de costas justa y operante jurídica y socialmente.

TENDENCIAS ACTUALES DE LAS PRETENSIONES EN EL DERECHO COMPARADO.

Tradicionalmente, la Administración Pública ha fungido como una organización que ostenta poder, y desde una posición de supremacía, lo ha utilizado y puesto de manifiesto a través de sus diversas conductas, las que en teoría, procuran siempre la satisfacción del interés general. Con el transcurso de los años, se ha recapacitado, sin embargo, acerca del fenómeno en el cual dicho comportamiento se aleja en ocasiones de aquél interés, y en muchas otras, lesiona la esfera jurídica del particular. A partir de esta idea, se ha elaborado un refinado concepto que al cabo del tiempo se ha convertido en la piedra angular del derecho público: el acto administrativo⁶⁰³.

En El Salvador, el suceso que indiscutiblemente da origen y comienza todo contienda procesal contencioso administrativa, es precisamente el acto administrativo, como consecuencia directa que en la mayoría de relaciones que posee la administración con los particulares se realizan en base a este tipo de actos, ello debido a que en términos generales el acto administrativo es la forma esencial mediante la cual la Administración expresa su voluntad, vedándose en principio al Estado la realización de simples operaciones materiales.

⁶⁰³ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa Control Judicial de la Inactividad Administrativa, Editorial Investigaciones Jurídica, San José, 2002, Pág. 15

Según nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se ha establecido de manera general, que el ataque a los actos ilegales de la Administración debe efectuarse mediante las pretensiones de mera Anulación y Plena Jurisdicción, exigiéndose siempre la presencia de Actos Administrativos. No obstante desde hace algún tiempo es clara la insuficiencia de tales figuras para controlar las patologías que surgen de la conducta pública, creándose al efecto instituciones que procuran otorgar un control pleno en cuanto a las actividades de la Administración.

Modernamente en países como Alemania y España han surgido nuevas pretensiones que coadyuvan a ejercer este control, hablamos en concreto de la pretensión contra “Inactividad” y las pretensiones contra las “vías de hecho”, procesos que buscan otorgar un control plenario para el desarrollo de un Estado de Derecho, y que buscan tutelar absolutamente los derechos de los ciudadanos ante los excesos de poder de las administraciones. Precisamente la interpretación tradicional del carácter revisor de la jurisdicción administrativa, que exige un acto previo de la Administración, se ha alzado hasta el momento como obstáculo insalvable para fiscalizar jurisdiccionalmente tanto la inactividad de la Administración, como en las actuaciones materiales sin cobertura legal o vías de hecho.

Sobre la primera, la inactividad, no se trata en este caso de la inactividad formal⁶⁰⁴, consistente en la falta de resolución o de tramitación de un procedimiento administrativo, puesto que en tal caso la inactividad se traduce, por ministerio de ley, en un acto presunto por silencio administrativo, que es recurrible en la vía judicial al igual que el acto expreso⁶⁰⁵. Efectivamente, como se desprende de la expresión misma, la inactividad que ocupa nuestra atención, se presenta cuando la Administración Pública no despliega las funciones de orden administrativo que le

⁶⁰⁴ Tomas Hutchinson, Control de la Administración Pública, Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 160

⁶⁰⁵ Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, Pág. 851

impone el ordenamiento jurídico, la mayoría de veces, con afectación de los derechos e intereses de los ciudadanos⁶⁰⁶.

La inactividad formal se refiere a la pasividad dentro de un procedimiento, es decir por la simple no contestación de una petición del particular. La inactividad material, se entiende como la pasividad, un no hacer de la Administración dentro del marco sus competencias ordinarias⁶⁰⁷.

El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas.

Pueden ser objeto de esta pretensión la inactividad de la Administración que, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, convenio o contrato, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas⁶⁰⁸.

Como puede verse, se trata de una actuación administrativa, que no se solapa ni suple la figura del silencio administrativo. El silencio es una ficción legal de cara, fundamentalmente, a la revisión jurisdiccional. Frente a esto, el recurso contra la inactividad tiene un presupuesto de hecho: la Administración ha asumido voluntaria (contrato, convenio) o forzosamente una obligación que tiene que cumplir y no

⁶⁰⁶ Oscar Eduardo González Camacho, *La Justicia Administrativa Control Judicial de la Inactividad Administrativa*, Editorial Investigaciones Jurídica, San José, 2002, Pág. 29

⁶⁰⁷ Alejandro Nieto, *La Inactividad de la Administración y el recurso contencioso-Administrativo*, *Revista de Administración Pública*, Numero 37, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, Pág. 75 y sigs.

⁶⁰⁸ Miguel Sánchez Morón, *Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Suprema de 3 de diciembre de 2008)*, *Revista Justicia Administrativa*, Numero 43, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, Pág. 47

cumple⁶⁰⁹. Por tanto, no supe el acto sino que lo toma como punto de partida ineludible.

Cuando se demanda frente la inactividad material, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que se condene a la Administración a la realización de aquello a que venga obligado por el ordenamiento jurídico, que se cumplan con las obligaciones en los concretos términos en que estén establecidos⁶¹⁰.

No obstante esta novedad, algunos autores prestigiosos han sostenido que dadas algunas limitaciones practicas del recurso, el objetivo que persigue puede lograrse también convirtiendo la inactivada o inercia administrativa en un acto presunto por medio del silencio administrativo, sin mas que formar la correspondiente solicitud⁶¹¹. A pesar de las criticas parece clara la necesidad de un proceso ad-hoc, que se constituya como un instrumento jurídico que se otorga al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Dejándose claro que este remedio no busca sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, como la discrecionalidad, por lo que la ley debe referirse a situaciones concretas⁶¹².

Por otro lado, otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. En estos casos, al no poderse impugnar acto o decisión administrativa alguna, los derechos o intereses afectados carecerían de tutela si no se pudiera recurrir contra la actuación material

⁶⁰⁹ Tomas Hutchinson, Control de la Administración Publica, Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 206

⁶¹⁰ Jesús González Pérez, El Control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1997, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 97, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Pág. 33

⁶¹¹ Alejandro Nieto, La inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción de 1998, Justicia Administrativa, Numero extraordinario, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

⁶¹² Miguel Sánchez Morón, Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Suprema de 3 de diciembre de 2008), Revista Justicia Administrativa, Numero 43, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, Pág. 47

misma. La regulación contra la vía de hecho arranca del principio esencial que impide a las administraciones inicien una actuación contra particulares que no tuviesen sustento en un acto administrativo previo que le sirviese de cobertura⁶¹³.

Por vía de hecho debe entenderse entonces toda actuación material de la Administración que perturbe o lesione los derechos y libertades de un particular de modo efectivo, sin ningún título ni legitimación bastante para ello⁶¹⁴.

En este sentido a partir de conseguir la operatividad real del esquema mencionado, el agraviado podrá intimar a la Administración actuante que será la autora real de la vía de hecho para que cese en la misma. Si dicha intimación no fuera atendida dentro de un plazo prudencial, el interesado podrá interponer directamente recurso contencioso administrativo.

Una vez interpuesto el recurso Contencioso Administrativo su efecto será el de ordenar el restablecimiento de la situación existente antes de la actuación administrativa o la paralización de las actuaciones ilegales⁶¹⁵.

Nos parece, que nuestro sistema ya no debe ser admisible la posición doctrinal que ve al acto administrativo y su discusión sobre su legalidad como el único objeto del proceso, debe entenderse por el contrario que el principio democrático, exige un control universal y plenario de la función o conducta administrativa que comprenda todas sus formas de manifestación (actividad formal, actuaciones materiales y omisiones formales y materiales) y la relación jurídico-administrativa, puesto que, de esta manera se favorece a la legitimación democrática de los poderes constituidos, por cuanto, todas sus conductas o actuaciones están sujetas al control de legalidad

⁶¹³ Santiago González Varas, La vía de hecho administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, Pág. 23

⁶¹⁴ Luis Morell Ocaña, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Pág. 373

⁶¹⁵ Santiago González Varas, La vía de hecho administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, Pág. 128

ejercido por los ciudadanos a través de la justicia administrativa⁶¹⁶. En este sentido toda reforma debe pretender establecer un control universal y plenario de la función administrativa que no deje reductos o ámbitos exentos⁶¹⁷.

Finalmente, otra innovación reciente es el proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros que permite mediante un proceso breve, la aplicación de la línea jurisprudencia contenida en precedentes, a favor de personas que ostentan la misma condición subjetiva valorada en aquellas resoluciones como base del reconocimiento de una determina situación jurídica⁶¹⁸.

Esta jurisprudencia debe estar conformada por dos sentencias, siendo indispensable como requisito sine qua non la igualdad de objeto y causa con la ya fallado, de manera que de no darse la armonía, la gestión debe rechazarse⁶¹⁹.

El proceso se inicia con el pedimento a la Administración Pública frente a la cual se busca el reconocimiento o restitución de una situación determinada. De no acoger el planteamiento del interesado se podrá acudir de manera directa a la instancia judicial⁶²⁰. Si el órgano jurisdiccional estima procedente emite resolución ordenando la extensión y adaptación de los efectos de los fallos y se hará efectiva a través del proceso de ejecución de sentencia⁶²¹.

⁶¹⁶ Eduardo García de Enterría, Democracia, Jueces y control de la Administración, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005, Pág. 47-174

⁶¹⁷ Eduardo García de Enterría, Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud de jurisdicción ¿Un cambio de paradigma? Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007

⁶¹⁸ Manrique Jiménez Meza, El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, San José, 2006, Pág. 625

⁶¹⁹ Ernesto Jinesta Lobo, La Nueva Justicia Administrativa en Costa Rica, Revista de Administración Pública, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 434

⁶²⁰ Manrique Jiménez Meza, El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, San José, 2006, Pág. 625

⁶²¹ Ernesto Jinesta Lobo, La Nueva Justicia Administrativa en Costa Rica, Revista de Administración Pública, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 435

IV. MEDIDAS CAUTELARES

MEDIDAS CAUTELARES

ASPECTOS GENERALES Y CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

De manera elocuente y al mismo tiempo de modo muy apropiada, los procesalistas italianos han acuñado desde hace mucho tiempo el adagio jurídico que enuncia que cuando existe una “giustizia ritardata”, nos encontramos en la práctica frente a una “giustizia denegata”. En efecto, una de las eternas preocupaciones y luchas del derecho procesal ha sido desde siempre la búsqueda de soluciones frente al desmedido lapso de tiempo que tiene que transcurrir en los tribunales de justicia al tramitarse los procesos litigiosos, que ciertamente provocan perjuicios al justiciable⁶²². Esta situación ha querido ser menguada en medida por la implementación oportuna de una tutela cautelar, que hasta el momento se constituye como uno de los instrumentos más eficaces para frenar los efectos nocivos del tiempo en la tramitación de procesos, ya que como bien lo ha expuesto la profesora Carmen Chinchilla Marín⁶²³, no hace falta ser un especialista en derecho para saber que la eficacia de la justicia depende, en gran parte, de la rapidez con que aquélla se otorgue. En este orden de ideas, en la mayoría de países, aún en los considerados desarrollados, autores como Don Fernando García Pullés⁶²⁴, ponen de relieve que la tutela cautelar es en nuestros tiempos el único portal de acceso a la justicia, ello debido a los cambios vertiginosos de la vida actual, fruto de las transformaciones sociales y los avances tecnológicos, que han provocado que las decisiones y acciones se tomen de manera más ágil y rápida⁶²⁵.

⁶²² Almagro Nosete, Comentarios a las leyes políticas, Madrid, 1985, Pág. 54

⁶²³ Carmen Chinchilla Marín, La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

⁶²⁴ Fernando R. García Pulles, Tratado de lo Contencioso Administrativo, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

⁶²⁵ Susana De La Sierra en su obra la Tutela Cautelar Contenciosa-Administrativa y Derecho Europeo pone de relieve que la sociedad moderna se enfrenta al “fenómeno temporal”, a su aceleración y consolidación como un eje de nuevos modelos de vida y convivencia. Los ordenamientos jurídicos han reaccionado frente a esta realidad con instrumentos de urgencia que operen frente a la lentitud.

En este sentido, ya no nos encontramos en los tiempos de nuestros antecesores; la dinámica actual de nuestras sociedades, exigen una protección inmediata de los derechos e intereses de las personas, protección que necesariamente debe ser oportuna, ya que el escenario inverso, hace que esta protección en la práctica sea nugatoria. Ahora bien, en lo que al derecho procesal respecta, resulta imprescindible conciliar la dilatación temporal a la que están sujetos los procesos judiciales, con el inevitable cumplimiento de garantías fundamentales como el debido proceso y el ejercicio del derecho contradictorio de las partes⁶²⁶. Efectivamente los alegatos y pruebas, consumen tiempo y esfuerzo y es aquí donde puede cobrar relevancia las medidas cautelares, como un mecanismo de protección inmediato para quienes buscan justicia frente a lo que se estima injusto e inválido⁶²⁷. Asimismo la tutela cautelar emerge como un instrumento poderoso al servicio de la celeridad procesal y de la tutela efectiva, que armoniza esa duración necesaria del proceso con el aseguramiento de la decisión definitiva⁶²⁸.

En la justicia administrativa, es igualmente, sino aún más necesario la aplicación de estos instrumentos, que respondan a las características de celeridad necesarias en el marco económico y social contemporáneo⁶²⁹, recordemos que es el Estado el que esta ejerciendo las actividades que se impugnan, en principio buscando satisfacer las diferentes necesidades públicas. Es necesario por lo mismo un sistema cautelar eficiente que por un lado no constituya un obstáculo para el interés general a cargo de la administración, pero que al mismo tiempo se constituya como una tutela cautelar plenaria, que exija que las conductas administrativas lesivas, sean

⁶²⁶ Piero Calamandrei en su obra introducción al estudio sistemático de las providencias Cautelares expone que las providencias cautelares suponen la conciliación entre dos exigencias del proceso, con frecuencia antagónicas, como son la de la celeridad y de la ponderación: “entre las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienen, ante todo, a hacerlas pronto, dejando el problema de bien y mal, esto es de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso.

⁶²⁷ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2002, San José, Pág. 11

⁶²⁸ Pilar Teso Gamella, Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 20

⁶²⁹ Susana De La Sierra, Tutela Cautelar Contenciosa-Administrativa y Derecho Europeo, Editorial Arazadi, Navarra, 2002, Pág. 41

contrarrestadas por medidas cautelares correlativas, que prevengan y eviten daños a los intereses y derechos subjetivos de quienes discute sus pretensiones.

Planteada así la situación, el concepto de medida cautelar en la legislación Salvadoreña, no ha gozado siempre de un reconocimiento expreso, ya que tradicionalmente únicamente se señalaban medidas concretas para procesos determinados, y en lo que respecta al contencioso administrativo únicamente se hace alusión directa a la medida consistente en la suspensión del acto administrativo impugnado⁶³⁰. Consecuencia de lo anterior debemos adelantar, que a pesar del tratamiento que se ha dado al tema, en El Salvador existe una percepción bastante parcial de esta institución, que se agrava en el Contencioso, ya que las limitantes en la aplicación de la institución se magnifican por la desmedida reverencia que se le ha rendido al acto administrativo⁶³¹, todavía considerada la única actividad trascendente de las Administraciones Públicas, incidiendo directamente en el tratamiento del tema, y desafortunadamente dejando circunscrita la tutela únicamente en la suspensión de los efectos del acto impugnado.

Ante esta situación, es necesario acudir a la doctrina de los expositores para obtener un conocimiento preciso de lo que representa esta institución. Así, para la elaboración de un concepto de medidas cautelares, la doctrina ha acudido

⁶³⁰ La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en su Capítulo III Titulado Suspensión del Acto Administrativo Impugnado, en su Art. 16 expresa que al admitirse la demanda, la Sala en el mismo auto podrá resolver sobre la suspensión provisional del acto administrativo que se impugna. Expresando en su segundo inciso que la suspensión sólo procede respecto de actos administrativos que produzcan, o puedan producir, efectos positivos.

⁶³¹ Juan Ramón Fernández Torres expresa en su obra *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva*, (Editorial Civitas, Madrid, 1998) que la influencia general que ejerció en su momento el régimen administrativo francés, provocó la transmisión de instituciones propias de este ordenamiento hacia el mundo occidental, así el principio del carácter revisor de la Administración Pública se incluyó en las más importantes legislaciones del continente europeo y fue transplantado también después a algunos países de Iberoamérica. La construcción inicial del excés de pouvoir como recurso administrativo, de alguna forma extrapoló este dogma como un residuo histórico del cual se ha beneficiado la Administración, situándola en una posición privilegiada frente los ciudadanos, dirección que quizás se deba a los excesivos formalismos de la época, que repercutieron negativamente en la regulación positiva de la jurisdicción administrativa, conservando todavía el perfil en algunas legislaciones. La fuerza que desplegó el predominio de este principio, estableció en su fase inicial que la jurisdicción solo podía desenvolverse bajo la existencia de un acto previo, no pudiéndose pronunciarse sobre extremos de los cuales no habían sido objeto de decisión por parte de la Administración, floreciendo inevitablemente la necesidad de un acto administrativo.

generalmente para definir las identificando su naturaleza instrumental, poniendo una especial importancia en su finalidad última, que no puede ser otra que la de garantizar la conservación del objeto litigioso hasta el dictado de la sentencia final⁶³²; las medidas cautelares en este sentido sirven precisamente como mecanismo para evitar la innovación, ya que el juez en cada caso concreto utiliza los medios que son necesarios para que el derecho cuya tutela se solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de tal manera que sea posible ejecutar en su día la sentencia que, llegado el caso, reconociese tal derecho⁶³³. En efecto, el aspecto teleológico de la actividad cautelar ha hecho que diferentes autores las consideren como el mecanismo para garantizar la efectividad de la función jurisdiccional o como un medio para la operatividad de la sentencia a dictarse⁶³⁴, pues debe recordarse el potencial efecto retroactivo de la sentencia que obliga al juez a colocar su resolución en el momento de la demanda, de tal manera que siendo aquellos derechos los que deben acordarse al reclamante, no es dado asistir impasiblemente a su posible desaparición durante el curso del litigio⁶³⁵.

La misma raíz etimológica del vocablo o voz “cautelar” que descende del latín *cautela*, que significa prevenir o precaver, preanuncia el destino eminentemente preventivo del proceso cautelar como aquel instituto jurídico creado para garantizar la efectividad de la tutela judicial⁶³⁶. Bien lo pone de relieve el Profesor Parada al expresar que lo acertado de las medidas cautelares, es que tienden a asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega por esto el ser o no ser

⁶³² Un importante sector de la doctrina plantea la existencia de diversos fines en las medidas cautelares, tales como mantener la igualdad procesal de las partes, finalidad que en su tiempo planteó Carnelutti, expresando que por medio de la tutela cautelar se busca evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de las fuerzas entre las partes. Otros por el contrario entre ellos Calamandrei y Chiovenda han destacado la finalidad publicística de este tipo de providencias, aludiendo que más que defender los derechos subjetivos, garantizan la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional.

⁶³³ Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

⁶³⁴ Bremberg, *La tutela cautelar en el proceso. Su fundamentación jurídica*, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Número 11, La Plata, 1963. Pág. 150

⁶³⁵ Manuel María Díez, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 290

⁶³⁶ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, Pág. 46

del derecho material y la utilidad de los procesos, pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del que resulte vencedor en el proceso o la justicia se convierte en una estafa procesal⁶³⁷.

De este modo, encontramos que aún estudiosos recientes continúan utilizando como base el concepto propuesto por ilustre profesor florentino Piero Calamandrei, para quién las medidas cautelares constituyen la anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma⁶³⁸. Precisamente las medidas cautelares son aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar y preordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada, que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie definitivamente sobre el objeto principal y, como intrínseca finalidad, evitar que se cristalice una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva⁶³⁹

De los conceptos vertidos encontramos que existe una íntima conexión entre estas medidas y la eficacia de la sentencia; sin embargo la medida precautoria tiene por objeto algo más que el aseguramiento de las consecuencias de la sentencia⁶⁴⁰. Si bien es cierto éste es su fin último en la mayoría de las decisiones adoptadas, no debemos olvidarnos de que tales medidas están encaminadas también, y ante todo, a evitar un daño irreparable en la situación particular del demandante, que de no evitarse convertiría en letra muerta la posterior sentencia estimatoria. Es por esto que encontraremos también un fin inmediato en estas medidas, que no es otro que el de suprimir y evitar un daño, ya que el actor precisamente pretende impedir cualquier agravio o menoscabo en su persona.

⁶³⁷ José Ramón Parada Vásquez, Derecho Administrativo I, Marcial Pons, Madrid, 1992, Pág. 680.

⁶³⁸ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias Cautelares, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1945, Pág. 45

⁶³⁹ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Juricentro, San José. 1993, Pág. 464.

⁶⁴⁰ Serra Domínguez y Ramos Méndez, Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil, Barcelona, 1974, Pág.12

Como consecuencia de lo dicho encontramos que las medidas precautorias poseen una doble función, una preventiva, que busca impedir posibles daños en las esferas jurídicas y patrimoniales de los recurrentes y una garantizadora que busca en esencia que la sentencia final conserve las condiciones indispensables para su ejecución⁶⁴¹.

Todo concepto actual y moderno del contenido de la función cautelar debe abordarse dentro de estas dos perspectivas, la preventiva y la garantizadora; en este sentido las medidas cautelares se constituyen como las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por lo jueces en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos e intereses de las partes (función preventiva) y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de objeto⁶⁴² (función garantizadora).

Pese a lo dicho, es posible según lo plantea la doctrina que las funciones preventivas y garantizadoras no se encuentren presentes de manera paralela, ya que así como en unos casos resulta evidente el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación, aún no reconocida por un juez, en otros casos parece privar la finalidad de evitar daños; o de que en el curso del proceso cambie la situación de bienes o derechos litigiosos, produciendo una desigualdad en la posición de los litigantes⁶⁴³.

Así las cosas, parece necesario a fin de que se maneje una buena técnica jurídica, depurar el concepto de medida cautelar, ya que modernamente a esta institución se les ha referido indistintamente como procesos precautorios, medidas provisionales, tutelas de urgencia u otros similares, vocablos que no siempre aluden a una misma figura. Estas denominaciones, modernamente representan en el Derecho Procesal a un conjunto de institutos destinados a dar respuesta jurisdiccional rápida y expedita a

⁶⁴¹ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas, Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002, Pág. 16

⁶⁴² Susana De La Sierra, Tutela Cautelar Contenciosa-Administrativa y Derecho Europeo, Editorial Arazadi, Navarra, 2002, Pág. 42

⁶⁴³ Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 290

determinadas situaciones particulares que no admiten demora en su solución. Dentro de tal categoría, reciben consagración una serie de medidas de variados contenidos, las que tienen en común servir medios instrumentales o autónomos para la defensa inmediata del derecho⁶⁴⁴.

Las bifurcaciones tienden a ampliarse o reducirse según las legislaciones; sin embargo, las más importantes son la tutela satisfactiva autónoma⁶⁴⁵, la tutela satisfactiva interial⁶⁴⁶ y la tutela cautelar propiamente dicha⁶⁴⁷. Las primeras dos no serán abordadas en el presente trabajo debido a su inexistencia en el régimen jurídico Salvadoreño, reduciéndose por esto el estudio a la última figura de la clasificación.

Pero incluso habiendo delimitado más precisamente el tema, es necesario realizar una ulterior refinación en cuanto al vocablo “medida cautelar”, ya que como expuso el propio Calamandrei existen muchas medidas cautelares que no tienen por finalidad la protección del resultado de la sentencia definitiva ni están en función de la ejecución forzosa, pues se trata de medidas estrictamente procesales, como es el caso de aquellas dirigidas a asegurar la prueba, que son mas bien un apéndice del proceso. Es por esto que un sector de la doctrina hace una diferenciación en el concepto de medida cautelar, distinguiendo entre “medidas” y “procesos”, entendiendo que por las primeras simplemente se aseguran actuaciones procesales específicas, mientras que por las segundas se facilita la eficacia del otro proceso, el

⁶⁴⁴ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, Pág. 31

⁶⁴⁵ Por tutela satisfactiva autónoma, nos referimos a aquellas medidas jurisdiccionales urgentes que corresponden a un proceso no provisorio, accesorio o instrumental, que constituye una solución de carácter autónomo, con la esencial característica que el reclamo formulado ante órgano jurisdiccional se agota con el despacho favorable de la medida.

⁶⁴⁶ Por tutela satisfactiva interinal denominadas también sentencias anticipadas, hacemos referencia a medidas de urgencia destinadas a satisfacer la protección un derecho tomando el juez una decisión anticipada sobre el fondo de la litis. Son resoluciones provisionales que procuran una satisfacción de grado equivalente a la sentencia de mérito, aunque el proceso judicial continúe su desarrollo y la sentencia definitiva modifique la anticipada.

⁶⁴⁷ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, Pág. 32

denominado principal. De esta manera entre otros, Guasp⁶⁴⁸ considera que el proceso cautelar⁶⁴⁹ tiene la finalidad de facilitar otro proceso, que asegura los resultados del mismo, característica que se vincula a la esencial connotación instrumental que posee; excluye así instituciones donde se encuentra presente la consideración del peligro de demora, como ocurre con la prueba anticipada, considerado al servicio de la formación de la convicción judicial, antes que la efectividad de la sentencia. Las explicaciones realizadas, pretenden extender el concepto de medida cautelar, arrojando así ambas figuras, no pudiéndose desconocer la bifurcación interna que exhibimos.

Ahora bien, no obstante lo dicho, encontramos que en la actualidad es el proceso cautelar como tal, el que se constituye como la institución de mayor relevancia, situación por lo que soslayaremos la ya abordada ramificación del término medida cautelar, y nos centraremos en ciertos aspectos esenciales del proceso cautelar, que como explicamos anteriormente se estructura sobre la idea de una cierta independencia del proceso principal, al que se debe por su instrumentalidad, pero al cual no se encuentra sometido plenamente⁶⁵⁰.

En primer plano, creo que no estaría demás señalar que la anteposición de la palabra “proceso” al vocablo cautelar, no puede ser considerada de ninguna forma antojadiza o caprichosa, muy por el contrario dicha precedencia hace vislumbrar su verdadera naturaleza jurídica. Justamente, la consideración de la tutela cautelar como un proceso, tan autónomo como los procesos de conocimiento y de ejecución⁶⁵¹, proviene del genio del profesor italiano Francesco Carnelutti⁶⁵², que

⁶⁴⁸ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968

⁶⁴⁹ Según Enrique Vescovi el proceso surge como un modo o manera de realizar la función jurisdiccional, en este sentido se configura como el conjunto de actos dirigidos al fin de resolución de conflictos. Desde un punto de vista similar Eduardo J. Couture, manifiesta que el proceso jurídico es un cúmulo de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

⁶⁵⁰ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas, Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002, Pág.20

⁶⁵¹ Enrique Vescovi manifiesta en su obra Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa fe Bogotá, 1999 que los procesos por su finalidad pueden ser clasificados como de conocimiento, de ejecución o precautorio(cautelar).El primero produce una declaración de certeza frente una situación jurídica(juzgar) y un

incluye este *tertium genus*, invocando su composición provisional y no definitiva en la litis, la que la separa de los demás procesos. Según esto la idea esencial que caracteriza al proceso cautelar es la de intentar que no se disipe la eficacia práctica de la decisión judicial, que por su diferenciado objetivo, necesita una composición que precise de procedimientos, principios y requisitos propios, que la instalan como una categoría particular dentro de la sistemática del derecho procesal⁶⁵³.

El proceso cautelar no es entonces una etapa de un único proceso, sino un proceso auténtico, con características propias, que lo hacen gozar de una unidad conceptual y funcional muy definida, configurándolo como un proceso animado con propósitos específicos, de los cuales pueden predicarse consecuencias jurídicas propias.

A pesar de lo dicho un sector importante en la doctrina aduce todo lo contrario con respecto a la autonomía, expresando que no gozan de todas las características propias de un proceso, ya que por carecer de un fin en sí mismas, por su caducidad y por su carácter provisorio son más un procedimiento o incidente dentro de un juicio.

Por nuestra parte nos adherimos y seguimos la postura de Podetti⁶⁵⁴ que expresa que el proceso cautelar es autónomo en cuanto no son dependencia o un accesorio de un proceso determinado, sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso; en este sentido la pretensión cautelar buscará la protección de determinadas situaciones jurídicas por medio de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico en tanto no se adopte una decisión de fondo. Se considera por tanto un proceso de calidad especial y accesorio cuya naturaleza jurídico material pretende mantener la situación de hecho anterior a la promulgación del acto, con una

segundo que después de que haya una condena ejecuta lo juzgado(actuar). Finalmente dice el autor el proceso cautelar tiene una finalidad instrumental(accesoria) de otro proceso (principal), consistente en asegurar el resultado de este, o sea, evitar que luego de obtenida una sentencia favorable se frustré este resultado, como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución.

⁶⁵² Francesco Carnelutti, Derecho y Proceso, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1971, Pág. 413

⁶⁵³ Susana De La Sierra, Tutela Cautelar Contenciosa-Administrativa y Derecho Europeo, Editorial Arazadi, Navarra, 2002, Pág. 43

⁶⁵⁴ Ramiro Podetti, Tratado de Las Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1955. Pág. 16

causa petendi y petitum que difieren sustancialmente del proceso principal, convirtiéndolo en un proceso de carácter autónomo.

La cuestión sobre naturaleza jurídica que poseen las medidas cautelares ha sido muy discutida tradicionalmente por la doctrina, a ella se han dedicado entre otros, Guasp⁶⁵⁵, Prieto Castro⁶⁵⁶, Fairen⁶⁵⁷, Almagro⁶⁵⁸, Chioventa⁶⁵⁹, Carnellutti⁶⁶⁰, Cortes Domínguez⁶⁶¹ y muchos mas.

En suma, como colofón es necesario nuevamente destacar la importancia desmedida de la tutela cautelar, como la realidad operativa de la justicia, componiendo una respuesta debida a las urgencias subjetivas legítimas, ya que los derechos subjetivos públicos como consagración jurídica de las libertades ciudadanas, revisten en la contemporaneidad una significación de trascendida normativa con su constitucionalización explícita. Pero ese reconocimiento constitucional de los derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales, no se reduce a una mera expresión de deseos sino debe tener a la mano toda la artillería jurídica que fuere menester para asegurar su exigibilidad judicial ante todo intento potencial o actual de violación, trasgresión o desconocimiento, que depende indudablemente de la implementación de estas medidas⁶⁶².

⁶⁵⁵ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968, Pág. 683

⁶⁵⁶ Prieto Castro, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Pamplona, 1982, Pág. 815 y sigs.

⁶⁵⁷ Fairen, La reforma del proceso cautelar, Temas del ordenamiento procesal, Tomo II, Madrid, 1969

⁶⁵⁸ José Almagro Nosete, Constitución y Proceso, Barcelona, 1969, Pág. 49 y sigs.

⁶⁵⁹ Chioventa, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Buenos Aires, 1922, Pág. 316

⁶⁶⁰ Francesco Carnellutti, Derecho Procesal Civil y Penal, Tomo II, Buenos Aires, 1956, Pág. 243

⁶⁶¹ Cortes Domínguez, Algunas notas sobre el proceso contencioso-administrativo, Revista de Derecho Procesal, numero 1, Madrid, 1974, Pág. 785

⁶⁶² Roberto Dromí, Garantías Procesales, Las Cautelares o la ultima razón del Derecho, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, Pág. 17

TUTELA CAUTELAR COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL.

Como bien lo a puesto de relieve Eduardo García de Enterría en su ya clásica obra “La Batalla por las Medidas Cautelares”, la tutela cautelar ha pasado de ser considerada una simple exigencia de buen sentido judicial, para convertirse en una exigencia del más alto rango, del constitucional⁶⁶³.

En efecto, a raíz de las evoluciones jurisprudenciales del derecho comparado y muy especialmente por los pronunciamientos reiterados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁶⁴, existe el pleno convencimiento de la conexión intrínseca entre las medidas cautelares y tutela judicial efectiva, ello en vista que esta última garantía constitucional no se puede limitar a garantizar de manera teórica el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos, sino que también debe impedir consecuencias perjudiciales por la demora de la tramitación de procesos. En este sentido para que sea congruente la actuación de los órganos jurisdiccionales con las exigencias de la defensa en juicio, será necesario que el ciudadano disponga de los medios institucionales necesarios para garantizar la preservación del objeto litigioso, convirtiéndose este derecho en un deber y obligación del Estado, que debe asegurar la eficacia de sus actuaciones.

Justamente, si la Constitución de la República impone al Estado el deber de garantizar la defensa en juicio, se requiere para que sea efectiva, que los procesos se resuelvan en plazos razonables, debiéndose contrarrestar por esto la excesiva dilación de los pleitos; es aquí donde se impone la necesidad de la tutela cautelar, al integrar parte del contenido esencial de la garantía a la defensa. En este sentido la constitucionalización de las medidas cautelares, no sólo busca enunciar su origen

⁶⁶³ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004, Pág.313.

⁶⁶⁴ Manuel Campos Sánchez-Bordona, La Tutela Cautelar de los Derechos con origen en el ordenamiento comunitario, Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

constitucional, sino reafirma que la exclusión o limitación de estas medidas es contraria a la garantía de la defensa en juicio.

Estos extremos, han sido reconocidos de manera unánime por el derecho comparado Europeo, por lo que podemos encontrar pronunciamientos en esta línea por los más prestigiosos Tribunales de ese continente. Así, El tribunal de Justicia de Luxemburgo de manera muy fundamentada se ha pronunciado en las sentencias *Factortame*⁶⁶⁵, *Zuckerfabrik*⁶⁶⁶, *Atlanta*⁶⁶⁷, *Antonissen*⁶⁶⁸ y *Carisen*⁶⁶⁹ considerando a la tutela Cautelar como una manifestación singular de la tutela Judicial Efectiva. La doctrina establecida por el tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente la sentencia *Factortame*, ha ejercido una influencia determinante en diversos países entre ellos España donde su Tribunal Supremo, en la sentencia del 20 de diciembre de 1990 expone que en el ámbito del contencioso administrativo, tomando como base el *fumus bonis iuris*, se sostiene que los estrechos límites del Art. 122 de la Ley Reguladora de esa jurisdicción(1956), tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia constitución(Art.24), derecho, que implica entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar.

⁶⁶⁵ La sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo del 19 de junio de 1990(*Factortame*) estableció la posibilidad de que los Tribunales nacionales suspendiesen cautelarmente la ejecución de sus propias leyes nacionales cuando sus preceptos estuviesen aparentemente contra el Derecho comunitario.

⁶⁶⁶ La sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo del 21 de febrero de 1991(*Zuckerfabrik*) estableció la posibilidad de que los Tribunales nacionales, en supuestos de serias dudas sobre la validez, pudieran suspender la aplicación de Reglamentos comunitarios con ocasión de recursos dirigidos contra actos de la Administración nacional dictados en aplicación de dichas normas comunitarias

⁶⁶⁷ La sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo del 9 de noviembre de 1995(*Atlanta*), que estableció la posibilidad de adopción por los tribunales nacionales de medidas cautelares positivas contra actos de las administraciones respectivas dictados en ejecución de reglamentos comunitarios de dudosa validez.

⁶⁶⁸ Por auto del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de fecha 29 de enero de 1997(*Antonissen*), en el que se establece que el Juez podrá ordenar las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y derecho(*fumus bonis iuris*) y que son urgentes, “en el sentido de que, para evitar que los intereses de la parte demandada sufran un perjuicio grave e irreparable, es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se dicte una resolución en el procedimiento principal.”

⁶⁶⁹ Por auto del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de fecha 3 de marzo de 1998(*Carisen*), en el que se establece que las medidas cautelares “deben, en principio, quedar sin efecto cuando se pronuncie la sentencia que ponga fin al proceso.”

En análogo sentido se han pronunciado la Corte Costituzionale en Italia y el Tribunal Constitucional Alemán, el primero en la sentencia del 28 de junio de 1985, numero 190, que introdujo el poder general en materia cautelar previsto por el Art. 700 del Código de Procedimientos Civiles, dentro del ámbito del proceso contencioso administrativo⁶⁷⁰, también de manera más reciente en el proceso numero 249 de 1996, donde se afirma de manera expresa que la disponibilidad de la medida cautelar es instrumental a la efectividad de la tutela jurisdiccional prevista en el Art. 24 de la Constitución Italiana. En cuanto a Alemania con ciertas variantes también es la interpretación que predomina de donde podemos ver que se delinea la concepción que la tutela cautelar constituye un derecho sustantivo para obtener un control judicial efectivo y real⁶⁷¹.

Se observa pues, que partiendo de unos inicios modestos, la tutela cautelar se ha desarrollado como un subsistema que a menudo supera la importancia del proceso principal, debido a que con ella se pretende evitar hechos consumados⁶⁷².

Por todo lo anterior, advertimos la manifiesta necesidad que impone la Constitución con respecto a la aplicación de las medidas cautelares, que se formula y conectada con toda explicitud no sólo a los supuestos de daños irreparables para los intereses cuya protección se pretende, sino también a la efectividad de la tutela de fondo. En este sentido será constitucionalmente obligatoria ante cualquier situación en que los derechos o intereses a proteger en el proceso de fondo pueden desaparecer, dañarse o desmerecerse, de manera irremediabilmente, si ella no interviene⁶⁷³.

Ahora bien, no obstante la uniformidad de los alcances y el valor que ha obtenido la tutela cautelar en el derecho comparado, en El Salvador todavía podemos advertir

⁶⁷⁰ Tomas Quintana López, Las Medidas Cautelares en el proceso administrativo Italiano, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 64, Editorial Civitas, Madrid, 1989, Pág. 542 y sigs

⁶⁷¹ Mariano Bacigalupo, El Sistema de Tutela Cautelar en e Contencioso Administrativo Alemán, Revista de Administración Publica, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 416

⁶⁷² Eberhard Schmidt-Assmann, Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Instituto Nacional de Administración Publica ,Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, Pág.237

⁶⁷³ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004, Pág.314.

una extrema prudencia a la hora de su aplicación, y más aún al tratarse de procesos contencioso administrativos, situación que nos aísla de la mayoría de legislaciones modernas. Frente a estas realidades, lamentamos la posición mantenida por los juzgadores Salvadoreños que continúan acogidos a posturas de antaño, con frecuencia frustratorias del derecho a la tutela judicial Efectiva, negando la existencia de un verdadero derecho fundamental a obtener la protección preventiva de los derechos e intereses legítimos de los afectados por el obrar ilegal de la Administración Pública.

Las posturas arriba señaladas son contrarias a la buena ejecución de las funciones jurisdiccionales, pues privan y evitan que se cumpla plenamente con Art. 172 inciso 1° de la Constitución, que atribuye a los órganos judiciales, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Opinamos en igual sentido, que nuestra Constitución insta de manera expresa a los órganos judiciales a neutralizar los efectos perniciosos del tiempo, ya que el Art. 182 numeral 5° de la Constitución, impone a los tribunales, la obligación de “vigilar se administre pronta y cumplida justicia”, para lo cual como bien lo formula la parte final del numeral en cuestión será necesario que se adopten “las medidas que fueren necesarias”.

En este sentido considero, que no obstante nos encontramos frente una regulación cautelar deficiente, donde la tutela cautelar se ha constituido en una “rara avis”, los juzgadores sin embargo están facultados por las potestades orgánicas y como derecho fundamental, a ampliar su rango de aplicación, que tal como lo expresa Garcia de Enterría, nos llevaría a una nueva era dentro del contencioso⁶⁷⁴.

Sin embargo, ¿Cómo llegar a este etapa? y asimismo ¿Que consecuencias brotarían del reconocimiento de esta constitucionalización en El Salvador? En primer término, cabe advertir que El Salvador se encuentra en el tránsito del Estado de Derecho o Estado Social tradicional; y busca llegar a un **Estado Constitucional de Derecho**, el

⁶⁷⁴ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

cual concibe que el cumplimiento de la norma constitucional aparece como el centro de gravedad, entendiendo además, que existe una primacía de la Constitución sobre las demás normas que conforman el Ordenamiento Jurídico.⁶⁷⁵

Don Manuel García Pelayo, en su Opúsculo Estado Legal y Estado Constitucional De Derecho⁶⁷⁶, ha expresado que: “el Estado Constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley **in suo ordine** sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la Ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la Ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina iniciada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución”.

Nuestra Carta Magna ha diseñado con precisión este Estado Constitucional de Derecho, lo único que falta es hacerlo funcionar. El Órgano Judicial ha emprendido esta tarea desde la vigencia de los Acuerdos de Paz.

El carácter de súper legalidad de la Constitución la encontramos en su Art. 246 concebido en los términos siguientes: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

⁶⁷⁵ Peter Häberle, El Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2001, Pág. 3

⁶⁷⁶ Manuel García Pelayo, Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español, Revista de Derecho Constitucional, Numero 2, Publicación de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1992

La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”.

También el Art. 235 de la Constitución recoge el carácter de Ley de Leyes que tiene la Constitución y su sitial en la cúspide de la jerarquía normativa, al disponer que: “Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”.

En el Sistema Jurídico resultante del Estado Constitucional de Derecho, los preceptos constitucionales contienen verdaderas normas de derecho de operatividad inmediata, que no requieren preceptos legales que los desarrollen y complementen.

La operatividad y eficacia inmediata de la Constitución ha sido reconocida por nuestra escasa doctrina constitucional. Así, en la obra conjunta de los Autores Salvadoreños Tinetti-Bertrand Galindo y otros, se puede leer lo siguiente: Hemos dicho que el Derecho constitucional es el derecho de la Constitución, pero al desglosar el contenido normativo de ésta resulta que ella misma es una norma. Es decir, que rige para ella el principio de imperatividad constitucional, según el cual ella tiene **operatividad inmediata** que establece una vinculación automática dado que ella entra en vigencia, para gobernantes y gobernados⁶⁷⁷.

Eduardo García de Enterría⁶⁷⁸, en la Obra de mayor influencia en la mitad del Siglo XX, llamada La Constitución Como Norma Jurídica y El tribunal Constitucional,

⁶⁷⁷ Tinetti-Bertrand Galindo y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.

⁶⁷⁸ Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y El tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 2001

transita por estas ideas al afirmar que: “La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuentra ahora nuestro Derecho, norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante⁶⁷⁹”.

La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional ha sido fiel y consecuente con la posición expuesta, lo que se corrobora sus Sentencias⁶⁸⁰ donde dispone: “Eficacia Inmediata de la Constitución”. Hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como instrumento de limitación y control del poder, pues sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si dicho control forma parte del concepto puede ser entendida como norma jurídica suprema y de aplicación inmediata.”

El mismo criterio lo reiteran las Sentencias de la Sala de lo Constitucional⁶⁸¹ donde se lee que: “La preeminencia del texto constitucional que destaca García Pelayo, es lo que doctrinariamente se conoce como supremacía de la Constitución; en cuanto afirma la calidad de “suprema” por ser emanación directa del pueblo, y goza de “primacía”, por ocupar el primer lugar entre todas las normas. Y es que, siendo la Constitución expresión de la soberanía, no sólo es norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento jurídico interno, “lex superior”, “lex legum”; esto es, que todos los planos de la producción jurídica se subordinan a la Constitución en cuanto a forma y a contenido”.

⁶⁷⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

⁶⁸⁰ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve en el juicio referencia Amparo 463-97

⁶⁸¹ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el Proceso de Amparo de No. 23-S-92.

En este sentido, como consecuencia de la aplicación directa de la constitución, en concreto la garantía del debido proceso que subsume y contiene la tutela cautelar, las medidas cautelares podrían conseguir un campo de aplicación más extenso, pudiéndose en primer termino, abandonarse criterios tradicionales que las identifican como de excepcional aplicación. En segundo lugar, se eliminaría la posibilidad de que por vía legislativa se limite la adopción de medidas cautelares que aseguran los procesos, en tanto la ejecutividad del acto administrativo no puede desplegarse libremente del control jurisdiccional, pues ello significaría privar a los justiciables de una garantía que se configura “como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”. Finalmente, a partir de lo expuesto, resulta evidente, que el sistema cautelar se convierte en un sistema abierto, que permite adaptar la tutela cautelar a cada caso concreto, debiendo adecuarse a las diversas pretensiones a ejercerse, no limitándose por esto únicamente a la suspensión del acto.

MEDIDAS CAUTELARES Y LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El Salvador ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que hace brotar una obligación de que se garanticen los derechos reconocidos en la misma.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁶⁸².

En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la Protección Jurisdiccional que surge de los artículos 8 y 25 de la

⁶⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 166.-

Convención Americana, exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos⁶⁸³.-

La presencia del principio de la tutela judicial efectiva, de la cual deriva la tutela cautelar, obedece al evidente reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto frente al poder público⁶⁸⁴.

La tutela judicial efectiva tiene una amplitud muy grande, que contempla varios principios que surgen para establecer un sistema de control jurisdiccional.- En este sentido, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solamente supone el acceso a los órganos de la jurisdicción, sino que va mucho más allá y regula el acceso a los distintos recursos que prevé el ordenamiento jurídico, un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como la observación de ciertas garantías que aseguren el derecho a un debido proceso y supone, igualmente, la obtención de una sentencia eficaz⁶⁸⁵.-

Así las cosas, según lo dispuesto en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.- Igualmente, supone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

⁶⁸³ CIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, párrafo 115.-

⁶⁸⁴ Rafael G. Prado Moncada, Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano, Lex. Difusión y Análisis, año VII, número 92, 2003, p. 21.-

⁶⁸⁵ Rafael G. Prado Moncada, Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano, Lex. Difusión y Análisis, año VII, número 92, 2003, p. 21.-

Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia, de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c), de la convención, según el cual ninguna disposición de ella puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías⁶⁸⁶.-

En cuanto a la relación de la protección jurisdiccional y la tutela cautelar, García Pullés explica que resultaría ilusorio hablar de garantía jurisdiccional si los actos que la concretan carecieran de efectividad, pues implicaría un error escindir los actos que aseguran la efectividad de la resolución final de la garantía misma⁶⁸⁷.-

Los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal⁶⁸⁸.

Así, las medidas cautelares no deben ser extraordinarias o excepcionales sino que son un instrumento de la tutela judicial ordinaria, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional⁶⁸⁹.-

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se desprende de su propio texto, garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre el Estado, en este caso sobre la justicia, el deber de

⁶⁸⁶ CIDH, caso Blake. Guatemala, párrafo 96.-

⁶⁸⁷ Fernando García Pullés, Tratado de Derecho Administrativo, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Pág. 40.-

⁶⁸⁸ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 107

⁶⁸⁹ Rodríguez-Arana, Jaime Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España, Estudios Homenaje a Jorge Fernández Ruiz, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

prevenir los posibles actos que imposibiliten, tornen ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales destinadas a restablecer la observancia del derecho⁶⁹⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones que, el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática⁶⁹¹.-

En definitiva las medidas cautelares deben entenderse incluidas en la Convención Interamericana como medidas rápidas y efectivas que protegen contra actos que violan los derechos fundamentales de los particulares⁶⁹².

La Corte ha establecido que el Estado debe conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, prescribiéndose que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.- Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana⁶⁹³.-

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Teniendo en cuenta por una parte la obligatoriedad o imperiosidad de las medidas cautelares y, por otro, la autonomía sustancial y procedimental que poseen, la

⁶⁹⁰ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 107

⁶⁹¹ CIDH, caso Cantoral Benavides, Perú, párrafo 163.-

⁶⁹² Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 107

⁶⁹³ CIDH, caso Cantos, párrafo 49.-

doctrina procesal tanto nacional como internacional han sabido agrupar ciertas características esenciales de dicha institución.

Las medidas cautelares en los procesos Contenciosos Administrativos obedecen al intento de no frustrar los efectos ulteriores de la sentencia, por lo que indiscutiblemente advertimos su naturaleza cautelar; es por ello, que concurrirán marcadamente todos los caracteres que tradicionalmente el derecho procesal ha configurado como parte integrante de estas medidas⁶⁹⁴. Las características fundamentales que aludimos se concretan en: a) la Instrumentalidad, b)Provisionalidad, c)Urgencia, d)Funcionalidad, e)Improcedencia de la Homogeneidad y f) jurisdiccionalidad. A continuación analizaremos cada una de las mencionadas características, con una especial y particular consideración al proceso Contencioso-Administrativo.

A) INSTRUMENTALIDAD.

La instrumentalidad o accesoriedad ha sido considerada por la doctrina mayoritaria como uno de los indiscutibles rasgos distintivos del proceso cautelar, esta instrumentalidad implica que su función se encuentra preordenada a la emanación de una ulterior decisión definitiva a recaer en un proceso, su función es garantizar la fiel y completa efectividad del fallo del proceso principal en beneficio de la parte victoriosa⁶⁹⁵. Así, la medida cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso⁶⁹⁶. No existe entonces, una sustantividad propia de las medidas cautelares, por lo que se justificaran en razón de la existencia de otro proceso(llamado por ello

⁶⁹⁴ Ezequiel Osorio Acosta, La Suspensión del Acto Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 42

⁶⁹⁵ Lino E. Palacio, Derecho procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, Pág. 45

⁶⁹⁶ Manuel Ramos Ortells y Maria Pía Calderón Cuadrado, La Tutela judicial cautelar en el Derecho Español, Editorial Comares, Granada, 1996. Pág. 8

“principal”); asimismo tampoco son un fin, sino un medio, un instrumento en pos de un proceso⁶⁹⁷.

Debemos reafirmar entonces, que la medidas cautelares son un accesorio de otro proceso, eventual o hipotético, pendiente o ya iniciado, en tanto se otorgan en consideración al derecho que se intente hacer valer en ese proceso⁶⁹⁸. En el decir de Calamandrei, nacen en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva, ósea, constituyen una tutela mediata que más que hacer justicia sirven para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia⁶⁹⁹.

No obstante lo antes expresado, esta concepción de la instrumentalidad como garantía de cumplimiento de la sentencia futura, ha sido recientemente renovada y complementada por la doctrina y la jurisprudencia europea, postulándose un criterio más amplio que afirma que las medidas cautelares tienen por finalidad primordial garantizar la efectividad de la tutela judicial del derecho y no sólo la eficacia del pronunciamiento de fondo. Según esta nueva interpretación, lo verdaderamente determinante para valorar en las medidas cautelares ya no es si por el transcurso del tiempo será posible que se dicte una providencia definitiva, y que se aseguren sus resultados, sino ante todo reconocer que la tutela cautelar integra el contenido del derecho fundamental a la defensa judicial efectiva⁷⁰⁰.

La importancia practica de la característica de la Instrumentalidad trae consigo ciertas consecuencias trascendentales que nos ayudan a entender su contenido e importancia: en primer lugar es necesario señalar que estas sólo podrán interponerse y adoptarse frente a un proceso principal, en curso o por incoarse. Frente al último de estos supuestos, señalamos que la no interposición del proceso en el plazo

⁶⁹⁷ Luis R. Carranza Torres, Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública, Editorial Alveroni, Primera Edición, Cordova, 2005, Pág. 91

⁶⁹⁸ Font Serra, Las Medidas Cautelares como manifestación de la justicia preventiva, El Sistema de Medidas Cautelares, Pamplona, 1974, Pág. 143

⁶⁹⁹ Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1947, Pág. 21

⁷⁰⁰ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

determinado por ley, suprime la medida acordada. En otras palabras, es posible que la medida cautelar pueda ser prejudicial, a condición de que la demanda principal sea interpuesta dentro del plazo establecido por la ley, y en caso contrario opera la caducidad automática e inmediata de la medida adoptada. Observamos, pues, una de las más claras manifestaciones de la accesoriedad.

En segundo lugar, parece del todo claro que una vez finalizado o extinguido el proceso principal la medida también cesa en sus efectos. Si fue desestimatoria, por que ya no tiene sentido; y si fue favorable, porque entran a regir las reglas de la ejecución. En efecto, la instrumentalidad comporta que las medidas cautelares están subordinadas a la pretensión principal y a la duración del proceso, por lo que igualmente la medida cautelar sólo puede ser adoptada en medida que sea útil para garantizar una eventual resolución de fondo, pudiendo ser modificada durante el proceso cuando lo demande la pretensión principal, y al haberse alterado las circunstancias que dieron lugar a su adopción inicial o al conocerse nuevas circunstancias⁷⁰¹.

Finalmente, las medidas poseen un conjunto de efectos jurídicos diferentes, que por lo general, coinciden tan solo parcialmente con los efectos de la sentencia principal, aunque en algunas oportunidades pueden llegar a coincidir plenamente, a condición de que sean provisionales⁷⁰².

B) PROVISIONALIDAD.

Esta característica de la medida cautelar se encuentra directamente relacionada al destino que ésta proporciona; así como a la exigencia de la misma de garantizar el derecho o interés jurídico, pendiente de solución en la litis. El atributo de la

⁷⁰¹ Susana de la Sierra, Tutela Cautelar Contencioso-Administrativo y Derecho Europeo, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, Pág. 52

⁷⁰² Manuel Ramos Ortells y Maria Pia Calderón Cuadrado, La Tutela judicial cautelar en el Derecho Español, Editorial Comares, Granada, 1996, Pág. 9

provisionalidad ha sido considerado por muchos como parte integrante de la instrumentalidad⁷⁰³; no obstante, en vista de su especial relevancia, podemos catalogarla como una característica independiente y separada de la instrumentalidad. Justamente, cuando hablamos que son provisionales, hacemos referencia a su efecto temporal, a sus efectos meramente transitorios, que la sujetan a lo que en definitiva se vaya a resolver en la sentencia, a la que para todo efecto sustituirá⁷⁰⁴. Las medidas no tienen en este sentido un efecto definitivo, ya que desaparecen cuando lo hacen los presupuestos que originalmente sustentaron su adopción⁷⁰⁵.

La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse⁷⁰⁶.

Al respecto, fue el mismo Calamandrei quién hace mucho tiempo afirmó que la medida Cautelar es la comprobación definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la condición *ope iudicis* de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta el pronunciamiento del fallo principal.

Así, las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil su aseguramiento, bien por incumplimiento de la sentencia, bien por

⁷⁰³ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1947, Pág. 11 y sigs

⁷⁰⁴ Ezequiel Osorio Acosta, *La Suspensión del Acto Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 44

⁷⁰⁵ Oscar Eduardo González Camacho, *La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas*, Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002, Pág.23

⁷⁰⁶ Jaime Rodríguez-Arana, *Las Medidas Cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo en España*, Estudios Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, Pág. 311

actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de ellas.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de nuestra la Sala de lo Constitucional cuando expresa que las medidas son provisionales pues sus efectos tienen duración limitada, no aspiran a transformarse nunca en definitivas, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución conclusiva del asunto.”

C) URGENCIA.

Otra característica consustancial de las medidas cautelares es que deben ser necesariamente adoptadas con rapidez y urgencia, de manera inmediata y pronta, o como lo pondría Calamandrei sin “las reposadas formas del proceso”. La urgencia constituye el fundamento mismo de toda decisión cautelar, sin urgencia, las medidas cautelares perderían su razón de ser, ya que como lo señala Chiovenda, las medidas cautelares responden a la necesidad, efectiva y actual, de alejar el temor de un daño jurídico⁷⁰⁷.

Lo característico de las medidas cautelares, considera Carmen Chinchilla Marin, es que han de adoptarse con urgencia, inmediatamente, especialmente en el ámbito administrativo, donde los actos de la administración pública son inmediatamente eficaces, y, por tanto, de inmediato obliga cumplimiento⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, t I, Madrid, 1954, Pág. 316

⁷⁰⁸ Carmen Chinchilla Marin, La Tutela Cautelar en la nueva justicia administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Pág. 32

La urgencia presupone dos exigencias fundamentales: a) evitar que se cause un dano o perjuicio y b) para lograr tal fin se derogan una serie de reglas que operan en circunstancias normales⁷⁰⁹.

Por esto, la cognición debe ser sumaria o de prima facie cognitio, debiéndose partir de la verosimilitud de los hechos⁷¹⁰ y no de la determinación absoluta y completa de todas sus circunstancias; esta situación no deja de ser peligrosa, en vista que el contradictorio y la paridad de las partes puede ser sensiblemente afectada. Esta cognición sumaria responde al designio de urgencia, siempre con el cuidado de no transformar el auto de caución en una la sentencia final.

Ahora bien, esta urgencia evidentemente limita el conocimiento de los supuestos necesarios para su adopción e influye en la sumariedad del procedimiento establecido en la ley, es por esto que existe la posibilidad de yerros, que en medida tratan de corregirse por medio de las potestades de los jueces que pueden revocar o sustituir las medidas adoptadas, siempre al probarse nuevos hechos que modifiquen las circunstancias fácticas del caso. Con ello se está señalando la sujeción a la regla rebuc sic stantibus que permite la modificación de la medida al ritmo de las circunstancias que la justificaron⁷¹¹.

Sobre la revocabilidad mencionada es importante señalar que las medias cautelares no producen cosa juzgada formal (ni mucho menos, por razones obvias, cosa juzgada material). Debe despejarse entonces, la confusión creada al respecto, pues hay quienes afirman para este caso la existencia de aquél especial efecto, aduciendo que la posible modificación de la medida autorizada y dispuesta por el ordenamiento y la jurisprudencia, no opera por el exclusivo cambio de criterio del Juzgador, ante el

⁷⁰⁹ Manrique Jiménez Meza y Otros, El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, San José 2006, Pág.163

⁷¹⁰ Piero Calamendrei, Introducción al Estudio Sistemático de Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1947, Pág. 63

⁷¹¹ Vicente Gimeno Sendra, El Nuevo Sistema de Medidas Cautelares en la LJCA de 1998, Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 2265

mismo e invariable cuadro fáctico-jurídico que generó la decisión inicial (supuesto que estiman básico para poder negar aquél efecto jurídico), sino precisamente por lo contrario, porque varían las circunstancias base de la medida, y en tal caso, según ellos, se produce la cosa juzgada formal dentro del cuadro fáctico y originario, precisamente porque de no haber cambiado éstas últimas, tampoco hubiera sido posible modificar la medida. Es decir, sostienen la existencia de cosa juzgada formal argumentando que los presupuestos de la decisión cautelar originaria, una vez firme, no pueden ser revisados de nuevo, cosa muy distinta cuando, por la aparición de nuevas circunstancias (o por la variación de aquéllas), sea necesaria, ahora sí, la aprobación de la medida cautelar o por el contrario, haya dejado de ser necesaria⁷¹².

Pero en realidad, el efecto de cosa juzgada formal –que con lo anterior se afirma para la medida cautelar–, sería tal, no por virtud de la susceptible variación de criterio (ya firme) frente a supuestos idénticos (lo que sería arbitrariedad antes que cosa juzgada), sino por el hecho de que a través del mismo procedimiento y por la misma vía “incidental”, pueda revisarse la decisión adoptada a la luz de nuevos hechos. Esa susceptible variación de la resolución judicial emitida con anterioridad, dentro del mismo proceso, gestión o incidencia, es lo que obliga a negar cualquier viso de la llamada “cosa juzgada formal” en la medida cautelar⁷¹³.

Estas ideas coinciden con el pensamiento de nuestro máximo tribunal, La Sala de lo Constitucional, específicamente en sentencia pronunciada en el caso ASO10898.99, del 14-7-99, donde se sostiene que : “ las medidas cautelares constituyen un mecanismo tendente a asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva...que parten-las medidas-de una base común:”el *fumus bonis iuris*” y el *periculum in mora* “, cuyas características han quedado anotadas...que las medidas son susceptibles de revisión o de revocación, siempre que produzca una variación que altere

⁷¹² Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas, Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002, Pág. 24 y sigs.

⁷¹³ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas, Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002, Pág. 25

sustancialmente las condiciones que motivaron su autorización (Rebus sic stantibus); de lo contrario se extinguen con la sentencia definitiva,” es decir la que resuelve el fondo de la controversia⁷¹⁴.

Por otro lado, debe entenderse que el levantamiento o modificación de toda medida cautelar ya adoptada, debe ser realizada concediendo audiencia a la parte contraria, ello debido a que dicha exigencia constituye una garantía constitucional de las partes; este principio debe orientar la conducta y proceder del tribunal, de manera tal que en todo el procedimiento y cada una de sus etapas e incidentes, las partes puedan tener la oportunidad suficiente para manifestarse con anterioridad sobre los asuntos sujetos a decisión, que puedan asimismo afectar su situación, así como impugnarla.

La obligación de mandar oír a las partes para que se manifiesten en forma previa a toda resolución que afecte o altere la situación jurídica de las partes, ha sido considerada por la Sala de lo Constitucional como una manifestación del derecho de defensa, en los términos siguientes: **Derecho de defensa.** “El Derecho de Defensa está íntimamente vinculado al conocido como derecho de audiencia, pues cuando este establece que todo juzgador, antes de solucionar controversia, tiene que haber posibilitado –de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución– al menos una oportunidad procedimental para oír la posición del demandado –principio del contradictorio–, y sólo puede privarlo de algún derecho después de haberlo vencido, no cabe duda que todas las oportunidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones *in extremis* de este último derecho, convirtiéndose el derecho de defensa en un derecho de contenido procesal que no puede disponerse a voluntad de los sujetos procesales, pues sus elementos y manifestaciones deben respetarse forzosamente por su naturaleza constitucional” (*Amparo. 19-11-01*).

⁷¹⁴Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, Corte Suprema de Justicia, Numero 32, El Salvador, 1999, Págs. 749 y sigs.

En ese sentido, aunque se argumente que la suspensión del acto reclamado constituye una medida cautelar por ello revocable, la Sala debe darle a las partes, en todo caso, o por lo menos a la parte afectada, la oportunidad de presentar sus argumentos, porque se trata de una decisión que innegablemente altera la situación jurídica de los justiciables.

Argumentar que la revocación o alteración de las medidas cautelares puede ser inautida parte, resultaría un argumento improcedente, ya que como hemos subrayado es una exigencia constitucional, que solo puede ser suplida cuando la ley expresamente lo permita. Sobre estos extremos se ha pronunciado ya Don Pascual Botía Torralba al expresar que por excepción pueden adoptarse “*in audita parte debitoris*”, siempre y cuando la ley contemple este excepcional supuesto, ya que de lo contrario se vulneraría el esencial principio de contradicción. En la actual normativa Procesal Administrativa únicamente se exige de audiencia en el supuesto del Art. 16 de la LJCA, donde se establece que en el mismo auto de admisión se resolverá sobre la suspensión, eximiéndose así de toda audiencia contraria, justificada por la premura y urgencia de la mayoría de los casos; ahora bien, dicho supuesto debe diferir dramáticamente cuando la medida ya ha sido adoptada, donde se deben seguir las reglas generales y por tanto conferirse audiencia, ya que en caso contrario constituiría una violación al derecho de defensa de la parte.

D) FUNCIONALIDAD

Para la doctrina, la característica de la funcionalidad responde a la necesidad de que las medidas cautelares deben adaptarse forzosamente a la naturaleza del derecho que se pretende proteger⁷¹⁵, es decir, que estas medidas deben constituirse según la pretensión que se ejercita, ya que no resulta lógico que cualquier medida proporcione la conservación adecuada de los distintos derechos en juego. En este

⁷¹⁵ Susana de la Sierra, Tutela Cautelar Contencioso- Administrativo y Derecho Europeo, Editorial, Aranzadi, Navarra, 2004, Pág.60

sentido entre más próxima sea la medida en relación a la sentencia definitiva, mejor desempeñará su objetivo⁷¹⁶, siempre en el entendido de no prejuzgar el fondo del asunto.

La característica de la funcionalidad implica asimismo que las medidas cautelares no se encuentren sujetas a una lista tasada o cerrada, que imponga a los juzgadores la aplicación estricta de providencias, sino por el contrario, implica que sin perjuicio de la cita y regulación de las más importantes y usuales, debe entenderse que existe una cláusula general y abierta que permita a los jueces adoptar cualquier otra medida que estimen pertinente, y ante todo, necesaria a los intereses de las partes⁷¹⁷. Lo que se busca es un sistema innominado o abierto, que permita al Juez adoptar las medidas que estimen necesarias, para que de mejor manera se cumpla con su función encomendada⁷¹⁸.

Sobre los efectos de esta característica, es asimismo necesario aclarar, que las medidas no se vinculan por ningún motivo a lo pedido por las partes, pues será potestad única del juez otorgar las medidas según su convencimiento, siempre en atención a las diversas circunstancias particulares del caso.

En este punto, las medidas cautelares están regidas también por principio de *iura novit curia*, según el cual el juzgador no está sujeto a las proposiciones de derecho de las partes, si no que partiendo de la exposición de los hechos, puede adoptar las medidas que estime convenientes al caso planteado y la finalidad asegurativa perseguida.

⁷¹⁶ M.A Fernández, Derecho Procesal Civil, III, Barcelona, 1988, Pág. 344

⁷¹⁷ Ricardo Rivero Ortega, Medidas Cautelares Innominadas en lo Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 98, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Pág. 276

⁷¹⁸ Carmen Chinchilla Marín, De Nuevo Sobre la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo, La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado obra conjunta coordinada por Javier Barnes Vásquez, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Pág. 461.

E) HOMOGENEIDAD

La característica de la homogeneidad consiste en la similitud y semejanza presente entre las medidas cautelares y las medidas de ejecución, siempre en el entendido y con la expresa advertencia, de que estas instituciones no coinciden, ni deben coincidir plenamente.

Las características de homogeneidad y funcionalidad pueden en algún momento ser confundidas, dado que poseen caracteres muy semejantes; no obstante la funcionalidad indica la necesaria proximidad entre la pretensión y la sentencia a dictarse, mientras que la característica de homogeneidad atiende la similitud entre la medida provisional y la medida ejecutiva.

En efecto toda medida cautelar se encuentra preordenada a la ejecución de la sentencia, por lo que existe una indiscutible semejanza entre estas medidas provisionales y las medidas de ejecución, situación que en ningún caso puede confundirse con una identificación. En este sentido una medida cautelar será más eficaz cuanto más se parece a la correspondiente medida que integra la futura ejecución y solo la prudencia y el respeto por los derechos de quién aún no ha sido condenados marcará los límites de esta similitud.

En este sentido, la similitud que se pregona hace afirmar que las medidas cautelares forman parte y pertenecen a la ejecución forzosa, por lo que su estudio debe realizarse en conexión directa a ellas. Bajo esta postura las medidas cautelares están compuestas por características similares a los que conforman las medidas ejecutivas, en tanto se convierten en instrumentos aseguratorios de la ejecución forzosa.

F) JUDICIALIDAD

No habiendo duda que es monopolio único de los Estados la tutela de los derechos y por otra parte, que no es permisible que los ciudadanos se hagan justicia por sus propias manos, ya que ello atenta con el orden jurídico, resulta indispensable que dentro de la función jurisdiccional que se le asigna a los Estados se les provea eficazmente de los medios conducentes al mejor cumplimiento de sus tareas judiciales.

El proceso cautelar ha sido desarrollado para salvaguardar la eficacia de la propia función jurisdiccional, por ello, concordamos con la doctrina que entiende que la medida cautelar se otorga más que en interés del solicitante de la misma, en el de la administración de justicia; ya que cuando el Estado pone su autoridad al servicio del acreedor en peligro, no actúa sólo en defensa de la satisfacción del interés privado, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. Estas decisiones se dirigen, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el *imperium judicis*.

Existe, por tanto, un “orden público cautelar” que lleva a que el acto de la ponderación y concesión (o no) de las mismas, trascienda el mero interés particular, atento a su especial carácter de instituto de resguardo de derechos personales básicos, de cuño constitucional y universalmente reconocidos. Si ello es así en los procesos donde se discuten asuntos de carácter privado, más aún debe sostenerse respecto de los procesos de naturaleza pública, en los que se halla necesariamente la actividad del Estado.-

La función de la tutela cautelar es garantizar la efectividad de la tutela judicial, que es un objetivo fundamental y común a todo ordenamiento jurídico, por lo que ese deber del juez se encuentra directamente vinculado con las exigencias de la tutela judicial efectiva.

En este mismo orden de ideas, las sentencias representan un acto por medio del cual el Estado resuelve con carácter definitivo una controversia ente partes, y cuya sentencia lleva implícita la cosa juzgada y su fuerza ejecutoria; si este poder que va implícito con aquella sentencia, no pudiera ejercitarse por razones de demora en los trámites o inconvenientes de orden procesal, resultaría de toda evidencia que la función jurisdiccional carecería de objeto práctico, sería meramente teórica y solo posible para determinada clase de sentencias, pero no comprensiva de todas ellas. El Estado habría dejado así por razones de técnica o reglamentación, de cumplir con uno de sus fines.

El instituto cautelar resuelve este problema, acordando los medios de evitar la posibilidad de que la sentencia resulte ilusoria; constituye así un complemento de la función jurisdiccional; o mejor dicho, una de las maneras mediante las cuales ésta se ejerce.

Las medidas cautelares son pues, jurisdiccionales porque se adoptan por un órgano judicial, en el seno de un proceso del cual son instrumentales, y por su eminente finalidad aseguratoria.

PRESUPUESTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

En el plano general del derecho procesal, como bien decía Calamandrei, la adopción de las medidas cautelares implica el equilibrio entre la protección de los derechos del solicitante y la necesidad de la certeza que provee el debido proceso.

En el plano de la jurisdicción contencioso administrativa, la admisión de medidas cautelares frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas, conlleva en sí la contraposición de dos principios fundamentales: por un lado el de la eficacia del Estado y por otro la garantía de la tutela judicial Efectiva que poseen todos los ciudadanos.

Para la eficacia del Estado se requiere que los actos administrativos posean la característica de ejecutividad, dicho atributo representa para los actos administrativos la inmediata eficacia de estos, no constituyendo su impugnación la suspensión de la ejecución de los mismos, ni mucho menos la automática adopción de medidas cautelares. En cuanto al segundo de estos principios encontramos la tutela judicial efectiva, de cuya derivación deducimos en la tutela cautelar, la institución sin la cual sería una ficción la eficacia práctica del resultado del proceso.

Los parámetros de valoración utilizados para la adopción de Medidas Cautelares buscan la armonización en concreto de las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares. En este sentido, la doctrina prescribe ciertos presupuestos de orden jurídico que necesariamente deben concurrir para que el juez o tribunal pueda adoptar una medida cautelar.

En consideración a estos criterios o presupuestos, la adopción de las medidas cautelares no resulta automática, debiéndose tener en cuenta que esta materia es especialmente sensible a cualquier diferencia o peculiaridad entre casos similares, dejándose a la casuística de cada caso concreto.

La doctrina del derecho procesal coincide en señalar, como presupuestos sustantivos de las medidas cautelares, el peligro de demora (*periculum in mora*), la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) y el interés público. Estos requisitos de fondo se encuentran presentes también en los procesos contenciosos Administrativos, bien con ciertas peculiaridades impuestas, en razón de la especial naturaleza que poseen los actos administrativos.

PERICULUM IN MORA

Según el art. 17. de la LJCA, constituirá un recaudo indispensable para la adopción de una medida cautelar que la ejecución del acto administrativo impugnado produzca

o pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

Efectivamente, la doctrina en general considera que el cimiento y la base de las medidas cautelares se encuentra indiscutiblemente en el peligro en la demora, dicho escenario resulta de la circunstancia de que toda medida cautelar esta destinada a evitar el riesgo probable de que el derecho que a futuro se pretende declarar por sentencia, sea, por efecto de la dilación del proceso, de difícil o imposible realización⁷¹⁹. En este sentido, la carencia de un peligro que imponga invocar la amenaza de que se produzca un daño irreversible a raíz de la demora judicial, imposibilita que hablemos de una medida cautelar.

Esa inevitable dilación temporal entre el nacimiento del proceso y el logro de la decisión definitiva, compone un constante periculum in mora; este acontecimiento pretende ser excluido y eliminado por medio de medidas judiciales de precaución, cautela o aseguramiento, que coadyuven a que los efectos de la resolución de fondo no sean afectados por este riesgo dilatorio⁷²⁰.

En este sentido, el razonamiento sobre la procedencia de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, se sujeta a los efectos que podría provocar la aplicación de los actos impugnados y si estos actos revisten peligro o no sobre la esfera jurídica de los peticionantes. Por tanto, su implementación reposa en el estado de peligro, en el que se encuentra el derecho principal, frente a la posibilidad y certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde y por lo tanto será infructuosa⁷²¹.

⁷¹⁹ Piero Calamandrei, Introducción al estudio Sistemático de las providencias cautelares, Bibliografía Argentina, Buenos aires, 1945, Págs. 42 y sigs

⁷²⁰ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, Pág.634

⁷²¹ Mariano Bacigalupo, La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso- Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 67

Se trata entonces de un temor fundado en la configuración de un daño o un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que al recaer la sentencia definitiva, esta permanezca incumplida.

Para considerar configurado el requisito del peligro por la demora, debe juzgársele de acuerdo con un juicio objetivo, la ponderación de este requisito, debe partir de la probabilidad de la existencia de eventos que tornen imposible o más gravosa la obtención del bien que se pretende o que se ajuste a circunstancias que hagan que el perjuicio que aún no ha acaecido, se concrete en lo inmediato. No es suficiente para su acreditación meras apreciaciones subjetivas basadas en la particular susceptibilidad de quién reclama, sino deberá llevarse ante el juez constancias objetivas que lo convenzan de que el riesgo está presente, y de que el paso del tiempo o agravará o tornará efectivo y actual el perjuicio.

No obstante, esta certeza del daño no debe de exigir plena prueba, ello debido a la sumariedad que debe poseer la gestión cautelar, así como de la urgencia o de la potencialidad del daño mismo, que torna prácticamente imposible su comprobación. En oportunidades especiales, son incluso consecuencia lógica e ineludible de la conducta pública, por lo que no exigen mayor elemento probatorio.

Por otra parte, la naturaleza del daño requerido para la procedencia de la pretensión cautelar, no descansa en cualquier acción perjudicial o dañosa, sino ella debe ser real y efectiva; material, moral, religiosa o de cualquier otra índole; concreta y cierta, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futura.

Quizás una de las interrogantes más grandes que se puede plantear a la hora de examinar el peligro por la demora (*Periculum in mora*) es lo referente a la naturaleza del daño; es decir, si se requiere solamente un perjuicio grave o si el daño debe presentarse además como irreparable o de imposible reparación. Sobre este tema se han pronunciado los mas acreditados Administrativistas, como García de

Enterría⁷²² y Cassagne⁷²³ que postulan que el daño que debe concurrir para fundar la tutela cautelar no debe ser irreparable- en el sentido que las consecuencias derivadas del perjuicio no admitirán una reparación posterior-, sino que aquél resultará suficientemente justificado, en principio, cuando pueda comprometer la efectividad del reconocimiento final del derecho o interés jurídico alegado si la medida cautelar no es inmediatamente ordenada⁷²⁴.

El daño debe ser por esto, de difícil o imposible reparación, no en el sentido de que sea resarcible, sino irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto, y por el contrario, existen daños que aunque resarcibles, no son necesariamente reversibles. La irreparabilidad no es equiparable a la irresarcibilidad, ya que quién solicita la tutela cautelar aspira que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización. Por eso también procederá la adopción de medidas cautelares en los supuestos en que, siendo evaluable económicamente el daño, su cuantificación es dificultosa o su indemnización resulta mas gravosa que la ejecución del acto.

Específicamente en la realidad Salvadoreña, los daños ocasionados al no dictaminarse medidas Cautelares provocan aún más perjuicios, ello debido a que la Sala de lo Contencioso Administrativo, no procede en sus sentencias a declarar la indemnización de daños y perjuicios de actos ya consumados, sino es necesario promover otro proceso de tipo ordinario donde se deben probar los daños y perjuicios acontecidos. Como consecuencia directa de no imponerse la medida Cautelar tendríamos que el daño no será reparado por la sentencia definitiva dictada por la Sala de lo Contencioso, haciendo de cierta manera ilusorio el proceso, ya que al menos mediante el proceso contencioso no se puede reparar los daños que se ocasionarán.

⁷²²Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004, Pág. 273 y sigs

⁷²³ Juan Carlos Cassagne, Estudios de Derecho Público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 49 y sigs.

⁷²⁴ Ramiro Simón Padros, La tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2004, Pág. 166

Asimismo la tarea de juzgar que le corresponde a la Honorable Sala queda trunca, incompleta, falta de la actividad más importante de la función jurisdiccional, cuando la eficacia del Derecho se pone a prueba; nos referimos a la etapa de hacer ejecutar lo juzgado, porque desaparecería el objeto de la litis.

En tal situación la tarea jurisdiccional se encuentra imposibilitada de evitar el daño directo que ocasionaría la ejecución del acto, quedándole al Tribunal únicamente la posibilidad de una condena sustitutiva, declarando ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios, que como hemos explicado la Sala ha declarado no poseer competencia para conocerla, ya que la jurisdicción para tal efecto se ha diferido a los Tribunales de lo Civil, mediante un nuevo y diferente Proceso.

En tales condiciones la Sala se encontraría impedida de evitar el daño que causa la ejecución del acto antes de que se pronuncie la Sentencia Definitiva.

Debe también destacarse que hacer efectiva la indemnización de daños y perjuicios, si eso fuese el caso, debido a la deficiencia de la administración tributaria y el déficit fiscal y presupuestario que en forma crónica padece el Estado y Gobierno de El Salvador, la ejecución de estas condenas tienen que esperar años (Existen experiencias de más de ocho años para que la Administración cancele la condena sustitutiva que repara el daño), por lo que sería difícil su reparación, sino imposible.

Adicionalmente, como lo hemos dejado entrever, la indemnización de daños y perjuicios se tramita en otro juicio diferente, con un resultado incierto. La solvencia de la Administración Pública en El Salvador no existe como en otras partes, para buscar o justificar soluciones diferentes, por lo que la suspensión del acto impugnado representa un incidente dramáticamente necesario dentro del proceso.

Parece oportuno terminar el presente acápite con las ilustrativas frases del Administravista Mexicano López Olvera⁷²⁵ que resalta la importancia del periculum in mora de la siguiente manera: “el recaudo de peligro previsto para la procedencia de las medidas cautelares se encuentra intrínsecamente relacionado con la reparación tardía o inútil del perjuicio. No hace falta decir que el grado de inutilidad es la directa imposibilidad de reparación, por ejemplo cuando el actor no la obtendrá en el curso de su vida útil, lo cual es el colmo del absurdo judicial pero ocurre con más frecuencia de la que debería. Muchas personas de verdad mueren esperando justicia en un proceso que nunca tiene fin y no tuvo medida cautelar. Para ellas el juicio es un insulto final que llevan a la tumba. Ese insulto no es del sistema, es del juez.”

FUMUS BONI IURIS

Soslayada, la valoración del peligro derivado de la demora por la sustanciación del proceso, es necesario el estudio sobre la existencia del fumus boni iuris, ya que este presupuesto resulta un parámetro indispensable para justificar la viabilidad de la tutela cautelar. Esta apariencia de buen derecho, exige un doble análisis: por un lado, la existencia de un derecho o interés material, y por otro, la probabilidad de que la conducta administrativa (activa u omisiva) sea antijurídica⁷²⁶.

En todo caso esta verosimilitud del derecho, debe entenderse como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso⁷²⁷.

En este sentido, para que la medida sea procedente, debe existir una seriedad en la demanda, que sustente la probabilidad del acogimiento de la cuestión principal; es

⁷²⁵ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág.119

⁷²⁶ Carmen Chinchilla Marín, *La Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Pág. 45 y sigs.

⁷²⁷ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág.118

decir, que exista una probable y factible estimación futura del derecho material alegado, pendiente a resolverse en sentencia definitiva⁷²⁸.

El juicio sobre la situación jurídica sustancial demandada debe ser aproximativo, presuntivo, “prima facie”, ya que en vía sumaria no es posible establecer con certeza su existencia, todo, en vista que para tal fin se establece el proceso ordinario de cognición plena. En consecuencia, por la urgencia y la sumariedad imperante, el órgano jurisdiccional debe conformarse con la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho, prescindiendo de la certeza que ofrece la plena cognitio⁷²⁹.

En este sentido, García Enterría expone que la justificación o seriedad de la impugnación podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera pero no una justificación plena e incuestionable, porque esta sólo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la Sentencia final.

Toda estimación del *fumus boni iuris* se reduce a un juicio o calculo de probabilidad y verosimilitud, sobre la comprobación del fundamento jurídico de la pretensión; siempre con la prohibición de no prejuzgar el fondo del asunto, dado que al realizarse el estudio del fondo, la apariencia puede desaparecer y esfumarse, desestimándose la pretensión mediante sentencia final.

Con la apariencia de buen derecho se busca eliminar la posibilidad que el recurso sea descabellado o temerario, y que se adopten medidas en perjuicio de la Administración o de terceros, sin que exista posibilidad de triunfo en los derechos pretendidos⁷³⁰.

⁷²⁸ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas Tomo III, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2002 Pág.39

⁷²⁹ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, bibliografía Argentina, buenos aires, 1945, Pág. 297 y sigs.

⁷³⁰ Ernesto Jinesta Lobo, La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Editorial Guayacán, Costa Rica, 1999, Pág. 152

En contraposición a este principio aludido algunos autores pregonan que en materia de derecho Público debería ser a la inversa: la apariencia de mal (malum) Derecho desplegado por la Administración, por virtud del principio de legalidad o de sujeción objetiva ordinamental. Por consiguiente, en Derecho Administrativo más que el *fumus bonis iuris*, comprensible en el ámbito del Derecho procesal civil, donde encuentra su base, debiera existir según algunos un *fumus malum iuris*, en tanto la apariencia razonable y fundada debe ser dirigida contra la Administración, de sus actos y omisiones carentes de validez.

Finalmente, puede decirse que mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro de daño y, viceversa, cuando mayor es el riesgo por acaecer, decae la exigencia del *fumus bonis iuris*. Se trata de una balanza cuyos dos platillos no están en equilibrio, sino que se contrabalancean y así compensan, según los casos⁷³¹.

PERJUICIOS AL INTERES SOCIAL O GRAVES TRASTORNOS AL ORDEN PUBLICO.

De conformidad al Art. 18 de la LJCA no se otorgará la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, si al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público. Este postulado de ley compone un perfil más del *periculum in mora*, y constituye un presupuesto fundamental para que el órgano jurisdiccional considere oportuno decretar o no la ejecución del acto.

En efecto, este presupuesto denominado también Bilateralidad del *periculum in mora* o perjuicio bilateral alternativo, impone al órgano jurisdiccional la aplicación del principio de proporcionalidad, para la ponderación de los diversos intereses

⁷³¹ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág.119

involucrados al acordarse la suspensión del acto⁷³². De consiguiente, la Sala de lo Contencioso Administrativo debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión con el interés público y los terceros, otorgándose la suspensión cuando el menoscabo que pueda sufrir el peticionario sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño soportado por la contraparte o un tercero⁷³³.

Esta bilateralidad del *periculum in mora*, impone al órgano jurisdiccional reflexionar sobre su función reequilibradora de las situaciones jurídicas sustanciales desbalanceadas, de compensar la intrínseca desventaja de la parte más vulnerable. La exigencia de ponderar el interés público obedece a la necesidad de no partir de un criterio unidireccional y absoluto de irreparabilidad de los perjuicios en el otorgamiento de la suspensión de la ejecución⁷³⁴.

Por otro lado, la ponderación de los intereses involucrados en los procesos administrativos no debe interpretarse como una potenciación del interés público, el derecho a una tutela cautelar no esta ni debe estar condicionado o excepcionado a la relevancia o no de un interés publico, o a una supuesta razón de Estado, cuya titularidad ostenta la Administración Pública. Es decir, el interés público no puede llegar al extremo de sacrificar la tutela Judicial Efectiva. Bajo estos preceptos, la causación de un perjuicio social o de un tercero, únicamente puede enervar al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquel sea mayor que el realizado por la ejecución del acto. En este sentido, en un estado de derecho es sabido que la satisfacción del interés general deriva, necesariamente, de la actuación conjunta del Estado y la Sociedad, no coincidiendo el interés público con los intereses de la Administración, o lo que resulta lo mismo, el interés general

⁷³² Luciano Alfonso Parejo, La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 46, Editorial Civitas, Madrid, 1986, Pág. 23 y sigs.

⁷³³ Mariano Bacigalupo, La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 70

⁷³⁴ Ernesto Jinesta Lobo, La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Editorial Guayacán, Costa Rica, 1999, Pág. 150

no es patrimonio exclusivo del Estado, ya que existen organizaciones, grupos y personas cuya actuación, también, se dirige a la satisfacción del interés general⁷³⁵.

Resulta por esto importante aclarar, lo que debemos entender por interés Social o interés Público, ya que ciertamente todas las diferentes administraciones Públicas buscan satisfacer el interés Público, lo que como hemos dicho podría dar paso a ciertos equívocos. Se impone aclarar, como lo expresan el Profesor García de Enterría⁷³⁶ y la Profesora Chinchilla Marín⁷³⁷, que no se trata de cualquier interés público, sino solamente de aquel que posea el mismo rango de derecho fundamental que la tutela Cautelar(Como dijimos Derecho Fundamental) y que por ende, sea suficiente para relegarlo por intereses superiores. En todo caso, ese interés general(referido a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros) no debe prevalecer en todos y cada uno de los supuestos, como tampoco, excluirse en todos y cada uno de ellos, y para el evento que exista, deberá estar claramente expresado en el motivo o contenido de la conducta, o en su caso, comprobado en el incidente cautelar.

Como se mira pues, la doctrina es uniforme al establecer, por un lado que los intereses Públicos deben estar plenamente identificados y por otro que deben tener un rango o jerarquía infraconstitucional; es decir, de categoría fundamental, ya que no bastaría cualquier vulneración del interés Colectivo.

Sobre este particular Don Jesús González Pérez asevera que: De la doctrina jurisprudencial citada se desprende inequívocamente que a la hora de decidir sobre la medida cautelar –de suspensión de la ejecución o de cualquier otra que sea necesaria para garantizar la eficacia de la sentencia– ha de tenerse en cuenta no el

⁷³⁵ Carlos A. Vallefín, Protección Cautelar frente al Estado, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Avellaneda provincia de Buenos Aires, 2002, Pág. 151

⁷³⁶ Eduardo García de Enterría, Una Nota Sobre el Interés General como Concepto Jurídico Indeterminado, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 89, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996, Pág. 74

⁷³⁷ Carmen Chinchilla Marín, El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales, Revista de Administración Pública, Numero 131, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, Págs. 177 y sigs.

«interés público» como algo abstracto, sino el interés concreto en juego. Según la fórmula de la Exposición de Motivos de la Ley de 1956, es necesario ponderar «en qué medida el interés público exija la ejecución, debiéndose apreciar así el grado en que dicho interés está en juego».

No se trata ya del interés público genérico que se presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera, apenas si podría decretarse la suspensión de la ejecución. Cuando se establece que la suspensión no puede decretarse frente al interés público prevalente –y esto interesa subrayarlo bien– se está pensando en algo mucho más concreto. Se está pensando en que en aquel supuesto en que se plantea la suspensión, el interés público está exigiendo precisamente el cumplimiento del acto.

Por ello, para que la medida cautelar no sea dictada, es necesario que la autoridad demanda pruebe que efectivamente se cumplen con los requisitos materiales o presupuestos que mencionamos; a ella le correspondía el “onus probandi”, de establecer específicamente que graves perjuicios se ocasionarían, fijando los perjuicios, identificándolos y cuantificándolos.

CONTRACAUTELA.

Las medidas cautelares hemos dicho han sido diseñadas para evitar los perjuicios derivados de la duración del proceso, sin embargo estas medidas a su vez pueden originar perjuicios de distinta naturaleza. En vista de lo anterior, como regla general, la doctrina exige para la adopción de toda medida cautelar la presentación por parte del solicitante, de caución que sea suficiente para garantizar los resarcimientos de los posibles daños y perjuicios que se pudieran ocasionar sobre al patrimonio del demandado.

La medida cautelar busca prevenir los perjuicios que pueda ocasionar la duración del proceso, situación por la cual al mismo tiempo es necesario que exista una garantía que procure responder por los posibles daños y perjuicios que pudiere ocasionar la medida cautelar.

En cuanto a la terminología los doctrinarios entre ellos Pietro Castro⁷³⁸, Chiovenda⁷³⁹, Tome Paule⁷⁴⁰, Castan⁷⁴¹, Gutierrez de Cabiedes⁷⁴² y Cortes Dominguez⁷⁴³ prefieren referirse a este presupuesto como contracautela para significar esa especial situación consistente en la adopción de una cautela frente a otra cautela⁷⁴⁴.

La contracautela pretende alcanzar un equilibrio entre los derechos de todos los interesados afectados, de manera que salvaguarde la efectividad de la sentencia, a cuyo servicio está la medida cautelar, para que con estas otras medidas se pueda asegurar que dichos perjuicios en el futuro puedan ser resarcidos. Un régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar contribuye a facilitar que esa tutela se otorgue con mayor frecuencia⁷⁴⁵.

La finalidad de la contracautela es precisamente impedir o atenuar los perjuicios que ocasiona la medida cautelar, pudiéndose adoptar contracautelas cuando se

⁷³⁸ Pietro Castro y Fernández, Comunicación sobre Medidas Cautelares, Sistema de Medidas Cautelares, Pamplona, 1974, Pág. 373

⁷³⁹ Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, 1954, Pág. 318

⁷⁴⁰ Tome Paule, Teoría General de las cauciones procesales, Revista de Derecho Procesal, Numero 3, Madrid, 1962, Pág. 784

⁷⁴¹ Castan, Derecho Civil Español, común y foral, Tomo IV, Madrid, 1951, Pág. 252

⁷⁴² Gutiérrez de Cabiedes, Comunicación sobre Medidas Cautelares, Sistema de Medidas Cautelares, Pamplona, 1974, Pág. 17

⁷⁴³ Cortes Domínguez, Algunas notas sobre el proceso contencioso-administrativo, Revista de Derecho Procesal, Numero 1, Madrid, 1974, Pág. 546

⁷⁴⁴ Chiovenda, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, 1922, Pág. 280

⁷⁴⁵ Ortells Ramos, Las Medidas Cautelares, La ley, Madrid, 2000, Pág. 182

produzcan o existan riesgos de producirse perjuicios derivados de la adopción de la cautela⁷⁴⁶.

En este sentido la fianza o contracautela constituye un presupuesto de admisibilidad de las medidas cautelares (junto con el peligro de demora y la verosimilitud del derecho), por lo que deberá hacerse efectiva con anterioridad a su cumplimiento. La caución funciona como una condición para hacer efectiva la suspensión del acto administrativo impugnado en el proceso.

Bajo este óptica, la medida cautelar no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía se haya constituido y acreditado en autos o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios. La contracautela por otro lado, en el marco de un proceso simétrico, puede servir como instrumento disuasorio de medidas cautelares solicitadas temerariamente o de mala fe, sin fundamento racional o serio⁷⁴⁷.

Cabe aclarar con todo, que la caución como Expresa García de Enterría no puede ser la regla pues la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela y sería limitar sensiblemente el derecho a la tutela cautelar⁷⁴⁸, por lo que el órgano jurisdiccional debe tener un margen de discrecionalidad suficiente para decidir sobre la adopción de contracautela y sus condiciones⁷⁴⁹.

Es posible entonces que en ciertos casos los jueces puedan eximir de caución o fianza al solicitante si su capacidad económica y potencial patrimonial es limitado, y en especial en aquellos casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o

⁷⁴⁶ Sainz Moreno, Suspensión del Acto y caución suficiente, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 15, Editorial Civitas, Madrid, 1997, Pág. 659

⁷⁴⁷ Manrique Jiménez Meza y Otros, El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, San José, 2006, Pág. 189

⁷⁴⁸ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 261

⁷⁴⁹ Fernando Sainz Moreno, Suspensión del acto y caución suficiente, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 15, Editorial Civitas, Madrid, 1977, Pág. 661

difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente; así como en otros casos que se justifique.

En todo caso, la caución o fianza necesaria para disponer medidas contra la Administración Pública debe ser suficiente, criterio que impone ajustar su cuantía a la prudente valoración de los perjuicios previsibles en cada caso concreto. Como lo expresa el profesor Podetti, mientras menos incertidumbre haya en el derecho invocado por el solicitante de la medida, menos será la necesidad de la contracautela, pudiendo llegar a ser esta prescindible y viceversa.

En cuanto a la cuantía de la contracautela, deberán tomarse numerosos factores en cuenta, debiendo los jueces realizar las ponderaciones con criterio prudencial. Deberá valorarse, entre otros aspectos, el menor o mayor grado de verosimilitud del derecho invocado para solicitar la tutela cautelar; la cantidad y monto de los daños que eventualmente puedan producirse; la cuantía o naturaleza del litigio; la conducta de las partes antes y durante el proceso y, en general, cualquier otra circunstancia cuya apreciación resulte necesaria para resolver la pretensión cautelar.

Lo anterior implica que debe existir proporcionalidad es decir que exista correspondencia entre el medio y la finalidad que se persigue, en otras palabras que haya una perfecta adecuación entre la medida de garantía con los hechos que se pretenden evitar o paliar en ocasión la medida cautelar.

Serán admisibles como garantías, el dinero en efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras siempre y cuando a juicio del juez garanticen la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

Finalmente, no debe caerse en el error de creer que la fianza garantiza la procedencia de la medida cautelar, de tal modo que, levantada la medida decretada, procede el cobro de la garantía. Nada más equivocado, la fianza rendida es para

garantizar una obligación en concreto que es la reparación de los posibles daños y perjuicios que se puedan causar con la medida cautelar decretada.

En efecto, la acción indemnizatoria la pueden ejercitar tanto la Administración como terceras personas que comprueben que han sufrido danos o perjuicios a causa de la medida cautelar⁷⁵⁰. Los requisitos para la indemnización o reparación de daños y perjuicios son, entre otros, que se comprueben los perjuicios causados (*an debeatur*) y que se fije su monto (*quantum debeatur*). Los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri, Manuel Somariva y Antonio Vodanovic, exponen lo siguiente: Los requisitos de la indemnización de perjuicios se reducen a que los perjuicios se hayan ocasionado, que el incumplimiento de la obligación haya ocasionado perjuicios al acreedor. Se requiere que el incumplimiento acarree perjuicios. Es evidente, porque ahí está el fundamento de la indemnización de perjuicios. De manera que si el deudor no ha cumplido su obligación y a pesar de haber culpa y mora, el incumplimiento no ha causado perjuicios, no está obligado a indemnizar, porque habría un enriquecimiento sin causa de parte del acreedor.

Finalmente, sobre este punto, al demandarse la indemnización, corresponde al acreedor acreditar que se han producido los perjuicios. Aplicación de la regla general del artículo 1569 del Código Civil salvadoreño en cuanto al peso de la prueba.

En cuanto a la fijación del monto de los perjuicios, los mismos autores dicen que la evaluación de perjuicios puede hacerse en tres formas: 1) Las partes la estipulan a priori, al momento de celebrar el contrato: esta evaluación *convencional* recibe el nombre de *cláusula penal*. 2) La propia ley la hace: esta es la evaluación *legal*. 3) Cuando no la han hecho las partes ni es posible hacerla por ley corresponde hacerla al juez; esta es la evaluación *judicial* de los perjuicios.

⁷⁵⁰ Mariano Bacigalupo, La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 196

Como se puede ver, pues, la fianza rendida no es para garantizar que la medida cautelar se mantenga, de tal suerte que si es revocada se cobre automáticamente. La fianza, como todos sabemos, es la garantía de una obligación principal, la cual no es la medida cautelar, -puesto que no es un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, sino que es un mecanismo para garantizar la eficacia de la posible sentencia-; la obligación así garantizada es la de reparar los posibles daños y perjuicios que se ocasionen. Mientras no se determine por medio de sentencia con autoridad de cosa juzgada la ocurrencia y la cuantía de los daños y perjuicios que garantizan la fianza rendida no se la puede exigir.

No basta con razonar que la suspensión del acto Administrativo han causado daños y perjuicios, puesto que como dice la doctrina, el reclamante debe comprobar que esas medidas decretadas efectivamente le han causado perjuicios y, luego, liquidar su cuantía, todo mediante las pruebas pertinentes e idóneas.

SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO UNICA MEDIDA CAUTELAR Y SU EVOLUCIÓN A UNA PROHIBICIÓN DE INNOVAR.

Martín Retortillo González expresa que la suspensión del acto es la institución transitoria que paraliza el obrar de la Administración Pública, evitando que lleve a vías de hecho la resolución sometida a revisión ante la jurisdicción Contencioso Administrativa cuando ocurran las circunstancias objetivas fijadas en la ley⁷⁵¹.

La suspensión de la eficacia o de los efectos del acto administrativo es quizás la más usual, extensa y prototípica dentro de los grupos clasificatorios de las medidas cautelares, y con sobradas razones la más conocida en el derecho administrativo

⁷⁵¹ Martín-Retortillo González, Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo Contencioso, Madrid, 1963, Pág. 41

universal⁷⁵². En el régimen jurídico Salvadoreño la suspensión del acto posee una indiscutible relevancia ya que es la única medida regulada por ley, y la única aceptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. No obstante, debido a la insuficiencia de esta figura, alrededor de la suspensión existe una construcción jurisprudencial que ha redefinido y ampliado de alguna manera sus alcances.

El proceso contencioso administrativo actual se configura bajo la base de un modelo casi objetivo, donde el acto administrativo desarrolla un papel central y determinante⁷⁵³; este pensamiento es consecuencia de la concepción tergiversada del principio de separación de poderes proveniente de Francia, que ha provocado secuelas importantes en todas las instituciones del Contencioso Administrativo, sin que la justicia cautelar sea la excepción. Fruto directo de la noción objetiva⁷⁵⁴ de que hablamos, en El Salvador se restringe la tutela cautelar únicamente a la suspensión del acto administrativo impugnado.

Dado que la acción en el proceso principal es en estos casos estrictamente anulatoria, la medida cautelar no puede ser sino suspensiva de la eficacia del acto impugnado⁷⁵⁵.

En el entendido que el enjuiciamiento de la decisión adoptada por la autoridad pública no es capaz por sí de suspender de manera automática su imperatividad, ni mucho menos de coartar la potestad otorgada al ente público de ejecutar su propia manifestación, acudiendo incluso a la fuerza si fuere necesario. La suspensión del acto administrativo impugnado, constituye el instrumento jurídico procesal por excelencia que busca proteger a todo ciudadano de los posibles daños que pueda

⁷⁵² Libardo Orlando Riascos Gómez, Ensayo para una teoría general de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo Español y colombiano, Pamplona, 1986, <http://www.librado.50megs.com/DERECHO PUBLICO/> (16/02/03).

⁷⁵³ Eduardo García de Enterría, Hacia una nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

⁷⁵⁴ Eduardo García de Enterría Contencioso- Administrativo objetivo y Contencioso Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista Española de Administración Pública, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

⁷⁵⁵ Mariano Bacigalupo, La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 136

causar un acto administrativo, en virtud de los poderes o privilegios que tiene la administración pública, denominados ejecutividad y ejecutoriedad⁷⁵⁶.

La ejecutividad o ejecutoriedad del acto administrativo se refiere al poder de autotutela que tiene cualquier ente público de ejecutar sus actos, sin que necesite autorización o aprobación o declaratoria de conformidad de ningún órgano jurisdiccional⁷⁵⁷. La ejecución de un acto administrativo no necesita de la voluntad del destinatario, se ejecuta aún en contra de su resistencia física o material, en virtud de la presunción de legalidad que poseen los actos públicos⁷⁵⁸.

En cuanto a esta ejecutoriedad o ejecutividad de los actos, en El Salvador su práctica y vivencia no ha sido uniforme, no existen estudios serios que definan sus límites y alcances, ni tampoco criterios jurisprudenciales que precisen inequívocamente su contenido, por lo que su abuso es frecuente, situación que realza la importancia de la suspensión del acto.

La suspensión del acto es imprescindible no solo en los procesos contenciosos administrativos, sino también resultan necesarios en procedimientos administrativos, donde se discuten los derechos e intereses legítimos de las personas, ya que se pretende definir la situación que debe prevalecer durante el trámite, y evitar que se consuman de manera irreparable las violaciones a dichos derechos e intereses, o bien que pueda quedar sin materia la sentencia o resolución que se pronuncie en cuanto al fondo⁷⁵⁹. Por ello, la suspensión del acto administrativo resulta procedente tanto en sede administrativa y en sede jurisdiccional, en el primer supuesto, de acuerdo con el principio de recurribilidad de los actos administrativos, donde el mismo órgano o el superior jerárquico pueden llegar a decretarlo hasta que se

⁷⁵⁶ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, La Suspensión del Acto Administrativo(en vía de recurso), Editorial Montecorvo s.a, Madrid, 1986, Pág. 49

⁷⁵⁷ Gabriela Seijas, Ejecutoriedad del Acto Administrativo, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 203

⁷⁵⁸ Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo de Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 835

⁷⁵⁹ Héctor Fix-Zamudio, Compendio de jurisprudencia de la Serie E sobre las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(1987-1996), T I, [Http://www.corteidh.or.cr/index.html\(23/03/03\)](http://www.corteidh.or.cr/index.html(23/03/03))

resuelva administrativamente la acción recursoria intentada en su contra. Por otra parte, en sede jurisdiccional, la suspensión procede por su finalidad pro la eficacia de la resolución de fondo, así como el cumplimiento real o cierto de obtener una tutela judicial efectiva⁷⁶⁰.

La tutela cautelar que provee la suspensión del acto opera como un verdadero nexo de evitación, que quebranta la relación de causalidad, que previsiblemente existe entre el daño irreparable y la ejecución del acto mientras dura el proceso judicial⁷⁶¹.

Como consecuencia de la interrupción de la obligatoriedad del acto Administrativo, la Administración queda despojada de la potestad de disponer la realización o cumplimiento de un acto administrativo, quedando sujeta como los particulares a intervención judicial, es decir, con la suspensión las administraciones quedan enervadas de una de sus más importantes prerrogativas: la autotulela.

Es importante resaltar que la suspensión de los efectos del acto no extingue su vida, ni tampoco retrotrae las cosas al mismo estado en que se hallaban con anterioridad al dictado del acto suspendido. Este mantiene su existencia y validez hasta el dictado de la sentencia definitiva. En este sentido, el mandato judicial que paraliza los efectos del acto únicamente se dirige a proteger y asegurar el derecho del particular que de otra forma puede ser afectado⁷⁶². La voluntad de la Administración se formaliza por medio de actos y a partir de allí el acto existe, posee relevancia jurídica. Por ello, el órgano jurisdiccional no excluye provisionalmente su existencia, lo que puede hacer, si considera que el acto es ilegítimo, es suspender su eficacia, suspender los efectos de su vigencia⁷⁶³.

⁷⁶⁰ Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo de Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 835

⁷⁶¹ Luis R Carranza Torres, Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública, Editorial Alveroni, Cordova, 2005, Pág. 209.

⁷⁶² Jaime F. Rodríguez-Arana, De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 64, Editorial Civitas, Madrid, 1989, Pág. 648 y sigs.

⁷⁶³ Tomás Hutchinson, La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional, Tomo 124, Argentina, 1989, Págs. 680 y sigs

Para la procedencia de la suspensión del acto, se requiere como medida cautelar que es, la presencia de los presupuestos comunes de toda medida cautelar, como lo son por un lado, la apreciación del juzgador de que la pretensión deducida en el proceso principal sea efectuada con buen fundamento (*fumus boni iuris*), y por otro que existe un *periculum in mora*, con la reserva de no afectación de un grave y evidente interés público.

La Sala de lo Contencioso Administrativo apoyándose en la parte final del Art. 16 de la LJCA, también ha sentado el criterio jurisprudencial bajo el cual la suspensión solo procederá respecto de actos que produzcan o puedan producir, efectos positivos, entendiendo por aquellos efectos necesarios para la ejecución del acto y que además generan una modificación sobre la esfera jurídica del administrado, ya sea extinguiendo o generando un derecho, o extinguiendo o generando una situación jurídica favorable o desfavorable⁷⁶⁴.

En contraposición, no es posible según nuestro ordenamiento la suspensión de actos con efectos negativos, esto es, suspender aquellos actos que se limitan a denegar una solución sin producir la alteración material a que antes nos referíamos, que no cambian en nada la situación existente. En tales casos, acceder a la petición de suspensión significaría, pura y simplemente, más que paralizar los efectos de los actos, crear una situación nueva; es decir, más que detener la eficacia del acto, lo que haría sería algo distinto a suspender.

Por todo lo dicho la práctica judicial Salvadoreña coincide con González Pérez⁷⁶⁵, cuando afirma que la suspensión opera plenamente en todos aquellos casos en que con la simple paralización de la actividad ejecutiva, puede lograr el mantenimiento de la materia del proceso y la efectividad de la sentencia, lo que ocurre normalmente

⁷⁶⁴ Resolución interlocutoria dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia el veinticinco de agosto de dos mil cuatro en el proceso marcado al numero 184-S-2004.

⁷⁶⁵ Jesús González Pérez, *La Justicia Administrativa en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, Numero 24, San José, 1974. Pág. 103

respecto de todos aquellos actos cuyo cumplimiento comporta el ejercicio de una actividad. Pero carece de eficacia en los supuestos justamente contrarios en que el acto administrativo que contiene denegación o prohibición del ejercicio de una actividad.

Pareciera evidente entonces, que la suspensión del acto no logra en algunos casos paliar los perjuicios de todos los actos de las Administraciones Públicas y asegurar la eficacia de la sentencia; es por ello, que es necesario e indispensable un sistema abierto de medidas que favorezca adaptar la tutela a cada caso concreto, ya que la diversidad de las pretensiones impide que las medidas se limiten a la suspensión del acto.

En vista de este innegable escenario, es que la Sala de lo Contencioso Administrativo, firmemente, pero con cierta imprecisión, ha extendido los efectos de la suspensión del acto, permitiendo jurisprudencialmente lo que conocemos como la prohibición de innovar, que si bien es cierto esta lejos de tutelar por completo las diferentes situaciones jurídicas ínter subjetivas, como lo hace el sistema abierto, asiste de mejor manera los intereses de los particulares.

En este sentido, en los últimos años nuestro órgano contencioso administrativo, al pronunciar la medida cautelar, lo realiza de conformidad a la siguiente formula: "Suspéndase los efectos del acto administrativo impugnado y todo lo que sea su consecuencia". A primera vista pareciera que el agregado "y todo lo que sea su consecuencia" no adiciona o añade nada, sin embargo la adhesión de estas palabras han transformado en la práctica profesional a la suspensión en una prohibición de innovar.

La prohibición de innovar como hemos dicho, no se encuentra incorporada positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero es entendida como la medida precautoria mediante la cual se mantienen las situaciones jurídicas los hechos al

momento que ha sido decretada, buscando que no se realicen actos físicos o jurídicos que alteren o modifiquen el estado del objeto litigioso, prohibiendo y absteniendo a las Administraciones de cambiar las cosas mientras dura el pleito.

La medida de no innovar nace como el resultado directo de la incapacidad que muchas veces posee la suspensión para el aseguramiento de la sentencia, y también como respuesta a la malicia que impera en algunas administraciones Públicas, que decretan o dictaminan actos paralelos con el fin de defraudar la medida Cautelar de suspensión, por lo que la Sala de lo Contencioso, muy acertadamente, ha reaccionando aproximando los efectos de la suspensión, convirtiéndola más en una prohibición de innovar.

La medida de no innovar, posee ventajas notables sobre la suspensión del acto reclamado, principalmente porque esta prohibición impide alterar una situación subjetiva u objetiva; mientras que la suspensión del acto administrativo, al alterar la eficacia del acto, altera una situación jurídica subjetiva; aquella comprende toda la relación jurídica, esta sólo una situación creada por un acto administrativo⁷⁶⁶.

Por otro lado la prohibición de innovar se refiere a conductas futuras y comprende a las partes; la suspensión del acto administrativo, a una conducta manifestada, por medio de un acto de una de ellas⁷⁶⁷.

En definitiva, la prohibición de innovar crea un deber jurídico a las partes; situación que no sucede con suspensión del acto que simplemente elimina temporalmente una expresión de poder de una de ellas. La prohibición de innovar se trata de una medida genérica, ya que no está dirigida hacia un objeto determinado como lo hace

⁷⁶⁶ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 303

⁷⁶⁷ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 303

suspensión del acto, por lo que puede dictarse respecto de otras actuaciones estatales diferentes al acto administrativo⁷⁶⁸.

No obstante, la práctica jurisprudencial aludida, la mutación y transformación de la suspensión del acto a una verdadera medida de prohibición de innovar, posee deficiencias conceptuales, que muchas veces la transforman en una institución amorfa e imprecisa, ello resulta de la consecuencia de que la Honorable Sala de lo Contencioso, quizás por un exceso de timidez, ha limitado implantar los efectos de la prohibición de innovar, sin precisar que en realidad no estamos frente a la suspensión del acto.

Ciertamente creemos que gramaticalmente agregar a la Fórmula de la suspensión las palabras “y todo lo que sea su consecuencia”, no resulta una técnica lo suficientemente idónea para precisar con certeza cristalina que nos encontramos frente a una medida cautelar que prohíbe innovar cualquier situación existente, sin embargo los beneficios para el particular, sobrepasan cualquier reproche al respecto.

Por nuestra parte, lejos de criticar la jurisprudencia en cuestión, elogiamos con exaltación la medida y consideramos que dicha implementación constituye uno de los aportes más encomiables en materia Cautelar, a pesar del exceso de prudencia sobre la materia, que de cierta manera comprendemos como resultado del sistema jurídico ortodoxo de derecho escrito que vivimos en El Salvador, donde la jurisprudencia prácticamente no tiene cabida.

MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS

García de Enterría ha expresado reiteradamente el fin del paradigma que significo el sistema objetivo de justicia administrativa francés, proponiendo como sustituto al

⁷⁶⁸ Enrique M. Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado, Tomo II, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1983, Pág. 345

principio de tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos⁷⁶⁹. Desde este punto de vista, la justicia administrativa dejaría de ser un abstracto proceso al acto, para convertirse en un proceso plenario a la Administración como sujeto, por parte de otro sujeto, en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos⁷⁷⁰.

Este nuevo sistema otorga al juez un aumento sustancial de las medidas cautelares procedentes, que debería incluir las denominadas medidas cautelares positivas⁷⁷¹.

Partiendo del postulado que la medida cautelar que provoca la suspensión del acto no logra satisfacer a totalidad los requerimientos de una justicia cautelar moderna, pues en franca violación a la constitución, deja afuera supuestos en los que los actos de la administración pueden producir efectos de contenido negativo, surgen las denominadas medidas cautelares positivas, para salvaguardar al particular en aquellos casos donde claramente la suspensión no otorga efectos de resguardo, ya que la preservación del objeto litigioso puede reclamar en ocasiones actividad administrativa⁷⁷².

Desde 1936, juristas como Calamandrei⁷⁷³ habían observado que las providencias cautelares podrían clasificarse en conservativas e innovativas según, respectivamente, tendiesen a mantener el estado de hecho existente o a operar su modificación. Aproximadamente en la misma época, Carnelutti⁷⁷⁴ transitaba en una línea de pensamiento similar, y se refería en su sistema de derecho procesal civil,

⁷⁶⁹ Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud de jurisdicción ¿Un cambio de paradigma?* Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007

⁷⁷⁰ Julio Rodolfo Comandira, *Las Medidas Cautelares en el proceso Administrativo*, Buenos Aires, 1994, Pág. 703

⁷⁷¹ Luis R. Carranza Torres, *Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública*, Editorial Alveroni, Córdoba, 2005, Pág. 293

⁷⁷² Tornos Mas, *La Situación Actual del Proceso Contencioso-Administrativo*, Revista de Administración Pública, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, Pág. 117

⁷⁷³ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio Sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina Ameba, Buenos Aires, 1945

⁷⁷⁴ Francesco Carnelutti, *Dirritio e proceso*, Morano, Napoli, 1958

tanto a un proceso cautelar conservativo como a un proceso cautelar innovativo, expresando, respecto de este último, que existen, en efecto, casos en los que se comprometería el resultado del proceso si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho.

Se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas, determinadas conductas a seguir, ya sea que éstos consistan en obligaciones de dar o de hacer, procediendo tanto en ejercicio de la potestad reglada como de la discrecional, aún cuando su procedencia resulta más nítida en la actividad reglada. Lo que el juez tiene que apreciar, más que la naturaleza reglada o discrecional de la respectiva actividad, es el derecho del administrado a la tutela cautelar y los requisitos de fundabilidad de ésta⁷⁷⁵.

La esencia de la cautelar innovativa está dada por la característica, que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, cambiándolo por uno nuevo; bien pudiendo ser esta situación un resguardo respecto de lo pedido en el pleito, bien un anticipo de lo impetrado, justificado en las especiales circunstancias que presenta el caso.

Es por esto que en estos casos el órgano jurisdiccional, cuando así se lo solicite el administrado y cumpliendo los presupuestos del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* y un inexistente interés público contrapuesto, adopte el conjunto de medidas necesarias para que mientras se resuelva el proceso, se otorgue al solicitante en una posición factico-jurídica que le permita, o al menos no le frene el ejercicio pleno y efectivo de los derechos e intereses controvertidos en el litigio. Se busca entonces que se adopten no solo las medidas paralizadores, sino innovativas, que implanten y establecen una situación nueva que hasta el momento no le era reconocida al recurrente.

⁷⁷⁵ Oscar Eduardo González Camacho, *La Justicia Administrativa*, Tomo III, *Medidas Cautelares Positivas*, Investigaciones Jurídicas, S. A., San José 2002, Pág. 55

En términos amplios se puede decir que lo buscado con la medida positiva es que a la Administración se le imponga el deber de realizar una determinada conducta. Lo anterior no implica que deberá existir una identidad entre la medida y la pretensión, hemos dicho con anterioridad que toda medida cautelar se encuentra preordenada a la ejecución de la sentencia, por lo que existe una indiscutible semejanza entre estas medidas provisionales y las medidas de ejecución, situación que en ningún caso puede confundirse con una identificación, pues de ser así se correría el riesgo de transformar esta institución en una especie de justicia anticipada, que podría llegar a ser irreversible.

Nos dice Peyrano⁷⁷⁶, respecto a la cuestión: “Desde un comienzo, intuimos que en muchos supuestos la medida innovativa podía involucrar un anticipo del juicio de mérito. Así fue que sostuvimos que un cierto tipo de diligencia innovativa apunta a formular un anticipo cautelar del juicio de mérito. Es decir que formula un pronóstico (provisorio, por cierto) acerca de cuál será el desenlace de la causa y procede a conceder ahora lo mismo (o parte) que probablemente distribuirá más tarde la sentencia de mérito. De tal modo, se evita que el decurso del tiempo (inevitable para sustanciar la secuela de la causa) se transforme en el enemigo de una justicia entendida en términos bien reales y concretos. Se dirá que no es lo mismo pronóstico que diagnóstico. Es cierto. Pero también lo es que, en la mayoría de los casos, coinciden uno y otro. Conviene, entonces, que se apliquen ya los remedios aconsejados por el pronóstico; máxime cuando el peligro es inminente y grave (daño irreparable) y se cuenta con un eficaz antídoto (la contracautela) para el supuesto de que el específico aplicado no fuera el idóneo. En otros supuestos la medida innovativa tiende a reponer las cosas a su estado anterior”.

En definitiva la medida cautelar positiva es aquella decisión judicial que con carácter precautorio y provisional, suple comúnmente un acto negativo, ordenando la

⁷⁷⁶ Jorge Walter Peyrano, La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, Revista de Derecho Procesal, Numero 5, Santa Fe, 2000, Pág. 317

adopción de una conducta idónea, o de ser posible y necesario, emitiéndola directamente; con el objeto de crear una condición jurídica particular hasta el momento inexistente, o de garantizar la que ya impera permitiendo así la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses lesionados al actor, susceptibles de reconocimiento en una eventual sentencia estimatoria⁷⁷⁷.

Gambier entiende que el óbice que puede encontrarse en las medidas cautelares innovativas, es esa posible intromisión que puede suponer el órgano judicial en la esfera de competencia de la Administración. No obstante, más allá de lo opinable de esta delicada cuestión, no es menos cierto que, mediante la utilización de este remedio cautelar, la justicia puede fortalecer el rol que tiene asignado, en cuanto al control de legalidad del obrar administrativo y, de ese modo, garantizar plenamente la “tutela judicial efectiva” que se asienta, en nuestro sistema, en la garantía de defensa en juicio.

Ahora bien un desbordamiento de la figura es tan grave como su inexistencia siendo necesario por esa razón establecer ciertos límites de la misma. En primer lugar la medida positiva en ningún caso se puede conceder algo que no pudiese ser objeto del pronunciamiento judicial en el proceso. Este límite provocaría absurdo que el Juez otorgase cautelarmente algo que luego en sentencia, ni en el mejor de los casos se podría conceder.

En similar sentido el juez no debe prejuzgar el fondo del asunto, la medida cautelar solo tiene por objeto el aseguramiento provisional de derechos, no puede prejuzgar o anticipar la resolución de fondo.

En tercer lugar, es preciso señalar que estas medidas no pueden ser lesivas a los intereses de terceros ajenos al proceso. La necesidad de no perjudicar intereses de

⁷⁷⁷ Oscar Eduardo González Camacho, La Justicia Administrativa, Tomo III, Medidas Cautelares Positivas, investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 2002, Pág. 55

terceros y en general a todo la colectividad conserva la seguridad de las personas y las cosas, principio que posee un valor constitucional.

Finalmente, cada una de las medidas de orden positivo dispuestas por el Juez, deben sopesar los diferentes intereses en juego, la medida positiva ha de ser proporcional a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, a la lesión de los intereses del actor y su compaginación con el interés de la colectividad.

En El Salvador la Sala de lo Contencioso Administrativo ha negado la vigencia de medidas cautelares positivas, no obstante en virtud de la tendencia existente sobre este tipo de medidas la Sala de lo Constitucional por el contrario ha abierto brecha aunque de una manera prudente y mesurada hacia la concesión de medidas cautelares positivas, incluso brindado la llamada tutela anticipada, que consiste en proveer, mientras se sustancia el amparo, y a título cautelar, bienes o servicios propios de la sentencia de fondo a dictarse, como por ejemplo medicamentos o prótesis. La Sala de lo Constitucional en algunas ocasiones, como tratándose de los enfermos de sida, ha decretado este tipo de medidas cautelares.

TRAMITE Y SUSTANCIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

a) Solicitud. Para el otorgamiento de la medida cautelar, será necesario que la parte interesada presente solicitud escrita, ya sea con la demanda o por escrito posterior, donde se acredite el derecho que lo asiste y se fundamente la necesidad de la medida.

Se observa, que en el sistema procesal Administrativo Salvadoreño existe una fuerte presencia de dos vitales principios: el principio dispositivo y el principio inquisitivo; el primero asigna a las partes procesales, la iniciativa, ejercicio o dimisión de actos procesales. El segundo, el inquisitivo, de manera opuesta, confiere al juez las

mencionadas atribuciones, debiendo éste mismo impulsar el proceso, y ejercer todas estas potestades sin que la voluntad de las partes constituya un límite.

A pesar de la yuxtaposición de principios en los juicios contenciosos administrativos, existe una marcada preeminencia del principio dispositivo debido a que las partes son enteramente dueñas del derecho subjetivo material, de la pretensión e incluso de la actividad decisoria del órgano jurisdiccional.

No obstante lo anterior, la aplicación de estos principios dependen de escenarios previamente establecidos por la ley, instaurándose confines para su aplicación; el principio dispositivo encuentra aplicación primariamente en la interposición de la demanda que bajo ningún motivo puede ser *ex officio*, así como en todo lo relativo a la formulación de pretensiones, descargo de pruebas, etc.

De manera heterogénea la potestad oficiosa del Juez, se encuentra en la mayoría de los casos limitada a realizar actos de impulso procesal; es decir, actos que tienden a hacer avanzar el procedimiento por cada una de las etapas o fases que lo componen y nunca actos conexos a la pretensión.

Así las cosas, la totalidad de los doctrinarios son de la opinión que la adopción de medidas cautelares deben de ser realizadas siempre a petición de parte, esto debido a que según el principio dispositivo todas las actividades conexas a la pretensión deben ser a instancia de parte, *Ne procedat iudex ex officio (Que el Juez no proceda de oficio)*.

Al respecto, María Pía Calderón Cuadrado⁷⁷⁸ expresa que la vigencia del principio dispositivo exige que la actividad jurisdiccional cautelar -al igual que las demás modalidades de tutela- se realice a solicitud de parte.

⁷⁷⁸ María Pía Calderón Cuadrado, Legitimación y Tutela Cautelar, Revista del Poder Judicial, Numero 75, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, Pág. 159

En el mismo sentido se manifiesta Eduardo J. Couture⁷⁷⁹ apuntando que: las resoluciones que decreten medidas de garantía o de seguridad se dictan *inaudita altera parte*, en procedimiento unilateral, de conocimiento sumarísimo y a petición de la parte interesada.

Como se observa, no imperará en ningún caso el principio de oficialidad, ya que las medidas cautelares procederán únicamente a instancia de parte; ello en vista de que ni la ley ni el juzgador pueden suplir o suplantar la voluntad e interés de las partes en el sentido que sin la orientación que proporciona la solicitud del interesado, la intervención jurisdiccional puede ser inoportuna o inadecuada.

En consecuencia, toda medida cautelar responde al principio dispositivo, puesto que no obstante su objeto es la de tutelar el derecho o de asegurar la efectividad de la sentencia definitiva ante el *periculum in mora*, la ley no puede pretender que el juzgador asuma o suplante el interés o la voluntad del particular en cuanto a la oportunidad de solicitar la protección que ofrece la medida cautelar. Por más evidente que sea el derecho de las partes o de la urgencia y necesidad de la protección que las circunstancias exigen, el juzgador no puede decretar de oficio medidas cautelares porque se trata de un beneficio concedido por la ley a los particulares, que si es adoptada unilateralmente por el juzgador resultaría abusiva y parcializada, perdiendo éste su calidad de imparcialidad al asumir la defensa del derecho o interés de una de las partes en conflicto⁷⁸⁰.

b) *Bilateralidad*. En algunos casos, como lo es en los procesos contencioso administrativos Salvadoreños, la tramitación de medidas cautelares adquieren una característica propia y única que las separa de cualquier otro procedimiento judicial, esto es, que se dictan *inaudita altera pars*.

⁷⁷⁹ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Montevideo, 2004.

⁷⁸⁰ René Alfonso Padilla y Velasco, Procedimientos Preliminares y Medidas Cautelares, San Salvador, 2000, Págs. 18 y sigs

La característica de urgencia y provisoriedad permiten que la medida cautelar opere dejando la discusión sobre su procedencia a un momento ulterior; por lo tanto, las providencias cautelares se tramitan y dictan sin citar ni dar oportunidad a la parte afectada de manifestarse o discutir, y si por cualquier razón el afectado o requerido se entera, ninguna oposición o excepción que pretenda interponer puede diferir la tramitación y deberá serle rechazado de plano, ya que el tiene a salvo su derecho para discutir la procedencia posteriormente. Por otro lado, la cuestión de que no se admita discusión u oposición de parte del afectado, no debe entenderse en el sentido de que no se puedan alegar cuestiones que corresponden a los presupuestos procesales y de fondo (requisitos de procedencia de forma y de fondo), ya que en todo caso tales requisitos deben ser fiscalizados por el juzgador de oficio y si se les pasan desapercibidos, bien puede la parte afectada hacérselos ver⁷⁸¹.

Lo de inaudita parte se concreta entonces en la capacidad del Juez para decretar medidas cautelares a favor del peticionario, sin que la otra parte tenga conocimiento de su proceder. Solo tras la ejecución de la medida, y una vez cumplido el propósito principal de efectividad, surge para el demandado el derecho de defensa en cualquiera de sus manifestaciones y oportunidades legales⁷⁸².

c) *Tribunal competente*. Tal como lo determina el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se erige como atribución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia. Por ello, en la legislación Salvadoreña el tribunal competente para resolver sobre las medidas cautelares es el que es el competente para tramitar el juicio principal, es decir la Sala de lo Contencioso, ello por virtud del principio de subsidiariedad de la medida cautelar ("el juez de lo principal es el juez de

⁷⁸¹ René Alfonso Padilla y Velasco, *Procedimientos Preliminares y Medidas Cautelares*, San Salvador, 2000, Págs. 18 y sigs

⁷⁸² Libardo Orlando Riascos Gómez, *Ensayo para una teoría general de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo Español y colombiano*, Pamplona, 1986 <http://www.librado.50megs.com/DERECHO PUBLICO/> (16/02/03).

lo accesorio"), considerándose que la providencia precautoria es parte accesorio del juicio principal⁷⁸³.

La Sala de lo Contencioso Administrativo detenta la exclusividad del juzgamiento de las controversias reguladas por el Derecho Administrativo, siendo el único Tribunal, en razón de la materia, territorio y grado.

d) *Partes*. La persona legitimada para solicitar una medida precautoria es aquella que acredite *prima facie* la existencia de un derecho o interés que aparentemente corra peligro, algunas veces basta el *fumus boni juris*, es decir, el atribuirse una calidad o condición que haga verosímil el interés o derecho a tutelar, pero en caso contrario debe acreditarse tal calidad por los medios adecuados.⁷⁸⁴

e) *Pruebas*. La acreditación del derecho en peligro y de la inminencia del mismo es por cuenta del solicitante y pueden comprobarse por cualquier medio idóneo⁷⁸⁵, aunque muchas veces basta una simple invocación de ambas circunstancias, sin embargo, si el juzgador no estima suficientemente probados ambos requisitos, considero que no existe ningún inconveniente para que se de la oportunidad al solicitante que acredite adecuadamente sus planteamientos.

f) *Revocabilidad*: Al respecto hemos dejado claro con anterioridad *que* las medidas cautelares serán susceptibles de revisión o de revocación, siempre que se produzca una variación que altere sustancialmente las condiciones que motivaron su autorización⁷⁸⁶ (*Rebus sic stantibus*). En este aspecto, la totalidad de las legislaciones procesales en materia administrativa, nacionales y extranjeras,

⁷⁸³ Luis R. Carranza Torres, *Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública*, Editorial Alveroni, Cordova, 2005, Pág. 91

⁷⁸⁴ René Alfonso Padilla y Velasco, *Procedimientos Preliminares y Medidas Cautelares*, San Salvador, 2000, Págs. 18 y sigs

⁷⁸⁵ Pascual Botía Torralba, *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo*, Editor Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, Pág. 71

⁷⁸⁶ José Luis Gil Ibáñez, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo*, Editorial Colex, Madrid, 2001, Pág. 99

contemplan el carácter esencialmente variable de las providencias cautelares, facultado a los jueces a disponer el levantamiento, modificación o revocación de las medidas dictadas contra la Administración Pública siempre y cuando, como hemos dicho varíen las circunstancias, fácticas o jurídicas, que se tuvieron en miras al decretar su despacho⁷⁸⁷. En definitiva solo cambios extra procesales permiten modificar o revocar la medida cautelar⁷⁸⁸.

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (CAFTA) Y SU INFLUENCIA SOBRE EL SISTEMA CAUTELAR SALVADOREÑO.

Como se ha dejado entrever, en los procesos Contencioso Administrativos muchas son las dificultades que los particulares encuentran al tratar de ejercer sus pretensiones en contra de las diferentes Administraciones Públicas; este problema surge debido a la carencia de instituciones procesales adecuadas, que provocan que los ciudadanos no gocen de instrumentos jurídicos idóneos para hacer valer sus diferentes derechos e intereses legítimos.

Resalta como una de las deficiencias apuntadas, la falta de regulación de un sistema eficaz de medidas cautelares que posibilite la adopción, no solo de la tradicional suspensión del acto reclamado, sino de cualquier otra medida cautelar que se considere necesaria. No obstante, afortunadamente, esta posibilidad puede tener cabida en ciertos casos específicos, gracias a la ratificación y vigencia del Tratado de Libre Comercio (CAFTA) celebrado entre los países Centroamericanos y República Dominicana con los Estados Unidos de América.

Efectivamente, el Tratado de Libre Comercio, ha dedicado un sección especial a la Contratación Pública, en concreto en el Capítulo Nueve, dentro del cual podemos

⁷⁸⁷ Mariano Bacigalupo, La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág. 191

⁷⁸⁸ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (Ley 29/1998 de 13 de Julio), Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 2080

encontrar un conjunto de disposiciones legales que amplían la tutela cautelar en los asuntos a los que el tratado mismo ha denominado contratación cubierta. En este sentido el Tratado de Libre Comercio establece la imperiosa obligación a la Autoridad encargada de resolver las impugnaciones incoadas, de adoptar cualquier tipo de medidas precautorias que fueren necesarias mientras se resuelve cualquier impugnación.

A efectos de identificar los supuestos donde resulta posible el dictado de medidas precautorias de este tipo, es necesario precisar lo que el Tratado ha entendido por contrataciones cubiertas, así como identificar quienes se consideran las autoridades, que según el Tratado se les confiere la mencionada atribución. En primer lugar, Cafta entiende por contrataciones cubiertas, cualquier medio contractual, incluyendo la compra, alquiler o arrendamiento, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas, y en general cualquier tipo de contratación que no se encuentre excluida. Por otro lado, el Tratado dispone en su numeral 1 del Art. 9.15 que cada parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente, para conocer las impugnaciones de los proveedores con respecto a las obligaciones de la Parte, a efecto de que se dicten las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Siendo la autoridad unida con esta atribución la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Habiendo dicho lo anterior, delimitado el ámbito de aplicación de esta tutela, el Art. 9.15 del Tratado es claro al establecer que cada Parte estipulará que la autoridad establecida o designada podrá tomar las medidas precautorias oportunas, mientras se encuentra pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento, incluyendo la suspensión de la adjudicación o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

De esta manera, concuerdo con el Dr. Armando Enrique Mena Castro, al apuntar que es patente que bajo la cláusula de medidas precautorias oportunas, el Cafta- que

ahora constituye parte de nuestro Derecho interno y, por tanto, de obligatorio cumplimiento así para la Administración como para los jueces salvadoreños-reconoce sin ningún tipo de limitaciones la posibilidad de que se pueda adoptar cualquier clase de medidas precautorias o cautelares que fueren necesarias para asegurar la efectividad de los resultados del proceso de impugnación. Constituye, por otra parte, un derecho para los proveedores que hagan uso de la vía impugnativa poder exigir que se adopten cualesquiera medidas asegurativas o precautorias⁷⁸⁹.

Continúa aseverando Mena Castro que “Se trata, de verdad, de un importantísimo giro en la concepción de las medidas cautelares, puesto que ahora quedará en manos de la autoridad administrativa o judicial decidir sobre la medida que mejor se acomode a cada caso en concreto para asegurar que la resolución definitiva mantenga su utilidad⁷⁹⁰”.

De esta forma, cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo conozca de impugnaciones referentes a contratación pública, poseerá la potestad y el deber de dictar sin límites, la medida cautelar que considere necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, es decir, en lo que a contratación Pública respecta existe gracias a la vigencia del Tratado de Libre Comercio, un sistema cautelar abierto, donde tiene cabida cualquier tipo de medidas, incluidas las positivas.

Sin duda alguna, la mencionada disposición del Cafta constituye un verdadero avance en lo que al sistema cautelar respecta, ya que los ciudadanos pueden asegurarse que sus derechos se conservarán plenamente mientras estos son discutidos por las autoridades competentes. De igual forma la ratificación del Tratado podría otorgar beneficios adicionales, ello debido a que de manera general el Tratado dispone la obligación por parte de los Estados signatarios de armonizar su derecho

⁷⁸⁹ Armando Enrique Mena Castro, *Prontuario de Justicia Administrativa*, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Año I, Número 1, 2006, Pág. 49

⁷⁹⁰ Armando Enrique Mena Castro, *Prontuario de Justicia Administrativa*, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Año I, Número 1, 2006, Pág. 49

interno conforme a las reglas del Tratado. Así, en lo que respecta a medidas cautelares en materia de contratación pública, el número 2 del Art. 9.15 obliga inequívocamente a cada parte de asegurar, mediante normas de Derecho interno, que la autoridad administrativa o judicial contará con estas facultades, pudiendo dictar un número abierto de medidas cautelares.

Ahora bien, no obstante el mandato, hasta el momento el Estado Salvadoreño a pocos años de la vigencia del Cafta, ha hecho caso omiso de la obligación apuntada, no existiendo ni siquiera una discusión al respecto. Con todo, creemos que la Sala de lo Contencioso Administrativo no puede, ni debe obviar la normativa del Cafta, no siendo válido el argumento de la falta de armonización interna de las normas respectivas, debiendo existir por tanto una aplicación plena en todo lo que concierne a esta nueva normativa.

Finalmente, cabe resaltar que si bien es cierto que la adopción de un sistema de medidas cautelares abierto se circunscribe según el Tratado únicamente a contrataciones administrativas, o sea cuando se deduzcan pretensiones relacionadas con esta materia, la Sala en base al derecho constitucional de la Protección Jurisdiccional o Debido Proceso debería adecuar las diversas medidas a imponerse, no limitándose únicamente a la suspensión del acto reclamado, sino a la medida cautelar que mejor conserve los derechos del justiciable. En El Salvador hemos dicho, se advierte una extrema prudencia a la hora de la aplicación de medidas cautelares, siendo estas realidades en muchos casos frustratorias del derecho a la tutela judicial Efectiva, pues niegan la existencia de un verdadero derecho fundamental a obtener la protección preventiva de los derechos e intereses legítimos de los afectados; por lo que la normativa proveída por el Tratado de Libre Comercio, impone un desafío a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto a la evolución positiva de su jurisprudencia que debe hacer avanzar una de sus instituciones jurídicas más importantes.

INFLUENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL SOBRE EL SISTEMA CAUTELAR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Hemos dejado claro, que la dimensión temporal del proceso, ostenta una nota común prácticamente invariable en todos los ordenamientos jurídicos, y consiste en que el proceso judicial suele concebirse como un instrumento lento y, en ocasiones, poco eficaz. Dicha percepción debe matizarse, pues un proceso será lento en la medida que la solución del mismo llegue tarde, es decir si la demora en la decisión del litigio torna ineficaz la solución o genere una desigualdad al favorecer a la parte que se encuentra en mejores condiciones de aguardar el fallo⁷⁹¹.

No obstante, a efectos de brindar amparo a las situaciones mencionadas la mayoría de los sistemas procesales contemplan un sistema de medidas Cautelares. En general, el trazo evolutivo marca en este punto el pasaje de una regulación cerrada y limitada a ciertas medidas cautelares, a un autentico sistema normativo en materia cautelar apoyado en la consagración expresa de la potestad cautelar genérica.

De esa forma, la tendencia procesal marca la declaración legal de la potestad cautelar genérica de los jueces, que estarían facultados para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en toda clase de procesos y en cualquier momento u oportunidad⁷⁹².

Precisamente, la línea en la que se adscribe nuestro nuevo Código Procesal Civil, consagra expresamente la potestad cautelar genérica, al disponer en su articulado que podrán adoptarse en cualquier proceso las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia que recayera en el

⁷⁹¹ Santiago Garderes, Las Medidas Cautelares en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2005, Pág. 32

⁷⁹² Ricardo Rivero Ortega, Medidas Cautelares Innominadas en lo Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 98, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Pág.279

proceso, abriéndose el elenco de medidas cautelares, no limitándose a la suspensión del acto reclamado⁷⁹³.

Esta nueva regulación provoca una influencia innegable sobre el sistema Cautelar Contencioso Administrativo en cuyo ordenamiento de momento solo podemos encontrar la figura de la suspensión del acto como la única medida Cautelar regulada. En efecto, no obstante lo mencionado, el Art. 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, dispone que son de aplicación, en cuanto fueran compatibles con la naturaleza de éste proceso, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que no contraríen el texto y los principios procesales que contiene la ley.

La disposición aludida supra, induce inequívocamente a la aplicación de disposiciones de cualquier tipo que coadyuven a la mejor aplicación y diligencia de la ley y que ofrezcan una mejor tutela a los particulares.

Lo anterior provoca sin duda, la apertura a un sistema de “numeros apertus” respecto a la tipología de medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas, de manera que la suspensión cautelar del acto deja de ser la única posible, pudiéndose adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia⁷⁹⁴.

Lógicamente y como es de esperarse, la suspensión del acto seguirá siendo la medida cautelar por excelencia, pues dicha medida tiene como finalidad esencial la de proteger el derecho del recurrente, durante la sustanciación del recurso, en todos aquellos procedimientos en los que se pretende la anulación del acto, recursos que

⁷⁹³ Santiago Garderes, Las Medidas Cautelares en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2005, Pág. 32

⁷⁹⁴ Pascual Botía Torralba, Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, Pág. 30

en todos los ordenamientos comparados, cuantitativamente son los más numerosos⁷⁹⁵.

En conclusión, el sistema cautelar proyectado refleja los postulados generales de la reforma, que se concretan en la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Esa eficacia, que en el plano estructural se procura, se reafirma mediante la consagración de un régimen cautelar amplio sustentado en la potestad cautelar genérica que se asigna a los tribunales, que extiende la tutela preventiva a toda clase de pretensiones y procesos, pudiendo adoptarse incluso como medida preparatoria antes de la formulación de la demanda principal⁷⁹⁶.

Esta nueva regulación cautelar refleja una adecuada flexibilidad, que permite adaptarlo a las exigencias del caso concreto mediante el dictado de la medida ideónea para la seguridad del derecho invocado. Y como contrapartida de esta regulación amplia, se estructura un adecuado sistema de responsabilidad por los daños injustos que pueda ocasionar la medida cautelar, a partir de la exigencia legal de la contracautela y de las previsiones expresas sobre responsabilidad del cautelante en caso de alzamiento de la medida, contemplando de esa forma la denominada “perspectiva del cautelado”.

Con todo, la falta de adecuación del derecho nacional a las exigencias modernas, no pueden servir de excusa para la Sala de lo Contencioso Administrativo para cerrarse a no adoptar cualquier tipo de medidas cautelares; por el contrario la vigencia del nuevo código debe constituir un llamado de atención y un impulso para que la Sala encargada de los enjuiciamientos Contenciosos Administrativos aplique e interprete a partir del derecho a la protección jurisdiccional las causas que a su conocimiento

⁷⁹⁵ Pascual Botía Torralba, *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, Pág. 30

⁷⁹⁶ Santiago Garderes, *Las Medidas Cautelares en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil*, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2005, Pág. 32

lleguen. Más aún en el entendido de que si las medidas cautelares sirven para garantizar provisionalmente la integridad del bien jurídico, mientras, y hasta que esa justicia lenta llegue a otorgarse, es evidente que esa protección provisional, que forma parte del contenido esencial de la protección jurisdiccional, es indispensable para el cumplimiento de la justicia⁷⁹⁷.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO.

La búsqueda por asegurar los resultados de los procesos judiciales por medio de medidas cautelares, constituye una constante invariable en todos los regímenes de justicia administrativa. Esta situación determina que sin importar las diferentes latitudes se coincida uniformemente en los sistemas cautelares.

FRANCIA

Tradicionalmente las medidas cautelares han sido vistas con desconfianza en Francia, situación que se observa en la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto se entiende como atentatoria del carácter inmediatamente ejecutorio del acto administrativo, que ha sido elevado a la categoría de “principio fundamental del derecho público” en el *arrêt* “Huglo”, del 2/7/1982- y desconocer la prohibición de dirigir *injonctions* contra la Administración Pública⁷⁹⁸.

En Francia la suspensión de la ejecución del acto administrativo es la excepción a la regla del carácter no suspensivo del recurso contencioso-administrativo.

El *sursis à exécution* es una medida cautelar de carácter específicamente conservatorio, destinada a paralizar total o parcialmente los efectos de una decisión

⁷⁹⁷ Carmen Chinchilla Marín, La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid., 1991, Pág. 168

⁷⁹⁸ Ramiro Simón Padrós, La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2004, Pág. 229.

administrativa impugnada por medio de un recurso contencioso, a la espera del juzgamiento de fondo a dictarse sobre su legalidad. En principio, se trata de un mecanismo de carácter excepcional, en tanto obstaculiza una decisión que goza de la presunción de legitimidad.

Así, de acuerdo con la concepción francesa del acto administrativo, la suspensión constituye un procedimiento extraordinario, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, al obstaculizar el poder de acción de la Administración Pública, cuyas decisiones gozan de presunción de legitimidad (*conformité au droit*) y fuerza ejecutoria. De ahí el carácter excepcional con que la jurisprudencia ha considerado, tradicionalmente desde antiguo, las demandas de *sursis à exécution*. En este aspecto, la opinión dominante entre los autores franceses es que el régimen de la suspensión cautelar del acto administrativo –elaborado a lo largo de casi dos siglos por la praxis jurisprudencial del Consejo de Estado– resultaba demasiado riguroso y que su interpretación estricta constituía un resabio del histórico *temor* a comprometer la acción de los órganos administrativos.

En vista de este panorama, contrario a un desarrollo eficaz de la tutela cautelar administrativa, la doctrina se había interrogado sobre si la moderación en el otorgamiento de la suspensión no debía, cuanto menos, reconsiderarse a la luz de las exigencias del tiempo en la duración de los procesos –garantía expresamente consagrada para el ámbito comunitario por el art. 6.1, Convención Europea sobre Derechos Humanos–, y la experiencia favorable recogida en ciertos regímenes comparados, como el contencioso-administrativo alemán⁷⁹⁹. En tal sentido, la opinión predominante entre los autores franceses consistirá en atribuir a la política particularmente restrictiva del Consejo de Estado la responsabilidad de que el *sursis à exécution* no haya podido cumplir el rol específico a que estaba destinado, es decir,

⁷⁹⁹ Mariano Bacigalupo, Sistema de Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo Alemán, Revista de Administración Pública, Número 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

“aquel de contrapeso indispensable, en un Estado de Derecho, al privilegio de la decisión ejecutoria”.

Desde esta óptica, la notoria insuficiencia del *sursis à exécution* para responder adecuadamente a las necesidades actuales del proceso contencioso-administrativo, conducirá al Consejo de Estado a propiciar la reforma integral de los procesos de urgencia en la jurisdicción administrativa, designando a esos efectos una comisión de estudios por una decisión de su vicepresidente, del 31/8/1997, cuyas conclusiones son la fuente directa del nuevo instituto del *référé suspension*, incorporado al Código de Justicia Administrativa por la ley del 4 de mayo del 2000, al que luego aludiremos⁸⁰⁰.

Este Code de Justice Administrative ha significado la supresión del clásico proceso del *sursis à exécution*, y su reemplazo por un nuevo mecanismo que se presenta como una variante particular de *référé administratif*. El cambio más significativo del nuevo régimen cautelar consiste en la atribución a un juez único (denominado *juge des référés*) de mayores poderes de suspensión de los actos administrativos –lo que resulta visible, particularmente en materia de actos negativos (*de refus* o *de reset*) – ,dentro del marco de un proceso abreviado destinado fundamentalmente a simplificar las condiciones de otorgamiento de la tutela cautelar y acelerar el desarrollo de la instancia de *référés*.

No obstante los importantes cambios producidos, resulta evidente que la ley ha conservado la lógica fundamental del *sursis à exécution*, lo que se pone de manifiesto al considerarse los siguientes aspectos de la nueva figura cautelar: i) el sometimiento al principio del carácter ejecutorio de los actos administrativos; ii) la naturaleza accesoria de la demanda de suspensión; y iii) la vinculación de la medida cautelar a la existencia de determinadas condiciones del fondo.

⁸⁰⁰ Eduardo García de Enterría, La Formación y el Desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Pág. 177

En su lugar, el legislador francés ha optado por reforzar la eficacia de los procedimientos de urgencia, a través de la institución de un juez único dotado de amplios poderes encuadrados en el marco de un proceso rápido y simplificado. En consecuencia, la naturaleza misma del mecanismo permanece inalterada, pues, al carecer el recurso de anulación de efectos suspensivos, tal resultado debe ser obtenido por medio de un proceso adecuado y de carácter accesorio al proceso principal.

ESPAÑA

La sanción de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, del 13/7/1998 ha significado el abandono definitivo del carácter excepcional atribuido a la suspensión en el marco del ordenamiento procesal de la Ley de 1956 e incorpora en su lugar un régimen extenso de medidas cautelares posibles, tanto contra la actividad como contra la inactividad de la Administración Pública. En ese sentido, el Art. 129 del mismo cuerpo legal establece un sistema de *numerus apertus* en la configuración de la tutela cautelar administrativa, posibilitando a los interesados solicitar cuantas medidas precautorias aseguren la efectividad de la sentencia definitiva, incluidas aquellas de contenido positivo.

La reglamentación legal se inscribe en la línea de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional respecto de la naturaleza fundamental de la tutela cautelar administrativa, afirmando su incorporación en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, Constitución de 1978. Así lo sostuvo dicho tribunal en su sentencia 238/1992, al recordar que si bien el texto constitucional no hace referencia a las medidas cautelares ni a la potestad de los tribunales de ordenar la suspensión, ello no significa “que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno”⁸⁰¹. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, y la medida en que

⁸⁰¹ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.

lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda”. Por ello, concluyó, “es preciso reiterar ahora lo que afirmamos con nuestra STC 14/1992, Fundamento Jurídico 7º, esto es, *que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso*”.

ALEMANIA

El sistema alemán de justicia administrativa contempla la medida cautelar de suspensión del acto administrativo (*aufschiebende wirkung*). Se contempla que la interposición recurso judicial contiene el efecto típico de suspender los efectos del acto.

Justamente, el Art. 80.1, de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que el recurso administrativo y la acción contencioso-administrativa, por la que se pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen, tienen efecto suspensivo⁸⁰². La regla del efecto suspensivo rige también respecto de los actos constitutivos y declarativos de derechos, así como de los actos administrativos mixtos o de doble efecto (Art. 80ª, VwGO), que son aquellos que resultan simultáneamente favorables y gravosos para su destinatario. En cambio, la pretensión de anulación de una decisión de alcance general o reglamentaria no tiene efectos suspensivos *erga omnes*, sino exclusivamente con relación a la personal de demandante.

No obstante, la ley jurisdiccional excluye el efecto suspensivo automático en los casos siguientes: 1º) cuando se dirigen contra actos de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas; 2º) cuando se dirigen contra actos

⁸⁰² Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, La Suspensión del Acto Administrativo(en vía de recurso), Editorial Montecorvo s.a, Madrid, 1986, Pág. 212

impostergables de la policía de ejecución; 3º) en otros supuestos regulados por ley federal; y 4º) cuando la autoridad que dictó el acto o la competente para resolver el recurso administrativo ha ordenado especialmente la ejecutividad inmediata del acto en vista del interés público o, tratándose de un acto de efectos mixtos, en el interés preponderante del sujeto favorecido⁸⁰³.

En este aspecto, el Art. 80.2.4, VwGO, acuerda un margen de apreciación amplio a la Administración Pública para disponer excepciones a la suspensión automática de los efectos del acto administrativo, imponiendo, sin embargo, la necesidad de que exista un “especial interés” en la ejecución.

MEXICO

Don Jesús González Pérez en la obra Derecho Procesal Administrativo Mexicano⁸⁰⁴ afirma que en los procesos contenciosos mexicanos por la fuerza ejecutiva del acto administrativo la medida cautelar característica es la suspensión de los acto impugnado. En este sentido el Art. 57 LTCDF, expresa que la suspensión de los actos impugnados podrá acordarse por el presidente de la Sala que conozca el asunto, cumpliendo los requisitos y por los trámites que establecen los artículos siguientes.

En esta nación se considera que la posibilidad de adoptar medidas cautelares concretamente la suspensión de la ejecución del acto es una exigencia ineludible del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Si algún reparo puede oponerse a los derechos positivos es, precisamente, limitar las medidas cautelares a la suspensión, lo que da lugar a que la sentencia que en su día se dicte en el proceso principal pueda no ser efectiva.

⁸⁰³ Mariano Bacigalupo, Sistema de Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo Alemán, Revista de Administración Pública, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 426-430

⁸⁰⁴ Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 406

En cuanto a la regulación de la suspensión se ha inspirado en la regulación del proceso de amparo. La legislación de amparo contiene una completa regulación de las medidas cautelares consistentes en la suspensión del acto reclamado, legislación que ha sido desarrollada por una reiterada jurisprudencia.

La petición al órgano jurisdiccional de que se adopte la medida cautelar de la suspensión de la ejecución del acto ha de decidirse a través de un proceso incidental, cuya competencia corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del proceso principal. No obstante, el artículo 57 LTCDF atribuye la competencia no a la sala que conoce del proceso, sino a su presidente resolución que admite recurso de reclamación contra la Sala.

Finalmente en cuanto a los actos susceptibles de suspensión no se establece ningún requisito especial ni tampoco distinción alguna, por lo que cualquiera que fuera la naturaleza de acto y sin importar su contenido será susceptible de suspensión. Sin embargo solo puede ser suspendido el acto frente al que se dirige la pretensión que ha de delimitarse y quedar identificado en la demanda⁸⁰⁵.

ESTADOS UNIDOS

Dentro de los sistemas de derecho comprado que no atribuyen efecto suspensivo a la mera interposición de la impugnación, debe ubicarse entre aquéllos que consideran que la potestad de suspender los efectos de los actos administrativos es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, y los que por el contrario la fundan en la existencia de norma expresa.

En Los Estados Unidos de América, la Corte Suprema había declarado que la facultad de suspender un acto administrativo no requería texto legal que la autorizara, porque era “parte de su tradicional repertorio para la administración de

⁸⁰⁵ Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 406

justicia”, antes que la *Administrative Procedure Act* sancionada en 1946 facultara expresamente al tribunal judicial competente a postergar la entrada en vigor del acto administrativo o mantener el *status quo* durante la litis, con la finalidad de evitar un daño irreparable. El estado de la jurisprudencia se resume diciendo que basta para suspender el acto un perjuicio serio y la presencia de cuestiones que justifiquen un debate judicial, a menos que exista un interés público en la ejecución inmediata, en cuyo caso se toma en cuenta la probabilidad de éxito del recurso en cuanto al fondo⁸⁰⁶.

COSTA RICA

En Centroamérica el artículo 19 del recientemente aprobado Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica establece que durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁸⁰⁷.

El Código Procesal Contencioso Administrativo amplía los poderes cautelares, positivando la lenta y positiva evolución de la jurisprudencia del Tribunal Contencioso-Administrativo en la materia. Puede decirse que la configuración del capítulo de medidas cautelares estaba predeterminada por la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, que hizo suyos criterios doctrinales y los reafirmó en diversas sentencias a partir de la resolución N.321-2001 de 11:30 hrs. de 5 de octubre de 2001. Esa jurisprudencia tiene como postulado que la justicia debe ser efectiva y oportuna⁸⁰⁸. La sentencia de base califica el incumplimiento de ese postulado de “fraude procesal”. En efecto, se indica que “Para nadie es un secreto, el

⁸⁰⁶ Juan Pablo Cajarville Peruffo, *Sobre Derecho Administrativo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, Pág. 623

⁸⁰⁷ Manrique Jiménez Meza, *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, 2006, San José, Pág. 193

⁸⁰⁸ Cristina Víquez Cerdas, *Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado*, Editorial Juritexto, San José, 2008, Pág. 135 y sigs

lamentable retraso que sufren la mayoría de los procesos escritos, y dentro de ellos, particularmente el contencioso-administrativo, pese a los esfuerzos y resultados favorables que al respecto se han logrado. Esa tardanza en la decisión final (inevitable en algunos casos), pone en peligro con suma frecuencia, la supervivencia del derecho debatido, y cuando no, hace nugatorio el resultado de la sentencia favorable. En tales supuestos, de no ponerse en marcha unas adecuadas y prontas medidas cautelares, se hace de la contienda judicial, un verdadero fraude procesal, en donde el retraso del fallo, provoca la negación misma de lo pretendido, por mucho que procure lo contrario.”

La regulación de la tutela cautelar en el Código Procesal Contencioso-Administrativo potencia el rol del juez en protección del justiciable y la efectividad del proceso. Obsérvese una clara influencia del sistema Español.

V. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El proceso contencioso Administrativo de acuerdo al insigne tratadista Mexicano Gabino Fraga puede ser definido o conceptualizado desde dos puntos de vista: desde una perspectiva formal y otra material⁸⁰⁹.

Bajo el primer punto de vista se tomará en cuenta la especialidad o no de los órganos que conocen las disputas que resultan del actuar administrativo. Cuando existe esta especialidad se habla de tribunales administrativos.

Por el contrario desde la perspectiva material se atiende a la existencia de una controversia entre el particular afectado y la Administración, en razón de un acto realizado por la propia Administración.

De conformidad al criterio mencionado estaremos en presencia de un contencioso Administrativo si se cumplen los elementos apuntados sin importar que sea la justicia ordinaria que conozca del asunto.

Las definiciones doctrinales deambulan generalmente entre estas dos posturas o ideas, unas aproximándose a la visión formal, otras por el contrario a la visión material.

En este orden de ideas, Andrés Serra Rojas entiende que el contencioso administrativo ya sea se siga ante la autoridad judicial o ante la autoridad administrativa independiente, estriba en la existencia de un litigio entre los particulares y la Administración⁸¹⁰.

⁸⁰⁹Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1962, Pág. 472

⁸¹⁰Andrés Serra Rojas, Derecho administrativo, México, 1961, Pág. 1121.

Briseño Sierra lo concibe como el desacuerdo existente entre los gobernantes y gobernados sobre las normas que regulan las relaciones administrativas de ambos⁸¹¹.

El tratadista Español Rafael Estrena Cuesta, apunta que así como el derecho administrativo había sido considerado como una rama especial en relación con el derecho común, para convertirse luego en el derecho común de las Administraciones Públicas, también la jurisdicción contencioso administrativo debía de dejar de ser calificada como una jurisdicción especial, para erigirse en la jurisdicción que normalmente entendía de los pleitos en que interviene la administración⁸¹².

Finalmente Manuel J. Argañarás asienta que lo específico del contencioso administrativo es el conflicto jurídico que se origina por el acto de la autoridad administrativa que al violar el precepto legal que regla su actividad, vulnera los derechos subjetivos de algún particular o de otra autoridad autarquía⁸¹³.

No obstante las diferentes definiciones que doctrinalmente se pueden establecer, en El Salvador, la llamada jurisdicción contencioso administrativo es realmente, un orden jurisdiccional específico, inserto en La jurisdicción general del Estado, y compuesto por tribunales especializados, que conocen de los asuntos en que, siendo parte la Administración pública, se aplique Derecho administrativo⁸¹⁴.

En cuanto a la terminología de contencioso Administrativo, resulta bastante criticable, debido a que según tratadistas como Alcalá-Zamora, se advierte que la contención opera en otros terrenos del enjuiciamiento sin que por ello se hable de contencioso

⁸¹¹ Humberto Briseño Sierra, Competencia de los tribunales administrativos, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, Número extraordinario, México, 1971, p. 82.

⁸¹² Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995

⁸¹³ Manuel J. Argañarás, Tratado de lo contencioso administrativo, Buenos Aires, 1955, Pág. 13

⁸¹⁴ Eduardo Gamero Casado, Derecho Administrativo, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 6

civil, penal o laboral; el proceso es en si por antonomasia contencioso, hablar de proceso contencioso resulta una tautología⁸¹⁵.

Debe precisarse que el concepto contencioso administrativo nace en Francia, y se caracterizaba por designar al proceso ante los órganos de la propia administración que resolvían los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial ulterior⁸¹⁶.

Se creía que en esa forma se respetaba el principio de división de poderes, ya que así el órgano judicial no intervenía en los litigios en que era parte la administración⁸¹⁷. El contencioso administrativo significo en su origen el control sobre actividades de la administración, por autoridades que debían pertenecer al Poder Judicial⁸¹⁸. A pesar de esa diferencia entre el sistema francés y el nuestro, el término pasó a usarse también entre nosotros donde el problema es enteramente distinto, ya que los conflictos entre los particulares y la Administración se resuelven por vía judicial⁸¹⁹.

Con todo, vocablos como Procesos Administrativos, Litigios Administrativos, o justicia administrativa, pueden provocar equívocos pues puede provocar una ampliación del término, en verbigracia de lo dicho, el término justicia Administrativa puede llegar a utilizarse en sentido propio, entendiéndolo como el generó que comprende todos los instrumentos jurídicos que en los diversos ordenamientos se han establecido para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los administrados, es decir, recursos internos, Obudsman, leyes de procedimiento administrativo, y finalmente la jurisdicción contencioso administrativa que evidentemente posee el mas elevado grado de eficacia en la protección contra las autoridades administrativas.

⁸¹⁵ Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso Administrativo, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XII, Número 51, México, 1963, Pág. 607

⁸¹⁶ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 41

⁸¹⁷ Jorge Tristan Bosh, Lo Contencioso administrativo y la Constitución, Editorial la Ley, Buenos Aires, 1990, Pág. 830

⁸¹⁸ Bartolome Fiorini, Que es el contencioso , Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 12

⁸¹⁹ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 22

Es por esto que a pesar de la crítica realizada por Alcalá-Zamora creemos que la denominación Contencioso Administrativo debe subsistir, pues no existe otro mejor que hoy en día pueda tener una connotación precisa, técnica forjada a través de muchos años⁸²⁰.

Sin embargo, lo que debe estar claro es que palabras son solo palabras, recursos lingüísticos para identificar a una realidad: interesa más que el nombre, la realidad, aquello que no cambia a ésta, permanece invariable a pesar de los nombres, lo que interesa es, precisamente, esa suma de remedios institucionales para la defensa de la libertad, llámese como se llame⁸²¹.

PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En el Proceso Administrativo tienen aplicación varios principios; unos corresponden a los diferentes derechos procesales o a principios generales del derecho y otros que por el contrario constituyen principios propios de esta rama del derecho procesal. Estos principios sirven para legislar científicamente y aplicar correctamente los procedimientos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Todos estos principios en gran parte derivan del derecho constitucional a la protección jurisdiccional, del que constituyen manifestaciones singulares. De esta forma en el curso del proceso administrativo se aplican una serie de principios que sirven de garantía para el demandante o actor⁸²².

Se puede entender que los principios que informan el sistema legal están implícitamente contenidos en el mismo sistema; aplicarlos es aplicar el espíritu de las

⁸²⁰ Jorge Carpizo, Estudios Constitucionales, Editorial Porrúa, México, 1996, Pág.176

⁸²¹ José Roberto Dromi Casas, Proceso Administrativo: Perspectiva, Revista de Administración Pública, Número 88, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1979, Pág. 259

⁸²² Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 204

leyes, y ello es aplicar las leyes mismas, que de espíritu y letra se componen⁸²³. Cabe afirmar entonces que los principios de la ley entran en vigor con la propia ley⁸²⁴.

Debe destacarse de esta forma que el derecho se compone tanto de realidad como de valores y normas⁸²⁵. Los valores y principios dice Gordillo son más importantes que las normas; que éstas no pueden contradecir, en la solución del caso, aquellas⁸²⁶. De esta forma los principios no son reglas de las que se puede deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo⁸²⁷.

Los principios son las premisas fundamentales jurídicas que buscan, con su aplicación, la justicia, la equidad, el bien común, el bienestar social⁸²⁸; son el contenido básico del sistema, además de que tienen una superioridad jerárquica inevitable sobre los demás elementos del sistema, de tal forma que la norma congruente con un principio general será la que deba prevalecer⁸²⁹.

Su significado histórico es servir de método de explicación y de racionalización del proceso⁸³⁰. Según Ovalle Favela, se entienden como aquellos criterios o ideas fundamentales contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico,

⁸²³ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 206

⁸²⁴ Jaime Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia*, Editorial Bosh, Barcelona, 1979, P XXX

⁸²⁵ Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Pág. 1-5

⁸²⁶ Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Capítulo, II Pág. 10

⁸²⁷ Jaime Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia*, Editorial Bosh, Barcelona, 1979, P XIII

⁸²⁸ Zeus Jesús Hernández Espíndola, *Los principios generales del derecho. Algunas consideraciones*, Nuevo consultorio fiscal, Año 15, Numero 287, México, 2001, Pág. 47

⁸²⁹ José Tapia Tovar, *El buen derecho. Los principios generales del derecho*, Nuevo consultorio fiscal, Año 13, Numero 228, México, 1999, Pág. 55

⁸³⁰ Gonzalo M. Armienta Calderón, *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México, 2003, Pág. 120

que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal⁸³¹.

Estos principios, regulan en definitiva la actividad de las partes y van encaminados a condicionar la actividad del órgano llamado a decidir⁸³².

Así las cosas podemos destacar los siguientes principios:

DERECHO A LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Los antecedentes históricos, perfeccionamiento y evolución de la garantía constitucional de la Protección Jurisdiccional conocida también en otras legislaciones como tutela Judicial Efectiva o debido Procedo Legal, se localiza indiscutiblemente en el régimen jurídico de los Estados Unidos de América, cuyo antecedente mas remoto se encuentra en las colonias de Maryland, de Pennsylvania y Massachusetts, que cronológicamente preceden a la firma de la Constitución Federal de ese país, en ellas se recoge expresamente el concepto en cuestión, estableciendo que “nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (“due process of law”)⁸³³.

Efectivamente, este principio constituye la llave maestra de las garantías constitucionales, cabiendo señalar que el propio antecedente de esa institución se encuentra en la Carta Magna obtenida por el alzamiento de los barones ingleses frente a Juan Sin Tierra, en el cual se expresaba que: “ningún hombre libre será detenido o apresado o confiscados sus bienes o desterrado o destruido en cualquier

⁸³¹ José Ovalle Favela, Teoría General del Proceso, Editorial Oxford, México, 2005, Pág. 199

⁸³² Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 209

⁸³³ Louis Alain Benavides Monterrosa, El debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional, XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, Pág. 43

forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra⁸³⁴.

En concordancia a lo expresado, la evolución favorable y prospera que ha obtenido el “due process of law” se debe en gran parte gracias al constitucionalismo que se configura como el vocero genuino del régimen de derechos y garantías del particular, así como de los procedimientos que viabilizan su representación y participación en la conducción política estatal. La nota más relevante y característica del constitucionalismo es precisamente “la oposición a dejarse arrastrar por el poder”.

El pensamiento que instituyó y envistió a la constitución como una norma eminentemente jurídica de carácter supremo y no como norma política, fue determinante en el avance de esta institución, circunstancia que tuvo sus primeros inicios como hemos dicho en Norteamérica y luego extendiéndose a Europa; el constitucionalismo clásico o moderno, se inicia a fines del siglo XVIII, y mediante este se otorga una característica fundamental a la parte dogmática de las Constituciones, planteándose que el fin del Estado y de su organización, es la defensa de los derechos y libertades del hombre. Implantándose límites al ejercicio del Estado y dando seguridad al individuo frente a él; así la teoría y la práctica del constitucionalismo, en cualquier sistema político, plantea y demanda del Estado y de sus gobernantes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) el más absoluto respeto y observancia de los derechos y garantías consignados en las respectivas constituciones, así como de la participación activa del individuo en la conducción del Estado. A este respecto se advierte cierta constante entre el constitucionalismo, como sistema garante de las libertades y derechos inherentes al individuo y la forma democrática de gobierno.

⁸³⁴ Mauricio Alfredo Clará Recinos, Ensayos y Batallas Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000, Pág. 23

Así, debido a la importancia del derecho a la protección jurisdiccional, su reconocimiento goza de amplio número de legislaciones; bajo fórmulas diversas, tanto en países de Europa como en los países del continente Americano, así como en convenios y cartas internacionales.

En verbigracia de lo arriba señalado, cabe citar constituciones como la Española⁸³⁵ de 1978, donde en su Art. 24.1 reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión. En análogo sentido lo reconocen las constituciones Italianas⁸³⁶ de 1947(Art. 24.1) y la de la Ley Fundamental de Bonn de Alemania⁸³⁷ de 1949(Art. 19.4).

El reconocimiento a la protección jurisdiccional también es objeto del ámbito jurídico del derecho Internacional⁸³⁸; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸³⁹, suscrita en Niza en el año 2000, receptó el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (Art. 47). Del mismo modo ocurre en los países americanos con la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre 1948, y en especial la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁸⁴⁰, firmado en San José Costa Rica de 1969 en el cual en el Art. 8.1 del último, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez en el Art. 25.1 se dispone que: toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por

⁸³⁵ Arturo Hoyos, Debido Proceso y Democracia, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 67

⁸³⁶ Arturo Hoyos, Debido Proceso y Democracia, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 68

⁸³⁷ Arturo Hoyos, Debido Proceso y Democracia, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 71

⁸³⁸ Florentín Meléndez, Instrumentos Internacionales sobre Derecho Humanos Aplicables a la Administración de Justicia, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2004, Pág. 43

⁸³⁹ Florentín Meléndez, Instrumentos Internacionales sobre Derecho Humanos Aplicables a la Administración de Justicia, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2004, Pág. 43

⁸⁴⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Secretaría General de los Estados Americanos, Washington D.C, 1980, Pág. 33

la Constitución, la ley o la presente convención aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

En la Constitución de la República de El Salvador existe también este reconocimiento expreso, declaración que se recoge principalmente en los Arts. 2 y 11 de nuestra carta magna, aunque también asumen relevancia los Arts. 12, 13, 15, 16, 17, 172, 181, 186, 187 del mismo cuerpo legal.

En este sentido en un Estado de Derecho la protección jurisdiccional de los derechos individuales constituye un pilar básico y fundamental para una eficiente reacción frente a las arbitrariedades de los poderes Públicos, con base a lo anterior la Constitución Salvadoreña en su Artículo 2 proclama que “todo persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”. Una suerte o variante de protección en la conservación y defensa de los derechos enumerados se realiza a través de la jurisdicción.

En este sentido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que: “Nuestra Constitución, acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales, si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos –abierto y no cerrado– como fundamentales para la existencia humana e integrantes de las esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el artículo 2, inciso primero, el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos

descrito” Luego agrega: “Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. En tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia⁸⁴¹” (Sentencia de 25-V-99, Amp. 167-97).

Se trata, tal y como se manifiesta Luís López Guerra de “la reserva del Estado sobre Monopolio del uso legítimo de la fuerza. En los sistemas de separación de poderes, el ejercicio de las facultades y deberes derivados de ese monopolio se atribuye, con carácter general, a unos órganos específicos, los órganos judiciales. Las pretensiones del sistema de separación de poderes buscan evitar la acumulación del poder, que conduciría a la configuración de un poder absoluto, y de distribuir entre distintos órganos del Estado las facultades de éste, para así configurar, a través de los controles interorganicos, un sistema de contrapesos, que conduce a atribuir a un órgano distinto del legislativo y del ejecutivo la facultad de aplicar las leyes, dirimiendo los conflictos. De esa atribución surge el derecho de todas las personas a acceder a los juzgados y tribunales para que éstos resuelvan los conflictos en los que sean parte⁸⁴².

El derecho a la protección jurisdiccional representa una garantía procesal indispensable de la que parte la organización de todo tipo de justicia⁸⁴³.

⁸⁴¹ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha veinticinco de Mayo de mil novecientos noventa y siete en el juicio referencia Amparo 167-97

⁸⁴² Luís López Guerra y Otros, Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, Pág. 355

⁸⁴³ Rodolfo E. Piza Escalante y Otros, Principios Constitucionales, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A, San José, 2008, Pág. 331

Por su parte el Art. 11 de la Constitución, que insiste recurrentemente sobre la protección constitucional de los derechos de toda índole, prescribe que: “ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad, ni de su propiedad o posesión sin, ser antes previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”. A través del precepto transcrito obtiene reconocimiento constitucional la institución de estirpe anglosajona denominada Debido Proceso, que siendo un derecho complejo comprende: “a) el libre acceso al órgano Judicial; b) obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; c) que se conceda a las partes la posibilidad de ejercer todos los derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que, desde su propia posición, puedan defender sus derechos; y, d) que el fallo pronunciado efectivamente se cumpla”.

Sobre el Debido Proceso la Sala de lo Constitucional salvadoreña, ha expresado que: “I. Sobre la *naturaleza* del derecho consagrado en el inciso 1º: “Esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente⁸⁴⁴” (Sentencia de 13-X-98, Amp. 150-97).

Siempre en concordancia a lo apuntado Don Jesús González Pérez señala que la tutela judicial efectiva, otorga el derecho a toda persona a que se “haga justicia”, expresión que se traduce en la situación de que cualquier particular que pretenda algo con arreglo a derecho frente a un ente público, podrá tener la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos estatales independientes y preparados. Presuponiendo, por tanto, la existencia de una adecuada estructura judicial, desplegando sus efectos en tres momentos distintos: primero en el de acceso al

⁸⁴⁴ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y siete en el juicio referencia Amparo 150-97

proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar a hacer efectivos sus pronunciamientos⁸⁴⁵.

Con respecto a la primera exigencia de este principio, concluimos que debe de existir la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensiones, cualquiera que sea fundamento y sobre cualquier objeto, no pudiéndose sustraer del conocimiento de la jurisdicción ningún tipo de materia, que pudiera crear resquicios de inmunidad. Por ello los órganos jurisdiccionales respetando cada uno su competencia, conocerán y deberán atender las pretensiones que ante ellos se formulen, con abstracción del derecho material que sirva de fundamento y de la persona frente a quién se dirijan⁸⁴⁶.

Del mismo modo el acceso al sistema judicial debe entenderse por igual a todas las personas sin excepción, sin que pueda existir distinción de género, nacionalidad, raza o credo, la interpretación se extiende a todas las personas que tienen capacidad para ser parte, hipótesis bajo la cual es evidente que no cabe suponer un sujeto de relevancia jurídica que no tenga capacidad por personalidad que le es propia y que lo caracteriza o identifica⁸⁴⁷. El hombre, por su condición de tal y la persona jurídica lo poseen per se desde su nacimiento en el mundo jurídico, por lo que se hace alusión a la aptitud necesaria para poder gozar de intervención procesal, para tener la titularidad de derechos, obligaciones y cargas de carácter procesal, ya sea como demandante ejercitando el respectivo derecho de acción o como persona demandada, que correlativamente tiene derecho a la defensa, que se opone a la primera.

Finalmente se incluye también dentro de este acceso a la justicia, la imposibilidad de declarar inadmisibles pretensiones, por requisitos enervantes, de excesivo formalismo, siendo necesario que existan normas legales que establezcan la

⁸⁴⁵ Jesús González Pérez, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989, Pág. 43

⁸⁴⁶ Néstor Pedro Sagüés, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, Pág. 858

⁸⁴⁷ Néstor Pedro Sagüés, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, Pág. 860

extinción del proceso y sin las cuales se violaría dicho acceso. De la misma manera estas normas deben ser lo suficientemente razonables, y deben buscar preferentemente una resolución de fondo⁸⁴⁸. Asimismo en cuanto a la interpretación de estas normas de inadmisión, ellas deben de ser entendidas en el sentido más favorable a la obtención de una tutela de fondo, con ello se busca que las irregularidades formales sin trascendencia no se conviertan en obstáculo para la efectividad del proceso.

Soslayada, la primera parte de este derecho, encontramos que el derecho a la protección jurisdiccional no se agotará efectivamente con la recepción de las pretensiones de los particulares por el órgano judicial, dictándose pronunciamientos, muy por el contrario la protección será plena si la entidad reúne las condiciones y si se siguió un proceso con las debidas garantías para que no existe indefensión, expresión que de alguna manera resume la esencia de este derecho, que requiere fundamentalmente la oportunidad de defender las posiciones propias cuando se nos afecten nuestros intereses o derechos⁸⁴⁹.

La indefensión se encuentra totalmente vetada en todas y cada una de las partes del proceso, no pudiéndose imposibilitar a las partes de ejercer su derecho a la defensa, debiendo ser oído y notificado de todos los aspectos del proceso, a utilizar los medios de prueba que se entiendan pertinentes, a recibir asistencia letrada, y que no existan dilaciones; en definitiva a todo aquello que constituya prohibición o limitación del derecho a la defensa, que produzcan por medio de actos de los órganos jurisdiccionales una mengua o privación del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 142

⁸⁴⁹ Joaquín Luis Sánchez Carrión, *Significación e incidencia en el proceso de la indefensión constitucional*, *Revista del Poder Judicial*, Número 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, Pág. 291

⁸⁵⁰ J. Almagro Nosette, *La Prohibición Constitucional de la Indefensión*, *Revista del Poder Judicial*, Número Especial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, Pág. 235

Como última parte de este derecho tenemos, que no solo será necesaria la obtención de una resolución, sino por el contrario será imperioso que la resolución tenga efectivo cumplimiento, constituyendo un elemento clave para la efectividad de la justicia Administrativa⁸⁵¹. En este sentido el derecho a la tutela judicial Efectiva contiene que toda persona quien haya sido favorecida con una resolución favorable de fondo debe ser repuesta en sus derechos y al mismo tiempo compensado por los daños que hubiere sufrido en su caso.

Por todo lo arriba apuntado, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva adquirirá un amplio rango de aplicación, ya que como se señaló anteriormente despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.

Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos⁸⁵²: A) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil. B) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; C) a un juez natural e imparcial; D) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción; E) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); F) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; G) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial. H) a petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; I) al cumplimiento de todas las etapas

⁸⁵¹ Isaac Martín Delgado, *Función Jurisdiccional y ejecución de Sentencias en lo Contencioso Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 19

⁸⁵² Angela Figueruelo Birrieza, *Crisis de la justicia y Tutela Judicial Efectiva*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 3, Instituto iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005, Pág. 91

del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; J) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; K) a impugnar la sentencia definitiva; L) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; M) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; N) a contar con asistencia letrada;

PRINCIPIO DE VINCULACIÓN A LA CONSTITUCIÓN, LEYES Y DEMAS NORMAS.

El Art. 2 de nuestro nuevo Código Procesal Civil y Mercantil expresa: “Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motiva, en la que se consigne a disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considere infringido y las específicas razones que fundamentan.”

El ordenamiento Jurídico Salvadoreño se encuentra conformado por un conjunto de normas que provienen y derivan de diversos sujetos emisores, tales como la Asamblea Constituyente, Asamblea Legislativa, Gobierno y Estado de El Salvador con otros Estados u Organismos Internacionales, Presidencia de la República y Municipalidades. Ante los potenciales conflictos normativos se ha tenido que diseñar una jerarquía normativa en virtud de la cual unas normas jurídicas tienen un rango o valor formal superior y una aplicación prevalente respecto de las otras.

Nuestra Constitución en su articulado organiza la jerarquía u orden preferente de ejecución del sistema normativo⁸⁵³ y se otorga asimismo la posición cimera⁸⁵⁴. Después sitúa a los Tratados o Convenios Internacionales, luego a las Leyes Secundarias, le siguen los Reglamentos de Ejecución y finalmente a los Reglamentos y Ordenanzas Municipales.

Interesa para el tema que nos ocupa, el carácter de supralegalidad, de superioridad jerárquica de la Constitución, que en su virtud todas y cada una de las normas que integran nuestro sistema jurídico se someten a sus principios, valores y preceptos⁸⁵⁵, y se articulan mecanismos de control como son los Procesos de Inconstitucionalidad de las Leyes⁸⁵⁶, Amparo⁸⁵⁷ y Exhibición Personal⁸⁵⁸.

La subordinación a la Constitución tiene unos destinatarios prioritarios y especiales: los Funcionarios Públicos.

La posición reseñada es coherente con el Art. 246 de la Constitución cuyo texto es el siguiente: “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 tiene primacía sobre el interés privado.”

Luego el Art. 235 de la misma Constitución se refiere a la protesta que rinden los Funcionarios Civiles y Militares antes de tomar posesión de sus cargos. El texto de la disposición no puede ser más ilustrativo, los funcionarios juran cumplir y hacer

⁸⁵³ Benda, Mainhofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manuel de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 3

⁸⁵⁴ Rafael Gómez-Ferrer Morant, Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, Pág. 163

⁸⁵⁵ Peter Häberle, El Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2001, Pág. 3

⁸⁵⁶ Allan R. Brewer-Carias, La Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 259

⁸⁵⁷ Allan R. Brewer-Carias, La Justicia Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 105

⁸⁵⁸ Domingo García Belaunde, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Temis, Bogota, 2001, 89 y sigs

cumplir la Constitución ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las Leyes, Decretos, Ordenes o resoluciones que la contraríen⁸⁵⁹. Esta protesta no es intrascendente y acarrea una sanción severa que incorpora la misma Constitución en sus Arts. 244 y 245 que reproducimos a continuación: “ Art. 244.- La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley; y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.” Art. 245.- Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.”

Los preceptos normativos invocados ostentan todas las cualidades de una norma jurídica de operatividad inmediata, sin que sea necesario Legislación Secundaria que los desarrolle⁸⁶⁰. Con anterioridad la Constitución se apreciaba más bien como un programa, ideario o formulación de líneas políticas a seguir en materia de derechos fundamentales, sociales y cuestiones de índole económica. No obstante, cabe advertir que ella posee la estructura idéntica a la de cualquier norma jurídica, conteniendo verdaderos mandatos, prohibiciones y determinaciones, que deben ser acatados por todos, no existiendo diferencias sustanciales en ese aspecto con las demás normas jurídicas⁸⁶¹.

Según los Doctores. Tinetti y Bertrand Galindo⁸⁶², el Derecho constitucional es el derecho de la Constitución, pero al desglosar el contenido normativo de ésta resulta

⁸⁵⁹ Juan Ramón Fernández Torres, La legitimación corporativa en la jurisdicción Contencioso Administrativa, La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios Homenaje al Profesor González Pérez, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Pág. 1388

⁸⁶⁰ Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1985, Pág. 63

⁸⁶¹ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 187

⁸⁶² Tinetti-Bertrand Galindo y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.

que ella misma es una norma. Es decir, que rige para ella el principio de imperatividad constitucional, según el cual ella tiene operatividad inmediata que establece una vinculación automática dado que ella entra en vigencia, para gobernantes y gobernados.

La pretendida operatividad inmediata la apoyan los autores en la forma siguiente: “ En efecto el Art. 83 después de declarar que el Estado de El Salvador es soberano y que la soberanía reside en el pueblo, ordena que ésta la ejerza en la forma prescrita y dentro de los límites de la Constitución, lo que equivale a sujetar a los componentes del pueblo, gobernantes y gobernados, al imperio de la Constitución. Por otra parte, las violaciones a la misma, si emanan del Organo Legislativo en forma de leyes o ratificación de tratados, o del Organo Ejecutivo y sus dependencias descentralizadas, en forma de reglamentos u ordenanzas, son sujetas de ser excluidas del ordenamiento jurídico nacional por la vía de la declaración de inconstitucionalidad (Arts. 149 inciso segundo, 174 y 183). Además, son susceptibles de no ser aplicadas por los tribunales de acuerdo con el Art. 185. Asimismo, los acuerdos, resoluciones o actos que lesionen derechos consagrados en la Constitución a favor de los gobernados pueden ser anulados por la vía del amparo constitucional o del hábeas corpus, Art. 247. Finalmente, cabe recordar que de acuerdo al Art. 244, la violación, la infracción o la alteración, de las disposiciones constitucionales son penadas especialmente por la ley.

Lo anterior nos lleva a retomar las palabras de García de Enterría y decir con él: “La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuentra ahora nuestro Derecho, norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante⁸⁶³”.

⁸⁶³ Eduardo García de Enterría, *La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia guarda congruencia y armonía con la posición que hemos esgrimido. La Sentencia pronunciada el veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve en el juicio referencia Amparo 463-97 se sostiene: “Eficacia Inmediata de la Constitución. Hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como instrumento de limitación y control del poder, pues sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si dicho control forma parte del concepto puede ser entendida como norma jurídica suprema y de aplicación inmediata⁸⁶⁴.”

En esta misma línea de pensamiento en la Sentencia del Amparo No. 23-S-92 se lee: “La preeminencia del texto constitucional que destaca García Pelayo, es lo que doctrinariamente se conoce como supremacía de la Constitución; en cuanto afirma la calidad de “suprema” por ser emanación directa del pueblo, y goza de “primacía”, por ocupar el primer lugar entre todas las normas. Y es que, siendo la Constitución expresión de la soberanía, no sólo es norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento jurídico interno, “lex superior”, “lex legum”; esto es, que todos los planos de la producción jurídica se subordinan a la Constitución en cuanto a forma y a contenido”.

Las consecuencias según Garrido Falla de otorgar a la constitución carácter normativa trae consigo como es obvio resultados importantes: a) primero como hemos dicho la constitución se configura como una norma no programática y por tanto de aplicación directa b) en segundo lugar del hecho de que la constitución sea norma jurídica se deriva la positivación de principios y valores éticos proclamados por esta, c) tercero se configura a su vez como una fuente de interpretación que

⁸⁶⁴ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve en el juicio referencia Amparo 463-97

impacta todo el resto del ordenamiento jurídico, y finalmente d) tendrá eficacia derogatoria con respecto de cualquier norma que la contraríe⁸⁶⁵.

EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.

En el sistema procesal Administrativo Salvadoreño existe una fuerte presencia de dos vitales principios: el principio dispositivo y el principio de oficialidad o inquisitivo; el primero asigna a las partes procesales, la iniciativa, ejercicio o dimisión de actos procesales. El segundo, el inquisitivo, de manera opuesta, confiere al juez las mencionadas atribuciones, debiendo éste mismo impulsar el proceso, y ejercer todas estas potestades sin que la voluntad de las partes constituya un límite.

A pesar de la yuxtaposición de principios en los juicios contenciosos administrativos, existe una marcada preeminencia del principio dispositivo debido a que las partes son enteramente dueñas del derecho subjetivo material, de la pretensión e incluso de la actividad decisoria del órgano jurisdiccional.

Couture en este sentido expresa que ni en el derecho privado existe disponibilidad absoluta, ni en derecho público indisponibilidad absoluta; razón por la cual califica al proceso hispanoamericano como *predominantemente dispositivo*.⁸⁶⁶

No obstante lo anterior, la aplicación de estos principios, dependen de escenarios previamente establecidos por la ley, instaurándose confines para su aplicación; el principio dispositivo encuentra aplicación primariamente en la interposición de la demanda que bajo ningún motivo puede ser *ex officio*, así como en todo lo relativo a la formulación de pretensiones, descargo de pruebas, etc.

⁸⁶⁵ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, Pág. 186 y sigs

⁸⁶⁶ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, Pág. 153.

De manera heterogénea la potestad oficiosa del Juez, se encuentra en la mayoría los casos limitada a realizar actos de impulso procesal; es decir, actos que tienden a hacer avanzar el procedimiento por cada una de las etapas o fases que lo componen y nunca actos conexos a la pretensión.

Así, el control judicial de la Administración se inicia cuando las partes interponen la demanda, desde ese momento toda resolución de impulso se dicta de oficio. En este sentido no es posible invocar la falta de gestión de las partes para que el procedimiento permanezca paralizado ya que el principio de oficialidad busca otorgar suficientes facultades al juez en orden de impulsar la tramitación del proceso.

Por otra parte, los términos son fatales, y una vez vencidos el órgano debe continuar de oficio con el trámite siguiente, así lo dispone el Art. 47 al prescribir que no será preciso acusar rebeldía para tener por concluidos los plazos o términos establecidos en la ley.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

Según la Constitución de la República todos los individuos somos iguales ante la ley; una consecuencia lógica de lo anterior es la aplicación de esta regla en el desarrollo del proceso, otorgando igual oportunidades a las partes en lo relativo a sus derechos, obligaciones y cargas⁸⁶⁷.

Nuestra jurisprudencia, expresa que: “La igualdad es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre y tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias. El mismo implica la necesidad de dársele igualdad de oportunidades a cada una de las partes para el sólo efecto de que puedan defender

⁸⁶⁷ Néstor Pedro Sagüés, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, Pág. 859

sus posiciones y derechos que estiman tutelables⁸⁶⁸.” (Sentencia de amparo del 25 de febrero de 2000. Ref. 431-98).

La igualdad indica que las ambas partes, tanto demandante y demandado deben encontrarse en condiciones de contenido equivalente, no siendo posible diferencias sustanciales en los respectivos deberes y derechos de estos sujetos, por lo que se veda facultar medios o armas procesales superiores o desventajosos en detrimento de sus respectivas posiciones en el proceso⁸⁶⁹.

En consecuencia de lo dicho, el principio de igualdad proyecta al proceso la supresión de todo privilegio formal injustificado que produzca asimetrías entre los justiciables⁸⁷⁰.

Cabe señalar, no obstante, que este principio no consiste en la igualdad “aritmética o numérica”, -puesto que no puede tratarse exactamente en igualdad de condiciones al que acciona, al que se defiende y al tercero interviniente-, sino que en *una razonable igualdad de oportunidades* en el ejercicio de la acción y la defensa; por lo que no se violenta este principio si las necesidades prácticas y técnicas del debate judicial imponen algunas desigualdades entre las partes. Por lo que el juzgador debe mantener *en lo posible* la igualdad de oportunidades entre las partes.

Sin Embargo en el proceso administrativo, la Administración pública siempre a acaparado un trato privilegiado por encima al que pudieran obtener la otra parte del proceso, situación que resulta evidente e irrefutable, siendo constatada por la mayoría de la doctrina de los países que han enfrentan el tema.

⁸⁶⁸ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha veinticinco de febrero del año dos mil en el juicio referencia Amparo 431-98

⁸⁶⁹ Karla Pérez Portilla, Principio de Igualdad, Alcances y perspectivas, Editorial Porrúa, México, 2007, Pág. 142

⁸⁷⁰ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso Administrativo, Numero 6, Revista de Derecho Publico, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 16

Esta desigualdad no responde a una discriminación enteramente legislativa sino a razones de índole psicológico que inclinan a los juzgadores a no perjudicar a la Administración que por su calidad de sujeto de derecho publico gozan de finalidades generales o carácter filantrópico, en clara oposición al actuar de los particulares que tienen intereses personales y mezquinos. Pese a lo apuntado el juez administrativo debe externar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la Administración; y esto es importante de recordarlo, pues los jueces de estos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el Individuo, sino al individuo contra el Estado⁸⁷¹.

La Administración se presenta en comparación a los particulares como una parte privilegiada en el proceso, por lo que Alcalá Zamora manifiesta sobre estos privilegios que ya: "sea recurrida o recurrente, aparecerán inevitables, ya que el poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte a encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos; y por eso es muy relativa su igualdad procesal de partes en los litigios que la enfrentan. Sin que el régimen político sea, como suele serlo en nuestro tiempo, muy socializado, muy autoritario, o las dos cosas a la vez, el interés público invocado como presunción normal a favor de la Administración, gozará de primacía por su índole, por su destino, por su permanencia y hasta su total volumen".

Las prerrogativas que en principio responden a su calidad de ejecutor de la voluntad soberana sitúan a los administrados en el pernicioso escenario de cargar con la obligaciones hasta cierto punto desproporcionadas como son la de agotar la vía administrativa de recursos antes de acudir a los Tribunales⁸⁷² o de soportar el privilegio de decisión ejecutoria, entre otras, siendo la neutralización de las decisiones arbitrarias un calvario en el que siempre se encuentra en desventaja el ciudadano.

⁸⁷¹ Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, Pág. 929

⁸⁷² José Luis Rivero Isern, Vía administrativa de recurso y justicia administrativa, Revista Española de derecho Administrativo, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 382

La igualdad de partes se traduce entonces a la posibilidad para alegar, proponer pruebas, medios de ataque y defensa y utilizar iguales armas, existiendo una equiparación del régimen jurídico que fija la situación procesal de las partes, hallándose el justo equilibrio entre estas, con la advertencia que el posible efecto positivo en la Administración Pública siempre es menor debido a la coraza jurídica y psicológica que lo protege.

Capelleti y Bryant Garth resaltan lo utópico que resulta preconizar la igualdad de las partes y considerar que el resultado del litigio depende solamente de los méritos jurídicos de los litigantes, pues se deben de considerar otras fuerzas ajenas a las legales, que provocan que de hecho, uno de los contendientes se encuentre siempre en posición de desventaja en relación con su adversario⁸⁷³.

PRINCIPIO DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

La influencia general que ejerció en su momento el *régime administratif* francés, provocó la transmisión de instituciones propias de este ordenamiento hacia el mundo occidental, así el principio del carácter revisor de la Administración Pública se incluyó en las más importantes legislaciones del continente europeo y fue transplantado también después a algunos países de Iberoamérica, esta concepción nace como consecuencia de la coyuntura histórica en que se forja la división de poderes en Francia, que excluye de control judicial a la Administración (Ley 16-24 de agosto de 1790), articulándose esta situación como el núcleo central de su organización Política, esta construcción particular sirve para desarrollar el recurso de excés de pouvoir, que bajo la figura de justicia retenida es encargada al Consejo de Estado Francés concibiéndose entonces como un mero recurso administrativo, que funciona como revisor de la fase administrativa, articulándose como si se tratase de una

⁸⁷³ Mauro Capelleti y Bryant Garth, El acceso a la justicia, La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Fondo de Cultura Económica, México, 1996. Pág. 14

segunda instancia, adquiriendo luego su calidad de autentico juicio al llegarse a la justicia delegada.

La construcción inicial del excés de pouvoir como recurso administrativo, de alguna forma extrapolo este dogma como un residuo histórico del cual se ha beneficiado la Administración, situándola en una posición privilegiada frente los ciudadanos, esta dirección quizás se deba a los excesivos formalismos de la época, que repercutieron negativamente en la regulación positiva de la jurisdicción administrativa, conservando todavía el perfil en algunas legislaciones, tornándose casi imposible entender la jurisdicción contencioso Administrativo sin este enunciado .

El principio revisor constituye una figura muy propia y singular de la justicia administrativa, ya que no existe en ninguna otra jurisdicción del poder Judicial un enunciado de naturaleza semejante, que tase a los jueces ordinarios limites o restricciones que puedan poner a las partes en una situación de desigualdad. Este principio supone como veremos poner en manos de la administración un arma valiosísima para impedir o retrasar el acceso a la vía jurisdiccional de las pretensiones del particular⁸⁷⁴.

La fuerza que desplegó el predominio de este principio, estableció en su fase inicial que la jurisdicción solo podía desenvolverse bajo la existencia de un acto previo, no pudiéndose pronunciarse sobre extremos de los cuales no habían sido objeto de decisión por parte de la Administración.⁸⁷⁵, floreciendo siempre la necesidad de un acto administrativo, obstáculo que es decisivo para el conocimiento pleno de la función jurisdiccional, limitando el conocimiento de las posibles pretensiones que pueda plantear el recurrente; esta perspectiva del contencioso Administrativo encuentra su conexión con la desafortunada noción en la que el recurso de excés de

⁸⁷⁴ Jesús González Pérez, Administración pública y libertad, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, México, 1971, Pág. 83

⁸⁷⁵ José Luis Rivero Isern, Vía administrativa de recurso y justicia administrativa, Revista Española de derecho Administrativo, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992, Pág. 385

pouvoir germina, articulándose no como un proceso entre partes, en que existe pugna entre individuos que tratan de asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas⁸⁷⁶, sino mas bien en un control objetivo de la legalidad, distinguiéndosele como un proceso al acto en el cual los ciudadanos mas que ejercer una defensa de sus derechos, ejercen una función de Ministerio Público, coadyuvando a mantener la legalidad en el ordenamiento jurídico y obteniendo al final una simple anulación.

La caracterización escrupulosa del principio revisor se encuentra en nuestros días inobjetablemente en crisis, existe en consecuencia una conexión variable entre este principio y las diferentes justicias administrativas de los diferentes ordenamientos jurídicos; en países como España ha existido una evidente evolución en las diferentes leyes, nutridas fundamentalmente por la jurisprudencia y doctrina, ocurriendo un avance notable de la denominada ley Santamaría Paredes de 1888, que instaura el denominado sistema armónico o mixto, que configuraba al proceso administrativo como una segunda instancia, que imponía la más tradicional de las visiones que pueda asumir el carácter revisor.

Las reformas posteriores conquistadas con la llegada de la ley del 27 de diciembre de 1956 idean un proceso con postulados heterogéneos a los de la ley previa, esto debido a la conciencia de las secuelas censurables que llevo la falta de una plena fiscalización del Estado, por lo que la normativa busco satisfacer vigorosamente la sumisión absoluta al órgano jurisdiccional por parte de la Administración, así la ley se configura “como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración”, exigiéndose únicamente que las peticiones hayan sido formuladas ante la administración, ampliando el campo de la actividad administrativa sometida a fiscalización jurisdiccional, convirtiéndose el acto administrativo en un mero requisito de admisibilidad.

⁸⁷⁶ Eduardo García de Enterría, Contencioso-Administrativo objetivo y Contencioso-Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista Española de Administración Pública, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, Pág. 94

Finalmente el advenimiento de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativo, mantiene la virtualidad de la ley anterior e introduce importantes supuestos como las vías de hecho y de la inactividad material, que cortan la posibilidad de ranuras de control de las Administraciones Públicas, tratando de abastecer justicia frente a cualquier actividad indebida que pueda realizar la Administración Pública.

En ese orden de ideas el concepto de actuación Administrativa es ampliado incluyendo supuestos como el de las vías de hecho, que constituyen una respuesta a la actividad material de la Administración desprovista de una debida cobertura legal, configurándose el procedimiento administrativo como un elemento que provee seguridad jurídica a los particulares, combatiéndose bajo esta óptica la falta de procedimiento previsto en el ordenamiento. Igualmente la inactividad de la administración, se incorpora entendiéndose producida cuando en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, está obligada a realizar una prestación concreta a favor de varias personas determinadas.

Queda demás decir que un importante acontecimiento que influye en la transformación de la concepción del carácter revisor en España es la incidencia de la Constitución de 1978, que desde su entrada en vigor, exige la evolución de la Justicia Administrativa a un régimen absoluto de control, donde quedan fuera de lugar cualquier tipo de inmunidades; normas constitucionales como el Art. 24 que consagran la tutela judicial efectiva; el Art. 106.1 que proclama el sometimiento pleno de la actuación administrativa a la ley y al Derecho y el Art. 117.3 que declaran el principio unidad de jurisdicción atribuyendo el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituyen la base primordial de esta profunda metamorfosis que garantiza la sumisión de los órganos públicos al ordenamiento jurídico.

Parece ser concluyente que la visión moderna del dogma revisor se reduce a la exigencia de que en ciertos casos los temas en cuestión se hayan planteado con anterioridad frente al órgano Administrativo, no pudiéndose traer al debate situaciones que no hayan sido trazadas ante éste, quedando del todo claro que los fundamentos y argumentos que pueden ser esgrimidos ante el órgano jurisdiccional pueden ser distintos o bien ampliarse, sin que esto suponga una violación a este principio.

El carácter revisor se conforma entonces, sobre una base impugnadora de los actos administrativos sentenciados con carácter previo en ejercicio de la histórica prerrogativa de la autotutela. Pero sólo en esa medida está objetivamente motivada la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción exista un acto administrativo, al que se concibe como un simple requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, y nunca como su objeto principal⁸⁷⁷.

El presupuesto procesal de acto previo, no tiene porque en ningún momento demarcar el ámbito del litigio, debiendo en cambio ser determinada la contienda por las diferentes peticiones formuladas por los administrados, en relación con el acto administrativo dictado.

La situación de la jurisdicción contencioso Administrativa Salvadoreña es muy distinta, ya que esta es concebida desde sus inicios bajo una concepción ancestral del dogma revisor, y hasta el momento la jurisprudencia no ha podido sobrepasar su fuerte influencia completamente, ya que no existe un consenso real sobre su alcance, situación que permite que se encuentre de alguna u otra forma incorporado en todos los procesos que se tramitan bajo la ley, instituyéndose el acto

⁸⁷⁷ Juan Ramón Fernández Torres, *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Pág.37

administrativo como el principal objeto del juicio, sin el cual no puede existir proceso⁸⁷⁸.

Existe indudablemente progresos en la noción del carácter revisor, ya que jurisprudencialmente la Sala de lo Contencioso Administrativo concibe que: “El juicio administrativo es un autentico juicio o proceso entre partes, que a diferencia de sus orígenes en Francia con el recurso de exceso de poder, el administrado era mas bien un “denunciante”. Hoy en día, y en nuestro sistema legal, el administrado es una verdadera parte procesal (Sentencia del 17/11/98, Ref. 22-H-92)⁸⁷⁹ (Sentencia del 17/11/98. 20-H-91)⁸⁸⁰, de esta manera no se considera que la acción contenida en la ley Contencioso administrativo sea un recurso, calificativo que es cuidadosamente excluido de la ley y que es empleado únicamente en la jerga común, considerándosele en consecuencia un proceso con todas las garantías que debe contener.

Sin embargo las interpretaciones del Art. 10 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, conciben como requisito esencial para postular la demanda, expresar el acto administrativo que se impugna, requerimiento sin el cual, según el Art. 15 de la misma normativa, motivara la declaratoria de inadmisibilidad por parte de la Sala, igualmente señala esta ley, en su Art. 40 literal ch) como causa de terminación del proceso la falta de prueba por parte del actor sobre la existencia del acto administrativo impugnado; esta normativa en ocasiones ha conllevado a interpretaciones restrictivas que verdaderamente limitan las pretensiones que pueden ser esgrimidas ante el juez, considerando que la delimitación del proceso la establece el acto, obteniendo una concepción objetiva del proceso, dejando afuera pretensiones como las indemnizatorias .

⁸⁷⁸ Allan R. Brewer-Carias, Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, Revista de Derecho Público, Numero 49, Caracas, 1992, Pág. 6

⁸⁷⁹ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del 17 de noviembre de 1998 en el juicio referencia 22-H-92

⁸⁸⁰ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del 17 de noviembre de 1998 en el juicio referencia 20-H-91

Desgraciadamente el artículo segundo de ley es bastante restrictivo al establecer que la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, situación que se agrava debido al intenso formalismo que predomina en El Salvador, la Sala de lo contencioso administrativo ha tratado muy tíbilmente con su jurisprudencia de romper esta situación, declarando que “debe repararse que la jurisdicción contencioso administrativa se perfila como mecanismo garante del sometimiento pleno de las actividades de la Administración Pública, es decir, al hecho que al ejercer este Tribunal el control de legalidad de los actos administrativos, no solo se vela por el mero interés del demandante, sino por la legalidad misma” (juicio referencia 17-T-96), sin embargo la admisión de nuevas pretensiones no a sido un efecto consustancial de esta jurisprudencia, que se queda en meros enunciados, quedando afuera las pretensiones como las vías de hecho y la inactividad material, que tribunales como los Españoles introdujeron jurisprudencialmente (cfr STC 160/1991, de 18 julio [RTC 1991, 160] y STCJ 14 diciembre 1990 [RJ 1990, 10383])(cfr.STC 136/1995, de 25 septiembre [RTC 1995, 136], incorporándose posteriormente en el cuerpo legal correspondiente.

Poco a poco se han ido corrigiendo en muchas legislaciones de otros países estos problemas, de manera que este recaudo no se convierta en un obstáculo al acceso a la justicia⁸⁸¹, esperamos que dichas ideas logren acomodarse en El Salvador.

En el nuevo sistema contencioso administrativo, es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso⁸⁸². Se entiende que ya el proceso ya no tiene una función revisora del acto administrativo; procediendo la tutela judicial efectiva contra cualquier tipo de

⁸⁸¹ Allan R. Brewer-Carias, Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, Revista de Derecho Público, Numero 49, Caracas, 1992, Pág. 6

⁸⁸² Agustín Gordillo, El acto administrativo, en obra colectiva coordinador Carlos A. Botassi, El Nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, Pág. 20

comportamiento u omisión administrativa; que lo central es la pretensión procesal, no el acto impugnado⁸⁸³.

En la actualidad el proceso administrativo no puede ser considerado como exclusivamente revisor, sino que tiene un pleno poder de controlar la actividad administrativa⁸⁸⁴. El desafío de esta época consiste en abandonar los atavismos que marcan un solo curso de interpretación y comprender, definitivamente, que se puede elaborar una concepción institucional diferente de la justicia administrativa en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

PRINCIPIO DE CELERIDAD

Este principio exige, entre otras, las condiciones siguientes: plazos cortos y fatales, impulso oficial, actuaciones oficiosas, ausencias de crisis procesales (incidentes, traslados, impulso de parte saltos procesales, suspensiones e interrupciones procesales, etc.)

No obstante lo dicho la celeridad no debe destruir la seguridad. El proceso debe ser rápido para no brindar justicia tardía, pero se debe tener cuidado de tomar todas las precauciones para no juzgar mal por la celeridad, lo que es tan grave como la justicia tardía. Justicia precipitada no es justicia⁸⁸⁵.

Una pronta justicia se basa en el precepto que una justicia que tarda ya no es justicia, o que una justicia retardada es una justicia denegada; para ello se pretende investir al juzgador de nuevas y mejores facultades (rechazo *in limine* de la demanda y de incidentes infundados, dar al proceso el trámite que corresponda cuando sea

⁸⁸³ Eduardo García de Enterría, La justicia administrativa en el cambio de siglo, Fundap, México, 2003, Pág. 56

⁸⁸⁴ Joaquín María Peñarrubia, Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los tribunales: tres sentencias del tribunal constitucional sobre la administración y el derecho a la tutela judicial efectiva, Revista Española de derecho Administrativo, Numero 91, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 485 y 486

⁸⁸⁵ Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, Reflexiones sobre el Ante proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de la Republica de El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 6

equivocado el solicitado por las partes, medidas para mejor proveer, etc.). También se busca a través de mecanismos que pretendan evitar o reducir los perjuicios de la demora del proceso, tales como los procesos abreviados (sumarios) y providencias anticipadas o cautelares. Pero, además, se logra a través de proveer al juez y sus auxiliares de los medios técnicos y recursos materiales imprescindibles, así como de dotarlos de un estatuto que les confiera estabilidad, independencia, imparcialidad, autoridad y responsabilidad.

APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Según K. Larenz⁸⁸⁶, existe una laguna normativa cuando la ley es incompleta y por ello, necesita de complemento que no contradiga una limitación querida por la ley. De este modo, lagunas son huecos que son susceptibles de ser complementados a través de interpretación y aplicación del derecho⁸⁸⁷.

En este sentido, el Art. 20 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente. Con esta disposición tiene consagración legislativa el principio más o menos formulado y aceptado que el Derecho Procesal privado constituye el *derecho procesal común*, contentivo de los principios y reglas generales que orientan las demás materias o ramas especializadas, a cuya normativa se deberá concurrir en caso de falta de regulación expresa, siempre que no se contraríen los principios especiales de la materia que se trate⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1966, Pág. 299

⁸⁸⁷ María Jesús Gallardo Castillo, Los Problemas de la Aplicación Supletoria de la LEC en el Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Iustel, Madrid, 2006, Pág. 37

⁸⁸⁸ Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, Reflexiones sobre el Ante proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de la Republica de El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 6

En consecuencia, se parte de una concepción de una aplicación primaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo como norma especial y específica, pero sin que ello impida la supletoriedad cuando existan lagunas⁸⁸⁹.

PROCESO ADMINISTRATIVO, INICIACIÓN, DESARROLLO Y TERMINACIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES

En base a las ideas de Guasp⁸⁹⁰, la clasificación de actos procesales según su objeto se divide entre actos: de iniciación, tales como la demanda y contestación (llamada también de proposición) y el recurso que abre la ulterior instancia revisiva; actos de desarrollo, a su vez divididos en actos de instrucción y de ordenación; los de instrucción referidos a la prueba, constituyen una de las más importantes etapas del desarrollo procesal y los de ordenación que incluyen los de impulso dirección y constancia (documentación del procedimiento) y finalmente de decisión que se resumen en la sentencia.

Así las cosas en el procedimiento Contencioso Administrativo siguiendo la anterior clasificación podemos dividirlo en tres fases fundamentales. La de Proposición, durante la cual se presenta la demanda, la contestación, dándose a conocer las pretensiones y excepciones de las partes, así como los hechos sobre los que se apoyan las pretensiones. La fase de Instrucción que corresponde a la demostración de la veracidad de los hechos afirmados y actos de ordenación e impulso. Y finalmente la fase de decisión o conclusiva que se ocupa del dictado de sentencia.

⁸⁸⁹ Jesús Chamorro González y Juan Carlos Zapata Hajar, La incidencia e la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso Administrativo, Editorial Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, Pág. 15

⁸⁹⁰ Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968, Pág. 295

RECLAMACIÓN PREVIA COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

El principio general tradicional para que pueda iniciarse el proceso administrativo ha sido el de la necesidad de que la administración pública haya adoptado una decisión formal, como requisito previo para que pueda abrirse dicho proceso⁸⁹¹.

Por otro lado, el principio general de autotutela de la administración pública, que desemboca en la prerrogativa de la existencia de un acto administrativo previo al acceso a la justicia, tradicionalmente se ha manifestado también en otra prerrogativa de la administración que impide al particular acudir directamente a la justicia contra un acto administrativo que no cause estado, es decir, que no sea la última palabra que al respecto pueda pronunciar la administración⁸⁹². En otras palabras, se trata de la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal, de manera que permita el acceso a la vía judicial sólo cuando la administración no tiene nada más que decir sobre el asunto, por haberse agotado las instancias administrativas⁸⁹³.

Los recursos son un medio de impugnación de actos administrativos que deben ser interpuestos en determinados plazos perentorios para obtener de la autoridad que dictó el acto, su superior jerárquico o aquella que ejerza sobre la primera el control de tutela, la revocación, sustitución o modificación del acto impugnado⁸⁹⁴.

En la mayoría de los casos el administrado, lesionado por los actos administrativos dictados por la administración pública, tiene la convicción de que nada logrará en

⁸⁹¹ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 55

⁸⁹² Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 60

⁸⁹³ Rafael G. Prado Moncada, *Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema administrativo venezolano*, Difusión y análisis, Año VII, Numero 92, Editorial Lex, México, 2003, Pág.30

⁸⁹⁴ Laura Monti, *El agotamiento de la instancia administrativa*, Control de la Administración pública, Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 211

esta vía, que no tiene sentido retrasar más el momento de acudir a los estrados del Poder Judicial, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil⁸⁹⁵.

El mantenimiento del carácter obligatorio de las vías administrativas, cada vez se vuelven mas intolerable, debido en que en la práctica suelen ser ineficaces y, por tanto una carga excesiva⁸⁹⁶.

No obstante, conforme al Art. 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, el previo agotamiento de la vía administrativa, constituye una condición objetiva de admisibilidad de la demanda contencioso administrativo. Se aduce que su objeto es permitir que la administración se interiorice de las pretensiones del particular y trate de llegar a un acuerdo en sede administrativa sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Es, entonces, una prerrogativa de la administración que le permitirá solucionar en sede administrativa las pretensiones de los particulares afectados en su derecho subjetivo o interés legítimo⁸⁹⁷.

El requisito del agotamiento de la vía administrativa previa queda satisfecho si el peticionario ha interpuesto en tiempo y forma los recursos administrativos, resultando indiferente si el incidente finalizó con una resolución sobre el fondo del asunto o con una que simplemente lo rechazó in limine.

A pesar de su obligatoriedad en El Salvador, las legislaciones modernas sobre procedimientos administrativos y, especialmente sobre los recursos administrativos, se están encaminando hacia la opcionalidad de dichos medios de impugnación⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ Jesús González Pérez, La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativo, Revista de Derecho Administrativo, Año 11, Depalma, Buenos Aires, 1999, Pág. 43 y sigs

⁸⁹⁶ Rafael G. Prado Moncada, Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema administrativo venezolano, Difusión y análisis, ano VII, Numero 92, Editorial Lex, México, 2003, Pág.30

⁸⁹⁷ Enrique Rojas Franco, Derecho Administrativo en Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 735

⁸⁹⁸ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 73

Héctor Fix-Zamudio⁸⁹⁹ sostiene que asistimos a una erosión paulatina del principio de definitividad, para luego agregar: “Ya se está llegando al principio opuesto o sea el de la opción de los propios recursos precisamente por su ineficacia real.”

PLAZOS DE IMPUGNACIÓN.

Dentro de las prerrogativas de la administración que se justifica por la necesidad de que las actuaciones del Estado tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica, es la que se materializa en la exigencia legal de que como condición de admisibilidad la acción, esta se deba ejercer en un lapso de tiempo, vencido el cual los actos se vuelven firmes, pues la acción caduca⁹⁰⁰. Se busca con esto otorgar seguridad jurídica al Administrado, ya que de esta manera se da estabilidad y certidumbre a la actividad administrativa⁹⁰¹. Por otro lado, la Administración debe conocer el periodo dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que con ello pudieren derivarse⁹⁰².

Los plazos de caducidad previstos en la ley son perentorios, fatales y operan de pleno derecho extinguiendo la posibilidad de ejercitar la acción. Una vez hayan pasado los plazos y acontecida la caducidad, se produce la extinción del derecho no ejercido. Es decir, el acto administrativo no impugnado dentro del plazo que señala la ley ha sido consentido y por lo tanto se encuentra firme⁹⁰³.

En cuanto a los plazos perentorios o fatales Couture los entiende como aquellos que, vencidos, producen la caducidad del derecho, sin necesidad de actividad alguna ni

⁸⁹⁹ Héctor Fix Zamudio, Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano, El Colegio Nacional, México, 1983, Pág. 48

⁹⁰⁰ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 78

⁹⁰¹ Manuel Argañaras, Tratado de lo Contencioso Administrativo, Editorial Lex, Buenos Aires, 1988, Pág.93

⁹⁰² Pablo Estaban Perrino, El Plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, Estudios de Derecho Administrativo, El proceso administrativo en la República Argentina, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2004, Pág. 291

⁹⁰³ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 86

del juez ni de la parte contraria. La extinción del derecho se produce por la sola naturaleza del término, lo que quiere decir que se realiza por ministerio de Ley⁹⁰⁴.

A pesar de que la caducidad se justifica por la seguridad jurídica, diversos autores la califican o juzgan en forma negativa⁹⁰⁵. La caducidad de la acción por el transcurso del tiempo según algunos, no puede convertir en legal lo que es ilegal⁹⁰⁶.

En último lugar, cabe advertir, que existe una excepción a la efectividad de los plazos de caducidad, en concreto nos referimos a los casos de nulidad absoluta, en la cual es posible interponer un proceso en cualquier tiempo. Por eso, y en relación con estos actos, no cabe oponer en vía contencioso-administrativa la excepción del acto confirmatorio⁹⁰⁷.

LA DEMANDA

Para Chiovenda, la demanda judicial es el acto con que una parte (el actor), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (el demandado), e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional.

Para otros entre ellos Machacón de Caravantes, se esta ante la petición que hace el actor principalmente, porque contiene el objeto principal de su reclamación y lo contiene con intención principal; para diferenciar el escrito de demanda de los demás que contienen peticiones accesorias o incidentales, que son como consecuencia o

⁹⁰⁴ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, Pág. 177

⁹⁰⁵ Guido S. Tawil, Proceso administrativo y constitucional, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Pág.169

⁹⁰⁶ Allan R. Brewer-Carias, Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, Revista de Derecho Público, Numero 49, Caracas, 1992, Pág. 9

⁹⁰⁷ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 583

derivaciones de aquella principal; o que, aun cuando comprenden ésta misma, no la contienen como principal del escrito.

Finalmente, demanda según Manuel María Diez es el escrito por el que se inicia la acción procesal, es el acto por el que se exige del órgano judicial la tutela de un derecho ejercitando la correspondiente acción⁹⁰⁸.

Toda demanda, deberá interponerse ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, que constituye órgano judicial competente, asimismo debe ser interpuesta por la persona que sea parte, tenga capacidad procesal y legitimada para iniciar el proceso de que se trate y frente a la persona que el demandante estime legitimada pasivamente. La demanda habrá de iniciarse dentro del término que señala el ordenamiento jurídico que según el Art. 11 de la Ley de la Jurisdicción contencioso será de sesenta días hábiles. Vencido el término señalado, habrá caducado el derecho del particular para iniciar la acción. Se produce entonces la caducidad de la acción, que podrá ser apreciada de oficio por el juez o alegada por el demandado al articular su defensa. El término deberá computarse a partir de la fecha de notificación del acto que motiva la acción.

La demanda deberá versar sobre todo lo que haya sido objeto de la reclamación o impugnación formulada en sede administrativa. Sin embargo, durante el proceso podrán deducirse nuevas fundamentaciones aunque no hubiesen sido formuladas en sede administrativa⁹⁰⁹.

Esta demanda como escrito que contiene una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional debe cumplir ciertos requisitos formales. Según el Art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la demanda se entablará por

⁹⁰⁸ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 171.

⁹⁰⁹ José M. Serrate Paz, La demanda en el proceso contencioso administrativo en Bolivia, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 712

escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, personalmente, por el representante legal o por medio de procurador, y deberá expresar:

- a) el nombre, apellido, edad, profesión u oficio y domicilio del demandante, y en su caso, los de quien gestiona por él. Si el demandante fuere una persona jurídica, además de las generales del representante legal, se expresará el nombre, naturaleza y domicilio de aquélla;
- b) el funcionario, la autoridad o entidad a quien se demanda;
- c) el acto administrativo que se impugna;
- d) la cuantía estimada de la acción, en su caso;
- e) la exposición razonada de los hechos que motivan la acción;
- f) la petición en términos precisos;
- g) las generales del tercero a quien beneficia el acto administrativo impugnado, en su caso; y,
- h) el lugar y fecha del escrito y firma del demandante o de quien lo hiciere a su ruego.

A la demanda y a todo escrito que se presente se acompañarán tantas copias en papel común cuantas sean las partes, más una. Las copias irán suscritas por las mismas personas que firman el escrito⁹¹⁰.

A la demanda deberá agregarse copia del acto que afecta al actor en sus derechos subjetivos o intereses legítimos o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído decisión.

⁹¹⁰ Juan José Sánchez Vásquez, Apuntes Sobre Derecho Procesal Civil, Misterio de Justicia, San Salvador, 1992, Pág. 91

ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

La seguridad jurídica de los administrados impugnantes de los actos administrativos requiere prioritariamente la regulación de una etapa procesal intermedia entre la demanda y contestación, que tipificamos de admisión de proceso, también llamada en la doctrina habilitación de Instancia⁹¹¹. En este sentido, la expresión habilitación de instancia hace referencia a la etapa inicial del proceso administrativo en la cual el juez, antes de dar traslado de la demanda analiza si la pretensión deducida satisface los requisitos de admisibilidad o presupuestos procesales⁹¹².

Con la habilitación de instancia se realiza un estudio preliminar de las condiciones de admisibilidad, un análisis de las circunstancias que permiten comprobar si se cumplieron los requisitos exigidos por el orden jurídico para poder accionar judicialmente⁹¹³.

Se trata según expresa Bezzi, de un juicio sobre la existencia o no de causas de inadmisibilidad formal de la demanda, y la consecuente decisión jurisdiccional que así lo declara, como cuestión previa a examinar la pretensión que se formula en cuanto al derecho de fondo⁹¹⁴.

Las figuras que analizamos, surgen a fines del siglo pasado, cuando Büllow advierte que el ordenamiento procesal debe fijar requisitos de admisibilidad así como que condiciones son indispensable para la tramitación de toda relación procesal⁹¹⁵.

⁹¹¹ José Roberto Dromi, Proceso Administrativo: Perspectiva, Revista de Administración Pública, Numero 88, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág. 270

⁹¹² Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 45

⁹¹³ Ernesto Alberto Marcer, Demandas contra el Estado, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, Pág. 103

⁹¹⁴ Ana Maria Bezzi, Habilitación de instancia contencioso administrativo, Documentación administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, Numero 269-270, Madrid, 2004, Pág. 29

⁹¹⁵ Guillermo Andrés Muñoz, El Enigma de la Habilitación de la Instancia, Revista de Actualidad en Derecho Publico, Numero 3, Buenos Aires, 1996, Pág. 30

En este orden de ideas, para que órgano jurisdiccional pueda examinar el fondo de la pretensión que ante el se deduce es preciso que concurren ciertas circunstancias establecidas como requisitos o presupuestos procesales⁹¹⁶. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no solo a requerimiento de la demandada, sino, dada su naturaleza, en la etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda⁹¹⁷.

Se busca evitar la tramitación del proceso hasta sentencia, cuando medie una causa de inadmisibilidad, porque de lo contrario se produciría un verdadero dispendio de actividad jurisdiccional al sustanciarse un proceso en el cual, en definitiva, no se ha de entrar a decidir la cuestión de fondo. Por otro lado, en virtud del principio de tutela judicial efectiva y del principio pro accione, resulta la ocasión propicia para que se enmienden aquellos defectos procesales que pueda padecer la pretensión y sean susceptibles de saneamiento⁹¹⁸.

El objeto de la llamada habilitación de instancia es comprobar la reunión de los presupuestos procesales, condiciones de procedibilidad o recaudos de admisibilidad de la intervención judicial, de modo previo a la sustanciación de la pretensión⁹¹⁹.

En cuanto a como realizar dicho examen de admisibilidad, se insiste que lo esencial es hacer posible el ejercicio del derecho, para lo cual debe buscarse siempre en toda

⁹¹⁶ Mónica G. Blanco, Análisis comparativo de los requisitos para la habilitación de instancia en la Nación y en la provincia de Buenos Aires, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Pág. 474

⁹¹⁷ Mónica G. Blanco, Análisis comparativo de los requisitos para la habilitación de instancia en la Nación y en la provincia de Buenos Aires, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Pág. 474

⁹¹⁸ Pablo E. Perrino, Proceso contencioso administrativo y habilitación de instancia, Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 100

⁹¹⁹ Fernando R. García Pulles, Tratado de lo contencioso administrativo, Editorial la Ley, Buenos Aires, 2000, Pág. 188

cuestión disputada sobre la materia la interpretación precisamente más favorable a este efecto⁹²⁰.

Una vez se admita la demanda, significa que el demandante puede ejercitar la vía judicial⁹²¹. En este caso, sin embargo, luego de efectuado el traslado a la contraparte, ésta podrá interponer excepciones a la habilitación de la instancia, supuesto en el cual no obstante haber sido admitida inicialmente, la Sala podrá hacer a lugar a las excepciones⁹²².

En El Salvador, desgraciadamente persisten varias restricciones a la hora de accionar judicialmente, entre los cuales encontramos la incorporación de plazos y anacrónico reclamo administrativo previo. Lo anterior posiblemente como un resabio de que la demandabilidad del Estado no fue instantánea, sino que hubo que recorrerse un largo camino hasta tornarla efectiva⁹²³.

Subsiste entonces una interpretación restrictiva de los requisitos de admisibilidad, que obstruye el acceso a la justicia. Por ello, la jurisprudencia debe evolucionar y buscar el acceso a la jurisdicción, interpretando las dubitaciones que surjan a favor de la procedencia de la acción y no en su contra⁹²⁴.

No obstante, a pesar de las inclinaciones mencionadas, es evidente que el camino recorrido ha traído algunos beneficios al acceso de la jurisdicción, ya que

⁹²⁰ Eduardo García de Enterría, El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos, Revista de Administración Pública, Numero 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, Pág. 271

⁹²¹ Armando E. Grau, Habilitación de la instancia contencioso administrativa, Librería Editora Platense, La Plata, 1971, Pág. 121

⁹²² Mónica G. Blanco, Análisis comparativo de los requisitos para la habilitación de instancia en la Nación y en la provincia de Buenos Aires, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Pág. 475

⁹²³ Héctor Mairal, Los plazos de caducidad en el derecho administrativo Argentino, Derecho procesal administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.

⁹²⁴ Eduardo García de Enterría, El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos, Revista de Administración Pública, Numero 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, Pág. 271

antiguamente en algunos países era inclusive preciso obtener un consentimiento legislativo para demandar, existiendo requisitos que otorgaban una esfera de inmunidad al estado, seno desde el cual se justifico la expresión “habilitación de instancia”⁹²⁵.

Como señala Muñoz, con el correr del tiempo y superado en parte el dogma de la inmunidad soberana, la finalidad de la expresión habilitación de instancia fue cambiando paulatinamente⁹²⁶. Ya no fue entendida como un presupuesto de la jurisdicción, sino como una etapa preliminar del litigio en la cual el juez determina si concurren los recaudos de admisibilidad⁹²⁷.

EFFECTOS DE LA DEMANDA

La demanda puede producir efectos con relación al acto y con respecto al sujeto, objeto y actividad. El administrado que se sienta afectado por el acto en sus derechos subjetivos o intereses legítimos puede solicitar que se suspenda su ejecución. La presentación de la acción no trae automáticamente aparejada la suspensión, pero el juez puede declararla cuando si se llevaren a efecto tales actos habrían de causar daños y perjuicios de reparación imposible o difícil⁹²⁸.

Mediante la interposición de la demanda ante el órgano judicial se fija la materia de la litis sobre la cual deberá recaer la sentencia. El órgano judicial, entonces, determinará en el momento de la interposición de la demanda, si se dan los recaudos necesarios para que pueda considerar competente, principio que se ha designado con el nombre de *perpetuatio jurisdictionis*.

⁹²⁵ Pablo E. Perrino, Proceso contencioso administrativo y habilitación de instancia, Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 101

⁹²⁶ Guillermo Andrés Muñoz, El Enigma de la Habilidadación de la Instancia., Revista de Actualidad en Derecho Publico, Numero 3, Buenos Aires, 1996, Pág. 30

⁹²⁷ Pablo E. Perrino, Proceso contencioso administrativo y habilitación de instancia, Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, Pág. 101

⁹²⁸ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 172.

En lo que respecta a las partes, la *litis pendencia* produce la conservación de las características que fijan su legitimación, si existen al tiempo de interponer la demanda, principio que puede enunciarse como el de *perpetuatio legitimationis*.

MEDIDAS CAUTELARES

Una de las revoluciones jurídicas que mayores aportes ha brindado al Derecho Constitucional y Administrativo, se refiere a las medidas cautelares⁹²⁹.-

El *periculum in mora*⁹³⁰ y *fomus bonis juris*⁹³¹ son los pilares de esta renovación de las medidas cautelares destinadas al aseguramiento de las sentencias definitivas, en materias de amparo y contencioso administrativo.-

La tarea de administrar justicia, lo reconoce nuestra Carta Magna en su artículo 172, no se agota ni concluye con la decisión de la controversia jurídica, que tiene ribetes de indispensable pero no de suficiente, debido a que debe complementarse con la ejecución de lo juzgado, con el cumplimiento efectivo del fallo contenido en la sentencia. De no hacerse ejecutar lo juzgado el enjuiciamiento resultaría estéril sin los resultados prácticos que procura el demandante al iniciar el proceso y que se encuentra dentro de las peticiones que deduce.-

El principal problema del proceso judicial es la lentitud, que trae aparejado un riesgo cierto que mientras se aguarda su normal desenlace, se alteren las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamo la intervención del

⁹²⁹ Eduardo García de Enterría, La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004

⁹³⁰ Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, bibliografía Argentina, Buenos aires, 1945, Pág. 42 y sigs

⁹³¹ Carmen Chinchilla Marín, La Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Pág. 45 y sigs.

órgano jurisdiccional, con lo cual se tornan ilusorias e ineficaces las resoluciones judiciales.⁹³²

Lo anterior justifica, el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis y el mantenimiento de los estados de hecho y de derechos vigentes⁹³³. Para realizar este objetivo es que se justifica y existe el proceso cautelar⁹³⁴.

Las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptadas en el curso del proceso, a pedido de un interesado para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho.⁹³⁵

Se entienden instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso⁹³⁶.

La legislación salvadoreña en relación a la tutela cautelar, exclusivamente reconoce una de ellas, la suspensión de la ejecución del acto reclamado sobre la que debe pronunciarse en el acto mismo de admitir la demanda.

La suspensión de la ejecución del acto tiene como basamento, en la legislación salvadoreña el *periculum in mora* al prescribir que ésta será procedente, cuando la

⁹³² Pablo Oscar Gallegos Fedriani, Control judicial de la administración. Medidas cautelares, Derecho procesal administrativo. Homenaje Jesús González Pérez, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Pág. 728

⁹³³ Pablo Oscar Gallegos Fedriani, Control judicial de la administración. Medidas cautelares, Derecho procesal administrativo. Homenaje Jesús González Pérez, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Pág. 728

⁹³⁴ Guillermo Snopek, Medidas cautelares en contra de la administración pública, Librería Editora Platense, La Plata, 1985, Pág. 44

⁹³⁵ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 311 y 312

⁹³⁶ Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, Derecho procesal, el derecho en México. Una visión de conjunto. Tomo III, Unam, México, 1991, Pág. 1268

ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación en la sentencia definitiva.

Sin embargo, debe reconocerse que la Sala de lo Constitucional recurre a la apariencia del buen derecho para legitimar la emisión de la medida cautelar de suspensión, así la Sala en este sentido ha dicho: “Cabe apuntar que las medidas cautelares parte de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado *–fumus bono juris–* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *–periculum in mora–*. Sobre este punto, se ha esbozado que la razón de la existencia de la función cautelar, es evitar que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes y mantener a salvo la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la ejecución de un eventual fallo estimatorio, lo cual no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución⁹³⁷” (*resolución de las 15 h. y 20 m. del 27 de septiembre de 2001, en el proceso de amparo N° 316-2000*).

Finalmente, es de recalcar que los instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva⁹³⁸.

La visión de que la tutela cautelar es parte de la tutela judicial efectiva provoca que éstas no sean extraordinarias o excepcionales sino parte de una tutela judicial ordinaria, todo en base a su valor constitucional⁹³⁹.

⁹³⁷ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de Amparo de fecha veintisiete de septiembre de 2001 en el juicio referencia Amparo 316-2000

⁹³⁸ Miguel Alejandro López Olvera, *La Instancia Administrativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 107

⁹³⁹ Jaime Rodríguez Arana, *Las Medidas Cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo en España*, Estudios Homenaje a Jorge Fernández Ruiz, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, Pág. 303

CONTESTACIÓN E INFORMES DE LAS AUTORIDADES DEMANDADAS

Admitida la demanda, el órgano judicial debe correr traslado a la parte demandada y en caso necesario, al coadyuvante que tenga la administración, requiriendo al mismo tiempo el envío del correspondiente expediente administrativo en el que esté el acto que motiva el juicio. La contestación se formulará por la administración demandada por medio de informes y también podrán hacerlo aquellas personas a cuyo favor derivarán derechos del acto que se ataca. Por medio de este acto se busca que el demandado tome posición respecto de la demanda y ejerza su defensa⁹⁴⁰.

Admitida la demanda y resuelto lo relativo a la adopción de las medidas cautelares que pueden garantizar las posibles resultas del proceso, se solicitará un primer informe a la autoridad demandada, con el único objeto que se pronuncie respecto a la existencia o no del acto administrativo, sin necesidad de fundamentar nada sobre la legalidad del acto

Ahora bien, la finalidad procesal de este primer informe es requerir a la autoridad demandada que se manifieste sobre la existencia o inexistencia del acto impugnado pues su real existencia es un presupuesto indispensable para entrar el fondo de la controversia es decir, que la comprobación de la existencia del acto administrativo posibilita entrar a satisfacer la pretensión; así, si la autoridad demandada la niega, el actor tendrá que probarla forzosamente; de modo, inverso finalizará el proceso.

La ley establece que la autoridad o funcionario demandado es quién deberá rendir el informe. La persona que ostenta la calidad de funcionario o autoridad lo hace en razón de la investidura legal que su nombramiento le otorga. En el proceso contencioso administrativo la legítima concurrencia de la autoridad o funcionario se establece en concordancia con el acuerdo de nombramiento que lo acredita, puesto

⁹⁴⁰ Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1969 Pág. 213

que la persona que en su momento ostenta el cargo y se muestra parte en el procedimiento lo hace en su carácter de funcionario o autoridad.

Según el procedimiento establecido en la ley también será necesaria la rendición de un segundo informe. Este informe difiere del anterior, en que la autoridad demandada ya no simplemente debe realizar un pronunciamiento con relación a la existencia o no del acto reclamado, sino de los fundamentos y las razones en que apoya la legalidad del acto administrativo.

Cabe señalar al respecto que la Ley no hace referencia al término contestación de la demanda, pero jurisprudencialmente se ha entendido, que ésta se tendrá por contestada cuando la autoridad demandada rinde este segundo informe que justifica la legalidad del acto que se le imputa. En esta etapa quedan delimitados los extremos del litigio (pretensión y defensa), y por ende los puntos sobre los cuales habrá de pronunciarse el tribunal⁹⁴¹.

EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Un problema extraño a la jurisdicción y puramente instrumental es la necesidad de exigir de la Administración envíe siempre el expediente Administrativo, quedando en sede Administrativa una copia certificada⁹⁴².

La voluntad de la Administración requiere para su correcta formación y manifestación un reflejo documental, que constituye el requisito jurídico y práctico cuyo fundamento ultimo es similar al de la exigencia de documentación y formalización especial de tantos actos en el Derecho Privado⁹⁴³.

⁹⁴¹ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del cinco de octubre de 2004 en el juicio referencia 230-A-2002

⁹⁴² José Luís González-Berenguer, La Futura Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, Pág. 1278

⁹⁴³ Ricardo Rivero Ortega, El Expediente Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 146.

El expediente administrativo constituye el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las encaminadas a ejecutarla. En definitiva como bien lo expresa el Profesor Rivero Ortega el Expediente administrativo es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado⁹⁴⁴.

El expediente puede ser definido como el conjunto de documentos o actuaciones administrativas, originados a solicitud de parte interesada o de oficio y ordenados cronológicamente, en el que se acumulan informaciones, dictámenes y todo otro dato o antecedente relacionado con la cuestión tratada, a efectos de lograr los elementos de juicio necesarios para arribar a conclusiones que darán sustento a la resolución definitiva⁹⁴⁵.

En principio, toda cuestión que deba ser tratada por la administración debe tramitarse por escrito ya sea que se trate de presentaciones de los particulares como del actuar independiente de la administración⁹⁴⁶. En definitiva lo que se produce en sede administrativa se hace constar en el expediente y éste es fundamental para el pleito, suele decirse muchas veces que es el la prueba central y mas importante del mismo⁹⁴⁷.

En cuanto a su contenido, el expediente debe incorporar todos los documentos sobre el asunto, debe cumplirse con el principio de complitud, ya que las razones del expediente es formar el criterio de la Administración en cuanto a sus actuaciones y decisiones, lo que exige que se recopile toda la información pertinente⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Ricardo Rivero Ortega, El Expediente Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 94

⁹⁴⁵ Agustín Gordillo y Mabel Daniele, Procedimiento Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006, Pág.347

⁹⁴⁶ Agustín Gordillo y Mabel Daniele, Procedimiento Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006, Pág.347

⁹⁴⁷ Agustín Gordillo, La prueba en el Derecho Procesal Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carias, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, Pág. 318

⁹⁴⁸ Ricardo Rivero Ortega, El Expediente Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 105

La idea de la unidad o complitud del expediente y de que en él debe conservarse todo lo concerniente al procedimiento, busca también ilustrar a los particulares así como conservar todas las actuaciones unidas para facilitar cualquier control posterior⁹⁴⁹.

Otro punto a mentar es el tema de la vista o publicidad del expediente; en todos los países el criterio es que salvo casos particulares, con fundamento legal suficiente, el expediente es público, al menos para las partes, las cuales tienen derecho en todo momento a tener acceso a él⁹⁵⁰.

Se expresa que así como en la vida humana lo privado es lo general y lo público la excepción, tratándose del gobierno y de sus actos, su publicidad debe ser la regla y su secreto la excepción. En base a lo anterior cualquier interesado puede acceder al expediente administrativo en cualquier estado o grado del procedimiento⁹⁵¹. Lo mismo con lo que respecta a archivos informativos⁹⁵².

Por último, todo expediente debe cumplir con los principios de Conservación que implica que para el ulterior control de la actuación administrativa es necesario el mantenimiento de los documentos administrativos⁹⁵³; así como el cumplimiento del principio de Exigencia que se traduce en que para la correcta formación y manifestación de la voluntad administrativa es necesario un reflejo documental, como un requisito jurídico y práctico⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ Allan R. Brewer-Carias, Principios del Procedimiento Administrativo, Editorial Legis, Colombia, 2003, Pág. 114

⁹⁵⁰ Agustín Gordillo, La prueba en el Derecho Procesal Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carias, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, Pág. 318

⁹⁵¹ Allan R. Brewer-Carias, Principios del Procedimiento Administrativo, Editorial Legis, Colombia, 2003, Pág. 116

⁹⁵² Epaminondas P. Spiliotopoulos, Derecho Comparado: Una Nota sobre el Procedimiento Administrativo en Europa Occidental en la obra conjunta El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado coordinador Javier Barnes Vasquez, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Pág. 513

⁹⁵³ José Ignacio Rico, El expediente administrativo y el proceso administrativo: un análisis de jurisprudencia, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 71, Editorial Civitas, Madrid, 1991

⁹⁵⁴ Ricardo Rivero Ortega, El Expediente Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 146

La importancia del expediente viene dada por su calidad de instrumento de prueba, entendiéndose que esta proviene de la teoría de los actos propios; el antecedente más mediato es en materia contractual y civil o comercial, donde se dice que la mejor forma de interpretar la voluntad de las partes es ver como ellas mismas se han comportado en su ejecución. En el Derecho Administrativo es en el expediente donde mejor se reflejan los actos propios de ambos, tanto de la administración como del administrado⁹⁵⁵.

En el Derecho comparado la reclamación y envío del expediente dentro del proceso contencioso-administrativo está planteado entre los primeros momentos procesales, dada la condición del expediente como presupuesto argumentativo en muchos casos⁹⁵⁶.

Debido a su importancia y su transcendencia como presupuesto argumentativo, lo más acertado fuera que el expediente fuera presentado con el primer informe, concediéndose al demandante la posibilidad de que amplíe o rectifique su demanda si fuere oportuno.

El expediente se constituye como una de las claves del control de la Administración, es la fotocopia de cómo se ha llevado el procedimiento, el reflejo de la legalidad o ilegalidad de los actos, del mayor o menor rigor de los funcionarios y autoridades. De ahí que sea capital reforzar su exigencia y la garantía de sus principios básicos⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ Agustín Gordillo, La prueba en el Derecho Procesal Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carias, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, Pág. 317

⁹⁵⁶ Ricardo Rivero Ortega, Comentario a los Artículos 49 a 57 del Código Procesal Contencioso-Administrativo Costarricense de 2006, Revista de Derecho Público, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 61

⁹⁵⁷ Ricardo Rivero Ortega, Comentario a los Artículos 49 a 57 del Código Procesal Contencioso-Administrativo Costarricense de 2006, Revista de Derecho Público, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 61

TERMINO PROBATORIO EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Como lo expresa Nicolás González Cuellar el proceso administrativo arrastró durante muchos años el lastre de su concepción como una segunda instancia, en la que ciertos órganos especializados revisaban la legalidad de los actos adoptados por otros órganos de la Administración. Incluso cuando se dotó de rango jurisdiccional a los órganos encargados de ejercer ese control de legalidad, el carácter revisor de los tribunales administrativos llevó a una parte de la jurisprudencia y a un sector de la doctrina a defender la inadmisibilidad de la prueba en el proceso “contencioso Administrativo”, al entender que en él resultaba innecesario el desarrollo de una verdadera actividad probatoria, debido a que en dicho proceso tan solo cabría discutir cuestiones de derecho y a la concesión de valor probatorio a las afirmaciones de la Administración reflejadas en el expediente⁹⁵⁸.

No obstante, en la actualidad, en la mayoría de países los órganos jurisdiccionales de control han adquirido plenos poderes para juzgar a la Administración. Hoy los tribunales administrativos no se encuentran vinculados a las apreciaciones fácticas realizadas por la Administración y los ciudadanos ostentan un derecho fundamental a combatir tales apreciaciones fácticas utilizando para ello, con entera libertad, la totalidad de los medios de prueba pertinentes.

APERTURA DEL TÉRMINO PROBATORIO

Así las cosas, en los procesos contenciosos al igual que en los procesos ordinarios regulados en el derecho común existen procesos de hecho (en los que se deben probar los argumentos de las partes) y de mero derecho (donde la disputa versa sobre hechos admitidos o la mera aplicación de la ley), en este sentido la Sala ha expresado: que los procesos jurisdiccionales pueden ser clasificados atendiendo a

⁹⁵⁸ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 225

diversos criterios. En razón de su objeto éstos se dividen en: procesos de hecho y procesos de mero derecho. En los últimos, el juzgador conoce sobre los hechos preestablecidos a fin de aplicar la consecuencia jurídica respectiva. De lo anterior se colige que, en la jurisdicción contencioso administrativa un juicio de mero derecho se suscita al configurarse alguno de los dos supuestos siguientes: a) la parte actora presenta una demanda en la cual sólo se discute la aplicación de la ley a un hecho preestablecido, que se fundamentó con documentos públicos o auténticos; b) el administrado presenta su demanda y a pesar de no contar con los documentos pertinentes, los hechos quedan preestablecidos por el expreso consentimiento de las partes (el consentimiento del actor manifestado en la demanda, y de la parte demandada en su informe).

Conforme a lo anterior si el proceso es de mero derecho la causa quedará concluida al contestarse el segundo informe, debiendo la Sala omitir el término de prueba, para pronunciar directamente sentencia dentro de los ocho días siguientes.

No obstante lo anterior, de conformidad al Art. 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, si esto no procediere, será procedente abrir el juicio a prueba por el término de veinte días y en el se practicarán las pruebas que soliciten las partes.

CONCEPTO DE PRUEBA

El termino prueba designa la actividad, impulsada por las partes o incluso por el mismo juez o tribunal, dirigida a lograr el convencimiento del juzgador acerca de la veracidad de las afirmaciones fácticas realizadas normalmente por las partes, y excepcionalmente por el órgano judicial, y que integran el objeto del proceso⁹⁵⁹.

⁹⁵⁹ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 378

Se trata del derecho fundamental que poseen las partes de utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa, para acreditar hechos en todo tipo de procesos y que sean admitidas si resultan pertinentes y útiles⁹⁶⁰.

En este sentido, según el jurista panameño Arturo Hoyos el derecho a aportar pruebas es un elemento esencial en todo proceso ya que en última instancia, la posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso descansa sobre la posibilidad de aportar pruebas al proceso y de contradecir las que la otra parte aduzca. En este sentido la posibilidad de concurrir a la audiencia donde se practican las pruebas, de examinar documentos y de objetarlos, al igual que a los peritos que se presenten en el proceso, integran parte de este derecho a la prueba que a su vez se inserta dentro de la garantía constitucional del debido proceso⁹⁶¹.

Ahora bien, a nuestro juicio, el derecho a presentar pruebas, se circunscribe a las pruebas relacionadas con el objeto del proceso, de tal manera que no podrán tacharse de inconstitucionales las normas jurídicas o los actos de jueces que rechacen pruebas que no estén relacionadas con el objeto del proceso, que sean, pues, inconducentes o manifiestamente dilatorias.

Sobre el tipo de prueba que es posible descargar, la ley no reglamenta expresamente los medios de prueba que pueden utilizarse por lo que debe entenderse que es posible realizar la misma actividad probatoria que establece el Código Procesal Civil y Mercantil.

En este sentido el Código Procesal Civil y Mercantil determina que la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en el Código es decir: documentos, declaración de parte, Interrogatorio de testigos, prueba pericial,

⁹⁶⁰ José Garberí Llobregat, Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, Pág. 265

⁹⁶¹ Arturo Hoyos, Debido Proceso y Democracia, Editorial Porrúa, México, 2006, Pág. 111

reconocimiento judicial y Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de Información.

No obstante, la misma ley aclara que los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.

VALORACION DE LA PRUEBA

Alex Carroca Pérez⁹⁶² señala que “la garantía a la Defensa incluye el derecho a que la prueba practicada sea valorada, se trata de una exigencia insita al desarrollo de toda actividad probatoria”; en el mismo sentido continua el autor diciendo que “aunque se reconociese completamente el derecho de las partes de deducir y asumir todas las pruebas relevantes, se trataría de una garantía ilusoria y meramente ritualística cuando no fuese asegurado el efecto de la actividad probatoria, o sea la evaluación de la prueba de parte del juez en sede de decisión.”

En similar forma se han pronunciado Devis Echandía y Don Juan Pico I Junoy⁹⁶³ el primero al manifestar que la valoración de la prueba constituye el momento culminante y decisivo en la actividad probatoria y el segundo al declarar que “ la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducir de su contenido, resulta el momento más determinante de la actividad probatoria”

Bajo los enunciados del debido proceso, será elemental que se realice una detenida y minuciosa valoración de la prueba que se vierte en el proceso; el apreciar la prueba consistirá en poner precio a la misma, esto es, ver qué grado de verisimilitud

⁹⁶² Alex Carroca Pérez, Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1998

⁹⁶³ Juan Pico y Junoy, El derecho a la Prueba Civil, Editorial Bosh, Barcelona, 1996

presenta en concordancia con los hechos presentados por las partes, y sin la cual produce indefensión. El momento para realizar esta tarea era la sentencia definitiva, apreciación que debe de ser integral, con el fin de fijar los hechos en la sentencia, respaldando así la decisión final.

En cuanto a la valoración de la prueba no encontramos norma alguna que en la ley que establezca con claridad que tipo de sistema de apreciación será el utilizado, por lo que nuevamente se acudirá al Código de Procesal Civil y Mercantil. En este instrumento jurídico se adopta un sistema mixto donde convergen la sana crítica y la prueba tasada, conforme al cual el juez se encuentra obligado en algunos casos a aplicar sus máximas de experiencia, con base a las cuales se convencerá o no de la realidad de una afirmación del hecho efectuado por la parte, y en otros casos su labor se limitará a comprobar si el hecho a quedado o no fijado conforme a lo que la ley dice, independientemente de su convencimiento.

PROPOSICIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

En cuanto a la proposición de la prueba no encontramos disposición legal que revele la manera de hacerlo, por lo que este vacío deberá de llenarse acudiendo a la regulación y fundamentos de normas que rigen situaciones análogas, en concreto mediante la aplicación de la ley subsidiaria del Código Procesal Civil y Mercantil⁹⁶⁴.

Según la normativa procesal apuntada toda prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria del proceso común o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados, como es el caso de la prueba documental que será presentada con la demanda.

⁹⁶⁴ Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, Reflexiones sobre el Ante proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de la Republica de El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, San Salvador, 2006, Pág. 6

Así las cosas, surge el problema que en el proceso contencioso no poseemos una audiencia preparatoria dado que el proceso se compone de formas escritas, opuestas a las Código Procesal Civil y Mercantil, cuyas formas debido a las nuevas tendencias han incluido la oralidad.

No obstante lo anterior, el problema puede ser solucionado de dos distintas maneras: la primera incluyendo de manera jurisprudencial una audiencia preparatoria, que además de servir para el propósito inicial de proponer la prueba, servirá para realizar el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones de las partes y para fijar en forma precisa la pretensión.

Según comenta Montero Aroca esta audiencia sirve para evitar procesos inútiles y actos innecesarios, en primer lugar para plantear y resolver todas las cuestiones procesales, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado sanados los defectos subsanables. Por otro lado queda limitado el ámbito del proceso, es decir, en dejar determinado cuál es el objeto del proceso fijado por el actor, cual es el objeto del debate suscitado por el demandado y sobre que deben versar las pruebas⁹⁶⁵.

En cuanto a la otra forma de solucionar el problema, de no incluirse una audiencia preparatoria, tendrá que ser con la demanda y contestación de la misma que deberán solicitarse todas las pruebas, precluyendo la posibilidad de proponerlas si no son planteadas en este acto.

Con todo, a mi parecer, indiscutiblemente la primera de estas opciones resulta más idónea, ya que las finalidades de la audiencia serian varias, no únicamente la proposición de la prueba, por lo que otras finalidades pueden ser alcanzadas ayudando a la sistematización del proceso.

⁹⁶⁵ Juan Montero Aroca, El Nuevo Proceso Civil, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 447

En lo que respecta a la aportación de pruebas a la Sala de lo Contencioso Administrativo, tradicionalmente se ha entendido que el juez no conoce de otros hechos que los propuestos por las partes, según el aforismo *quod non est in actis non est in mundo*. En principio son las partes los sujetos a quienes les compete el desarrollo de la actividad probatoria⁹⁶⁶.

En efecto, el principio de aportación de parte trae como consecuencia que los litigantes tengan que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso⁹⁶⁷.

No obstante, al tratarse de materia de derecho público, -en que se trata de averiguar la verdad de las circunstancias en que se dieron ciertos hechos-, en este ámbito la prueba es un método jurídico para la verificación de las proposiciones de las partes.⁹⁶⁸ En este sentido, la tendencia ha sido la ampliación de las potestades probatorias del juzgador, a través de las llamadas medidas para mejor proveer, que siguiendo la influencia española, buscan otorgar un mejor panorama de los hechos controvertidos antes de proceder al dictado de la sentencia,⁹⁶⁹ con el objeto de atemperar los efectos del principio dispositivo, evitando que el juzgador sea un espectador que se limite a dar la razón a quien haya hecho mejor uso de los mecanismos procesales.

La mayoría de autores iberoamericanos consideran que esta facultad no es incompatible con el principio dispositivo, pues el juez debe atenerse a los hechos alegados por las partes, pero su imparcialidad le compele a investigar sobre esas alegaciones.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ M. Isabel Huertas Martín, Algunos aspectos de la actividad probatoria en el proceso administrativo, Revista del Poder Judicial, Numero 55, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, Pág. 120

⁹⁶⁷ Joan Picó I Junoy, La Iniciativa probatoria del Juez y sus Límites, Revista del Poder Judicial, Numero 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, Pág. 272

⁹⁶⁸ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, Pág. 179 y 180.

⁹⁶⁹ Enrique Vescovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, 1999, Pág. 47.

⁹⁷⁰ Enrique Vescovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, 1999, Pág. 47.

Por ello creemos que la cláusula democrática, supone un juez contencioso-administrativo con un rol activo, nuevo rol que introduce el principio de verdad real o material y la atenuación del principio dispositivo con una serie de facultades de oficio⁹⁷¹.

Sin embargo, nuestro régimen adopta inequívocamente que el juez debe respetar los límites fijados por las partes (*thema decidendi*), pues se hace énfasis en que las medidas para mejor proveer son para “esclarecer” las proposiciones de las partes.

ORDENACIÓN DEL PROCESO

Así como la instrucción tiende a incorporar al proceso los datos necesarios para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la comparación de la pretensión con el ordenamiento jurídico, la ordenación se limita a procurar su desenvolvimiento hasta llegar al momento final. Consiste en un conjunto de actos, en la actividad procesal, cuya finalidad específica trata de preparar, disponer y conservar los instrumentos aportados mediante la instrucción de la prueba. La ordenación del proceso se realiza mediante el impulso procesal, la dirección procesal y la constancia procesal. El impulso procesal lo constituye aquel acto que tiende a hacer avanzar el procedimiento por cada una de las etapas o fases que lo componen. El acto de impulso actúa en consideración a una situación futura⁹⁷².

ALEGATOS FINALES

Concluido el período de prueba, las partes deben de conformidad al Art. 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo expresar sus alegatos finales por lo que se dará traslado al Fiscal y a las partes por el término de ocho días a cada uno. La finalidad de esta etapa es que las partes tengan la posibilidad de reforzar los

⁹⁷¹ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso Administrativo, Numero 6, Revista de Derecho Publico, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 16

⁹⁷² Manuel Maria Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, Pág. 183.

fundamentos jurídicos de sus alegaciones y manifestar cuanto consideren conveniente en atención a los resultados de la prueba.

Cabe aclarar que no estará permitido plantear cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, pues rige la interdicción de la “mutatio libelli; o lo que es lo mismo, la prohibición de modificar el objeto del proceso, integrado por las pretensiones y resistencias de las partes. Lo anterior debido a que el objeto del proceso debe de permanecer inmutable a lo largo del mismo, ya que en otro caso se vulnerarían los derechos de defensa de la contraparte⁹⁷³.

CAUSAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA.

Como bien lo manifiesta el tratadista Argentino Enrique M. Falcón la sentencia definitiva es la conclusión evidente, natural y sistemática de todo proceso. No obstante, no todos los procesos terminan en una sentencia regular, no todos los procesos terminan con esta sentencia que es el modo normal de terminarlos. El modo normal supone el desarrollo completo del proceso y el cumplimiento de todos sus pasos, de los cuales la sentencia es el último.⁹⁷⁴

De esta forma la palabra decisiva, todo aquello que se ha discutido en el curso del proceso se resume en una decisión, en una providencia, que en palabras del distinguido Procesalista italiano, Piero Calamandrei constituyen el epílogo del drama, el último acto del rito, “la Sentencia”. *Ite missa est. Ite iudicatum est.*⁹⁷⁵

Dicho lo anterior, es de advertir que algunos procesos finalizan antes del dictado de la sentencia, es decir que “abortan” durante su curso, y finalizan por otras vías, a

⁹⁷³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 242

⁹⁷⁴ Enrique M. Falcón, Derecho Procesal, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2003

⁹⁷⁵ Jesús González Pérez, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2001, Pág. 97

través de otros actos, que por oposición a la sentencia (modo normal) se denominan “modos anormales de terminar el proceso”.

Hablar de los modos anormales de terminación del proceso es hablar de la patología del juicio, ya que su objetivo es la de lograr un pronunciamiento de la autoridad competente que despeje la incertidumbre jurídica, decida lo que se debe hacer e imponga una prestación a las partes con pretensiones encontradas; es decir, pues, la sentencia es el objetivo final y lo que originalmente llevó a las partes a solicitar la intervención del aparato jurisdiccional.

No obstante, por muchas circunstancias, -tantas como motivos tienen las personas para acudir a la jurisdicción-, el proceso no culmina en sentencia, sino que termina anormalmente⁹⁷⁶; puede ser que las partes se avinieron, que el proceso no era lo que esperaban, que los sacrificios superan los beneficios, y demás por ese mismo estilo.

Los modos anormales de terminación del proceso son las puertas de salida del proceso; tan recurridas como la misma puerta de entrada, -que es el derecho de acción-, lo que está bien, puesto que el proceso no es un fin en sí mismo, sino que es un mecanismo para lograr la solución de los problemas jurídicos de los particulares, de hacer valer el derecho, de satisfacción de pretensiones, y si todo ello se logra sin que culmine en sentencia, no existe razón valedera para que no existan.

Así, según el Art. 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo el proceso terminará por resolución de la sala, en los casos siguientes:

⁹⁷⁶ José Almagro Nosete y Otros, Derecho Procesal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, Pág. 477

A) POR RESOLVER EL DEMANDADO FAVORABLEMENTE LA PETICIÓN DEL DEMANDANTE

El primero de los supuestos establecidos en la ley donde puede concurrir una terminación anticipada del proceso, se refiere a un supuesto específico que cae dentro de lo que técnicamente se conoce como satisfacción extraprocesal de la pretensión⁹⁷⁷.

El caso específico en mención hace referencia al supuesto en que el Silencio Administrativo haya desplegado sus efectos y que con posterioridad se dicte una resolución administrativa que revoque el acto tácito.

De conformidad a la Constitución de la República de El Salvador (Art.18), sabemos que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa a las autoridades legalmente establecidas; a que se resuelvan y que se les haga saber lo resuelto. De esta manera adquiere vigencia en nuestro ordenamiento el derecho fundamental de petición y el derecho correlativo a su respuesta⁹⁷⁸.

El silencio administrativo garantiza fundamentalmente al ciudadano el ejercicio del derecho de petición y respuesta⁹⁷⁹. No obstante, recordemos que la vigencia del Silencio Administrativo y sus correlativos efectos de denegación presunta, no eximen de ninguna manera a la Administración de resolver expresamente las peticiones pendientes, manteniéndose vigente dicha obligación.

En caso que la administración no se haya pronunciado cuando haya debido hacerlo, y se inicie un proceso contencioso Administrativo por un acto que contenga una

⁹⁷⁷ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, Pág. 210

⁹⁷⁸ Jorge Córdoba Ortega, El Derecho de Petición como Garantía Fundamental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 1997, Pág. 32

⁹⁷⁹ Jorge Córdoba Ortega, El Derecho de Petición como Garantía Fundamental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 1997, Pág. 32

denegación presunta, existirá la posibilidad que durante la tramitación del proceso exista una manifestación expresa de la Administración, que en caso de ser favorable hacia el ciudadano, evite la continuación del proceso, debido a que han desaparecido las causas que motivaron la pretensión del demandante.

B) POR DESISTIMIENTO DEL ACTOR, SIN QUE SEA NECESARIO LA ACEPTACIÓN DEL DEMANDADO;

Desistimiento es el acto jurídico-procesal del demandante por el que éste manifiesta expresamente su voluntad de que el proceso ya no siga⁹⁸⁰. Tradicionalmente en nuestro derecho Procesal se entendía que comprendía la renuncia al proceso iniciado, pero sin que se afecte de alguna manera la pretensión procesal, este escenario posibilita su futura proposición, causa por la cual normalmente debe ser aceptada por la parte demandada.

No obstante, por razones de conveniencia (abreviación de los trámites, librarse de procesos en que las partes han perdido interés), el legislador ha dispuesto que no es necesaria la aceptación en el Contencioso Administrativo.

El desistimiento en todo caso será personal, o sea, que debe ser expresado por la parte propiamente dicha o por su representante legal⁹⁸¹, siempre que tenga facultades para ello; por su parte, el procurador necesita poder especial para plantearlo, y por la misma razón no afecta a litisconsortes, comuneros o copropietarios.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Sala el desistimiento ha sido definido como la renuncia a los pedimentos formulados en el proceso o a una determinada

⁹⁸⁰ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapara Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 473

⁹⁸¹ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapara Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 473

actuación. Dicha forma de terminación anticipada del proceso está contemplada como una facultad del actor, aunque no hace referencia específica respecto del objeto del desistimiento⁹⁸². (Resolución interlocutoria del 15/XII/2004, referencia 71-F-2002).

C) POR EXPRESA CONFORMIDAD DEL DEMANDANTE CON EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.

Este tipo de terminación supone que el administrado, durante el transcurso o trámite del proceso manifieste su conformidad con el acto administrativo que impugno.

Esta adhesión a la declaratoria de voluntad de la Administración puede ser expresada en forma verbal, escrita o plasmada en signos inequívocos que denoten la indubitable aceptación del mismo, sin que se requiera una formulación literal de conformidad. Ello se podrá traducir en la realización de actos por parte del demandante que indiquen claramente su disposición de cumplir dicho acto reclamado o admitir sus efectos, como es emitir una declaración en que se exime de toda responsabilidad a la institución demanda.

El anterior supuesto no debe confundirse con lo doctrinalmente se conocen como actos consentidos es decir aquellos en los cuales se ha realizado una manifestación de conformidad, ya sea expresa o tácitamente. La diferencia entre ambas figuras radica que el acto consentido se producirá con precedencia a la iniciación del proceso Contencioso Administrativo, en cambio la conformidad a la que se refiere el Art. 40 Literal C de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo se refiere una vez iniciado el proceso, es decir cuando la maquinaria judicial ya ha iniciado su curso.

⁹⁸² Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del quince de diciembre del año 2004 en el juicio referencia 71-F-2002

D) POR NO RENDIRSE PRUEBA SOBRE LA EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO, CUANDO AQUÉLLA FUERE NECESARIA;

Hemos dicho que el suceso que indiscutiblemente da origen y comienzo a toda contienda contencioso administrativo, es precisamente el dictado de un acto administrativo que lesione derechos de los particulares. En este sentido toda contienda procesal al menos en el ordenamiento jurídico procesal Salvadoreño versará y se circunscribirá a la aquiescencia de que los actos Administrativos dictados por la Administración son conformes con el ordenamiento jurídico.

El acto administrativo constituye por tanto un requisito sine qua non para poder entrar a satisfacer la pretensión, siempre y cuando la autoridad demandada no lo haya asentido. Como consecuencia de lo dicho el órgano jurisdiccional no puede entrar a verificar si ha existido violación al principio de legalidad cuando se carece de este fundamento esencial del sustrato fáctico de la pretensión.

En este orden de ideas la jurisprudencia de la Sala ha dictaminado reiteradamente que en el proceso debe existir al menos un mínimo de actividad probatoria que acredite la existencia del acto, cuando la autoridad niega la existencia del mismo; en este sentido, la Sala ha dispuesto que cuando la autoridad demandada niega la existencia del acto corresponde al demandante probarlo. En concordancia con lo expuesto, la falta de prueba de la existencia del acto impugnado, conllevará a la terminación del proceso⁹⁸³. (Resolución interlocutoria del 18/IX/1998, referencia 119-A-97).

En igual sentido, las resoluciones interlocutorias del 15/VII/2002, referencia 20-Z-2001; del 29/VII/2002, referencia 177-M-2000; del 8/VIII/2002, referencia 123-G-2002; del 18/IX/1998, referencia 119-A-1997; y del 21/X/2003, referencia 70-F-2002.

⁹⁸³ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del dieciocho de septiembre 1998 en el juicio referencia 119-A-97.

E) POR REVOCACIÓN DEL ACTO IMPUGNADO

La finalización por la revocación del acto impugnado, se refiere a que una vez iniciado la causa, la administración, unilateralmente, hace desaparecer las causas que motivaron la pretensión del demandante. Se hablará en este caso de una satisfacción extraprocésal de la pretensión por parte de la administración demandada⁹⁸⁴. En estos casos la administración reconocerá en vía administrativa las pretensiones del demandante, vale decir dejará sin efecto el acto en la vía procesal administrativa⁹⁸⁵. En estos supuestos, habrá una cesación de la materia litigiosa, un desvanecimiento del objeto de la acción.

Esta satisfacción extraprocésal de las pretensiones es indudablemente una actividad administrativa regulada por el derecho administrativo, pero como la administración al ejercer su potestad de revocar lo hace cuando existe un proceso pendiente, cuyo objeto es una pretensión dirigida a impugnar un acto sobre el cual recae la facultad de revocación de la administración, el derecho procesal no puede desentenderse del problema. Por ello debe estudiar la repercusión en el mundo del proceso de la revocación acordada en vía administrativa. Si bien es cierto que la administración, procediendo en sede administrativa a extinguir el acto o contrato que lesionara los derechos subjetivos o intereses legítimos de las partes, ha llegado a la satisfacción extraprocésal de la pretensión del demandante, no es posible admitir que esta facultad de la administración pueda ejercerse sin límite. Así la administración no puede revocar los actos declarativos de derechos. En consecuencia, si el acto impugnado en sede judicial es declarativo de derechos que corresponden a otros particulares distintos del que inició el proceso, es lógico que la administración no pueda revocarlo⁹⁸⁶. Por lo demás, la iniciación del proceso no amplía la esfera de la

⁹⁸⁴ Faustino Cordon Moreno, El Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág.191

⁹⁸⁵ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez-Zapara Pérez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 476

⁹⁸⁶ Jorge Enrique Santos Rodríguez, Construcción Doctrinaria de la Revocación del Acto Administrativo Ilegal, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, 117 y sigs.

administración. Vale decir que aún en este supuesto, o sea que aún iniciado el proceso, la administración no tendrá facultades para revocar los actos declarativos de derechos, porque si así lo hiciera, podría afectar a otros particulares que no han iniciado el proceso.

El acto administrativo desfavorable al administrado puede ser revisado y revocado por la autoridad que lo dictó, pese a encontrarse aquél en conocimiento de la Sala: “El Art. 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, contempla las formas anormales de terminación del proceso contencioso, entre ellas la revocación del acto impugnado, naturalmente, si el acto cuya legalidad se discute desaparece del mundo jurídico, carece de objeto la tramitación del juicio, por lo cual debe darse por terminado⁹⁸⁷.” (Sentencia del 17/V/2002, referencia 119-S-2001).

En igual sentido, las resoluciones interlocutorias del 10/VII/2002, referencia 47-L-2000; y del 5/IX/2003, referencia 33-U-2002.

F) POR FALLECIMIENTO DEL DEMANDANTE, SI EL ACTO IMPUGNADO AFECTARE ÚNICAMENTE A SU PERSONA.

La citada disposición legal prevé la terminación anormal del proceso por la muerte del demandante, cuando el acto le afecte únicamente a éste. Es decir, cuando ese hecho prive de razón de ser la continuación del proceso, o cuando la pretensión del demandante sea intrasferible conforme a las reglas del derecho común. Como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico y lo sostiene la doctrina es regla general en el Derecho Procesal, que el fallecimiento del demandante no produce necesariamente la terminación del proceso, ya que sus herederos podrán sustituirle en su posición procesal. No obstante, esta regla se quiebra cuando lo discutido en el proceso es una situación jurídica personalísima, que no es transmisible a los herederos. En este

⁹⁸⁷ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del diecisiete de mayo de 2002 en el juicio referencia 119-S-2001.

caso, el fallecimiento del demandante determina la terminación del proceso. Al respecto Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo, t. III, Madrid, España 2002 expresa que para que un hecho haga inútil la continuación del proceso, es absolutamente necesario que, una vez producido, carezca de sentido la sentencia. Así, en el supuesto de muerte del demandante cuya pretensión se hubiere referido a situaciones jurídicas personalísimas, es necesario que tampoco quepa la posibilidad de una indemnización de daños y perjuicios sustitutiva del reconocimiento de la pretensión, en cuyo caso tendría sentido la continuación del proceso por los causahabientes. Como, asimismo, podría tener sentido la continuación cuando el honor lesionado del demandante fallecido pudiese quedar reparado pro la sentencia absolutoria. En sentido inverso González Pérez en Manual de Práctica Forense Administrativa explica que el acto de destitución, que extingue la relación jurídico-laboral, conlleva una serie de efectos que alteran la esfera jurídica del administrado. La consecuencia principal es la cesación definitiva de esa relación, la separación del cargo. La función, labor o prestación personal ejercida por el empleado o trabajador tiene un carácter personalísimo. Claramente ningún heredero del demandante puede reclamar que se le reinstale en sustitución de su causante. Sin embargo, no todas las consecuencias propias que despliega el acto de destitución afectan situaciones jurídicas personalísimas o intransmisibles. En consecuencia, la sustitución por parte de los herederos en la pretensión de declaratoria de ilegalidad y consiguiente pago de salarios y de indemnización, que han de decidirse en sentencia, otorgan razón de ser a la continuación del proceso promovido por los herederos del demandante⁹⁸⁸.(Resolución interlocutoria del 15/VI/2005, referencia 94-V-2003).

G) COSA JUZGADA

La ley al referirse que será una causa de terminación el haber ejercitado la misma acción en un juicio anterior que hubiere terminado de conformidad con esa ley, que

⁹⁸⁸ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del quince de junio de 2005 en el juicio referencia 94-V-2003

trate de las mismas personas, o causahabientes, de la misma causa o motivo y sobre un mismo acto, hace una referencia indiscutible a la Cosa Juzgada⁹⁸⁹.

Doctrinariamente se puede distinguir entre Cosa Juzgada Formal y Cosa Juzgada Material, el supuesto demarcado en la ley hace alusión al segundo de estos. La cosa juzgada material o de fondo alude al carácter irrefutable, indiscutible e inmodificable de las decisiones, es decir, consiste en una verdad legal que ya no puede ser rebatida desde ningún punto de vista y en ninguna oportunidad, indiciando su condición de inimpugnable. La finalidad de la cosa juzgada, es la de dar certeza y definitividad a las situaciones jurídicas sancionadas, para que los litigios no puedan volver a replantearse indefinidamente.

Para que exista Cosa Juzgada la doctrina y la jurisprudencia exigen una estricta identidad de sujetos, causa y objeto. Los autores llaman a esta la tesis de las tres identidades y tiene general acogida entre los legisladores que se derivan, como la nuestra, del Código Napoleónico.

Sobre este punto nuestra jurisprudencia ha sentenciado que: “Para que pueda proceder como excepción, deben concurrir entre los elementos las identidades de: SUJETOS, OBJETO Y CAUSA. La identidad de sujetos, se refiere a que la demanda sea entre las mismas partes y propuesta por ellas y contra ellas o sus causahabientes a título singular o universal, y con la misma calidad; la de objetos, se refiere a que la cosa demandada sea la misma y por último, la identidad causa, se identifica con el hecho o conjunto de hechos constitutivos del derecho que se hace valer con la acción.”

⁹⁸⁹ Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, Pág. 325.

SENTENCIA.

Una vez realizados los alegatos finales, corresponderá al Tribunal Contencioso Administrativo, examinar la pretensión del demandante y la correlativa oposición o resistencia de parte del demandado. En este sentido, la sentencia constituye el acto de finalización normal y corriente en el proceso de cognición, y mediante el cual el tribunal, de forma motivada y en aplicación del ordenamiento jurídico, decide satisfacer o dejar insatisfechas las pretensiones y resistencias deducidas por las partes.

Sobre el concepto de sentencia, el procesalista Ugo Rocco⁹⁹⁰, expresa que sentencia es el acto, por el cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional destinado a tal fin, al aplicar la norma al caso concreto, declara qué tutela jurídica concede el derecho objetivo a un interés determinado.”

Chiovenda⁹⁹¹ por otro lado, la define como “la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien al demandado.”

Para Carnelutti, es la “que cierra el proceso en una de sus fases”, y se distingue de las interlocutorias en que éstas se pronuncian durante el curso del proceso sin terminarlo.

Finalmente para Guasp⁹⁹², sentencia es el acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su opinión sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte

⁹⁹⁰ Ugo Rocco, Derecho Civil, Roma, 1950 Pág. 279

⁹⁹¹ Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Pág. 174

⁹⁹² Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968, Pág. 510

con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión.”

En cuanto a sus requisitos extrínsecos o de estructura no existe diferencia entre las sentencias en los procesos Contenciosos Administrativos y los de los procesos Civiles, por lo que no se puede hablar de especialidad alguna en este tipo de procesos. No obstante quizás los requisitos más importantes de los cuales hay que hacer mención son la congruencia y la motivación.

La congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de la petición⁹⁹³. En este sentido la congruencia supone la coherencia entre la pretensión y la sentencia⁹⁹⁴.

Bajo estos supuestos, el juez esta obligado a dar una respuesta a las pretensiones de las partes; de la manera que, si no lo hace, si responde más o menos o en algo distinto a lo pedido, habrá incongruencia⁹⁹⁵.

Lo fundamental para cumplir la congruencia es que el fallo respectivo resuelva plenamente y sin exceso las peticiones de las partes, no incurriendo en vicios: *citra petitem* (cuando se deja imprejuzgada alguna cuestión), *ultra petitem* (cuando el tribunal conceda mas de lo solicitado) o *extra petitem* (cuando se concede algo no solicitado)⁹⁹⁶.

En cuanto al deber de motivación se extiende, como es bien sabido, a todas las decisiones de los poderes públicos, su objetivo es convencer al destinatario,

⁹⁹³ Santiago González-Varas Ibañez, El principio de congruencia en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Jurisprudencia y cambios tras la LJCA DE 1998, Revista Justicia Administrativa, Numero extraordinario, Editorial Lex Nova, 1999 Pág. 66

⁹⁹⁴ Antonio Alfonso Pérez Andrés, Efectos de las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 38

⁹⁹⁵ Alejandro Nieto, Motivación de las Sentencias, Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 2223

⁹⁹⁶ Antonio Alfonso Pérez Andrés, Efectos de las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 40

convencerlos logrando la aceptación o adhesión a lo que se está diciendo⁹⁹⁷. Tanto el legislador (en las Exposiciones de Motivos de sus textos), como la Administración (en sus reglamentos y resoluciones) y los jueces y tribunales deben explicar las razones de sus actos. En el caso del poder judicial, por su propia naturaleza y función, la necesidad de explicar adecuadamente las interpretaciones de las normas sustantivas y procesales que realiza es la base de su legitimidad⁹⁹⁸.

Sobre la motivación podemos decir que consiste en la exposición de los circunstancias tanto de derecho como fácticas que impulsaron a la autoridad judicial a pronunciar determinada resolución⁹⁹⁹. Constituye así, la respuesta a las alegaciones que las partes han presentado¹⁰⁰⁰.

La motivación, según Jesús González Pérez, constituye una exigencia del Principio de Tutela Judicial Efectiva, Protección Jurisdiccional o Debido Proceso, cuya trasgresión constituiría una violación constitucional¹⁰⁰¹.

La motivación toca directamente con el principio constitucional de publicidad¹⁰⁰² y con el derecho de defensa¹⁰⁰³. Esa necesidad de motivar los actos, afirma la Corte Constitucional, se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. El particular tiene derecho a conocer la actuación de los jueces y los motivos con los que éstos han juzgado.

⁹⁹⁷ Alejandro Nieto y Tomas Ramón Fernández, *El Derecho y El Revés*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, Pág.191

⁹⁹⁸ Ricardo Rivero Ortega, *Comentarios a los Artículos 49 a 57 del Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense de 2006*, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007 Pág. 61

⁹⁹⁹ José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal*, Editorial Aranzadi, Navarra, Pág. 164

¹⁰⁰⁰ Alejandro Nieto, *Motivación de las Sentencias, Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 2223

¹⁰⁰¹ Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989, Pág. 187

¹⁰⁰² Marcos M. Fernando Pablo, *La Motivación del Acto Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, Pág.152

¹⁰⁰³ Vicente Gimeno Sendra y Otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 429

La publicidad es de esencia en un sistema democrático, en cuanto abre la posibilidad de que los actos del tribunal sean fiscalizadas, evitando actuaciones procesales ilegítimas, al margen del conocimiento de los contendientes, quienes de esta manera podrán hacer valer sus derechos de audiencia, de defensa y de contradicción, utilizando, en su caso, con toda oportunidad, los medios de impugnación previstos por la ley¹⁰⁰⁴.

El deber de motivación se desprende también del derecho de seguridad jurídica contenido en el artículo 2 de la Constitución de la República, ya que con fundamento en éstos, se impone a los jueces la obligación de motivar sus resoluciones, con la finalidad de que la persona afectada en cualquiera de sus derechos fundamentales a consecuencia de los pronunciamientos jurisdiccionales, conozca las razones que llevaron al juez para proveer su decisión, de manera que si se encuentra inconforme con la resolución judicial pueda defenderse utilizando los medios impugnativos que la ley prevé. Y es que en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial no expone los motivos que justifican su pronunciamiento, se provoca en el ciudadano incertidumbre en cuanto a las razones de la decisión judicial, lo cual a la vez genera dificultad para utilizar los recursos, incidiéndose directamente en el derecho de defensa.

Cabe aclarar que la motivación no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales, por el contrario lo único que garantiza es la obtención de respuesta, en principio sobre las pretensiones de fondo, las cuales deben estar debidamente fundadas en Derecho¹⁰⁰⁵.

Finalmente, la falta de motivación de las resoluciones produce arbitrariedad y en ningún momento crea dentro de las garantías del favorecido seguridad jurídica, por

¹⁰⁰⁴ Gonzalo Armienta Calderón, Los principios rectores del proceso, Investigaciones Jurídicas, Volumen XI, Numero 69, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2000, Pág. 132

¹⁰⁰⁵ Celestino Salgado Carrero, El Derecho a la Ejecución de las Sentencias como manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Revista del Poder Judicial, Numero 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, Pág. 81

tanto los funcionarios encargados de impartir justicia deben ser ordenados al emitir sus resoluciones, detallando las razones por las cuales las adoptan y fundamentando las mismas en sus respectivas disposiciones legales, es importante reiterar que la exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial, muy al contrario se precisa de una «fundamentación en derecho», es decir, que la resolución evidencie de manera incuestionable que su razón de ser es la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, bien entendido que con dicha exigencia no se garantiza el acierto de la argumentación jurídica, ni tampoco el triunfo de la pretensión en la demanda.

CLASIFICACIÓN DE SENTENCIAS.

En cuanto a la clasificación de sentencias, debe decirse que las sentencias no contienen siempre pronunciamientos sobre el fondo, ya que puede ocurrir que concurren incumplimientos en cuanto a presupuestos procesales o que se declara la inadmisión de la pretensión. En este orden de ideas puede distinguirse según la doctrina entre sentencias absolutorias de la instancia o inhibitorias y por otro lado las denominadas sentencias de fondo, en ambos casos existiendo obligación de un pronunciamiento sobre las costas daños y perjuicios¹⁰⁰⁶.

En cuanto a las sentencias absolutorias de instancia pueden darse como dijimos por motivos de ausencia de presupuestos o requisitos procesales que evitan que la Sala pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto, constituyendo su apreciación una obligación, tanto si han sido alegados estos supuestos por las partes, como si son tomados en consideración de oficio¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 243

¹⁰⁰⁷ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 426

Debe resaltarse que el momento de la declaración inadmisibilidad, en virtud de incumplimientos de los presupuestos y requisitos procesales no sólo puede realizarse en la sentencia definitiva, sino puede ser efectuada mediante resoluciones interlocutorias. En general los motivos arriba mencionados se concretan en que exista caducidad a la hora de interposición de la demanda, que sean actos consentidos o repetición de anteriores, y finalmente que pueda tratarse de materia excluida o ajena del contencioso, entre otros.

Cabe apuntar que el debido proceso exige la posibilidad a las partes de efectuar la subsanación de los defectos procesales; el Art. 15 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo prescribe que se podrá prevenir al peticionario sobre requisitos de la demanda que puedan afectar el conocimiento de la pretensión. En este sentido debe entenderse que cuando existe un defecto procesal subsanable debe otorgarse la oportunidad para aclarar o corregir oportunamente esta falla, y solo en caso de no hacerlo motivara la declaratoria de inadmisibilidad¹⁰⁰⁸. Lo anterior es importante dado que muchas veces la apreciación de estos defectos reparables en la sentencia definitiva podrían perturbar el resultado del proceso, debido a que si se hubiera apreciado con anterioridad la consecuencia hubiera sido más favorable para el ejercicio de la tutela del Actor.

Por otro lado, puede suceder que las sentencias se refieran al fondo del litigio poseyendo un contenido estimatorio o desestimatorio de la pretensión¹⁰⁰⁹.

Las sentencias desestimatorias se producen cuando la Sala considera conforme a Derecho la actuación administrativa que ha sido sometida a revisión jurisdiccional, en

¹⁰⁰⁸ Eduardo García de Enterría, El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos, Revista de Administración Pública, Numero 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, Pág. 271

¹⁰⁰⁹ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Arca, Pamplona, 2000, Pág. 180

estas circunstancias el contenido de la sentencia será mera declarativa, consistente en un pronunciamiento favorable sobre la legalidad del acto administrativo¹⁰¹⁰.

En contraposición, puede ser que la Sala después de haber realizado el análisis correspondiente entienda que el acto o la disposición impugnada infringe el ordenamiento jurídico estimando la pretensión del demandante total o parcialmente¹⁰¹¹.

El contenido de las sentencias estimatorias no solo es declarativo sino de condena o constitutivas, todo en congruencia con la pretensión ejercida¹⁰¹². La sentencia en este sentido realiza un pronunciamiento en cuanto a la procedencia de la acción, declarando que el acto impugnado no es conforme a derecho, en virtud que se emitió en infracción del ordenamiento jurídico; y finalmente decretando la anulación, ya sea parcial o total del acto administrativo¹⁰¹³.

La sentencia puede asimismo contener en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que en concreto se formula para que el tribunal reconozca una concreta situación jurídica alterada por el acto impugnado a favor de una persona natural o jurídica¹⁰¹⁴.

Finalmente, para obtener un total disfrute de la situación jurídica, no bastará su mero reconocimiento. Sino, en casos será necesario que se restablezca la situación existente antes de la perturbación que ha motivado la pretensión. De aquí que se

¹⁰¹⁰ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, Pág. 426

¹⁰¹¹ Antonio Alfonso Pérez Andrés, Efectos de las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 58

¹⁰¹² Alejandro Huergo Lora, Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 43

¹⁰¹³ Edmundo Orellana, Los Sujetos y El Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993, Pág. 129

¹⁰¹⁴ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 140

pretenda, además del reconocimiento, la adopción de las medidas conducentes al restablecimiento¹⁰¹⁵.

RECURSOS

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la República de El Salvador, detenta la exclusividad del juzgamiento de las controversias reguladas por el Derecho Administrativo, siendo el único Tribunal, en razón de la materia, territorio y grado. En efecto, el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, estatuye que: “Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo.” Asimismo el Art. 5 del mismo cuerpo legal preceptúa que la Sala extiende su competencia a todo el territorio de la República.

El carácter de único Tribunal acarrea la consecuencia de una falta de recurso ordinario de apelación o de extraordinario de casación, que revise lo sentenciado.

En la actualidad la Ley contempla un único recurso denominado de aclaración tramitado y resuelto por la misma Sala, que se interpone para la corrección de errores materiales o bien para la explicación de conceptos oscuros que aparezcan en la parte dispositiva del fallo, no existiendo posibilidad de revocar su sentido original. Cabe señalar que el término sentencia ha sido interpretado restrictivamente, en el sentido que su procedencia se limita a las sentencias definitivas, a las que resuelven el asunto principal. No comprende las denominadas interlocutorias¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa(Ley 29/1998 de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 853

¹⁰¹⁶ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de fecha 14 de agosto de 2006, en el Proceso de Referencia 73-2005, donde se declara improcedente el Recurso de Aclaración en vista de sólo ser procedente para la impugnación de sentencias definitivas y con el fin de enmendar errores materiales o esclarecer o explicar conceptos que puedan generar confusión sobre lo que la Sala expresó en la parte dispositiva de la Sentencia.

En todo caso, mediante el recurso de aclaración, no será posible mutar el contenido de la decisión adoptada. En este sentido, a tenor de lo establecido en la ley constituirá un mecanismo para enmendar errores materiales o esclarecer y explicar conceptos que puedan generar confusión sobre lo que quiso decir la Sala. En consecuencia los alcances de la modificación no es cambiar el sentido de la sentencia, ni realizar cuestionamientos sobre sus razones de fondo.

La configuración actual como único tribunal para conocer en materia Contencioso-Administrativo surge de la configuración del proceso contencioso como juicio de única instancia que a lo largo de los años ha traído consigo variadas críticas, ya que no existen medios de impugnación ante un órgano superior en grado, el fundamento actual de una doble instancia es la necesidad de controlar y evitar los errores y el arbitrio Judicial¹⁰¹⁷.

Así, los fundamentos sociológicos de todo recurso se centran en la falibilidad humana¹⁰¹⁸, que desde hace tiempo el mismo Ulpiano justificaba con el fin de poder emendar las injusticias o impericias de los jueces¹⁰¹⁹.

La falta de recursos de la sentencia definitiva ha provocado un debate acerca de la necesidad de articularlos, a efecto de darle cumplimiento al Debido Proceso, que comprende dentro de sus exigencias, la disposición de parte del agraviado con la Sentencia de interponer recursos, siendo los más usuales el de Apelación y el de Casación¹⁰²⁰. En principio la doctrina y el derecho comparado comparten esta posición.

¹⁰¹⁷ Vicente Gimeno Sendra y Otros, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant Blanch, Valencia, 1991.

¹⁰¹⁸ Juan Antonio Robles Garzón, Los recursos en la nueva ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Revista del Poder Judicial, Numero 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, Pág. 374

¹⁰¹⁹ Ulpiano, Digesto 49,1,1, García Garrido, Derecho Privado Romano, Instituciones, Madrid, 1982, Pág. 160

¹⁰²⁰ Juan Antonio Robles Garzón, Los recursos en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Revista del Poder Judicial, Numero 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

No han faltado las posiciones que sustentan el mantenimiento del Status Quo, aduciendo el Principio de Celeridad. Para acceder a la jurisdicción Contenciosa-Administrativa en El Salvador se requiere el agotamiento de la vía administrativa, circunstancia que se torna más compleja debido a que el silencio administrativo no se regula a plenitud y se limita a cuando no exista ulterior recurso jerárquico y que fatalmente determina que el paso por todos los recursos administrativos dilaten entre año y medio y dos años. Pero la demora se prolonga en promedio por dos años más en la instrucción y decisión del Proceso Administrativo. Al instaurarse los Recursos de Apelación o de Casación en los Procesos Administrativos, tendría que esperarse al menos un año más la decisión definitiva de las controversias, que en conjunto desde su aparición esperarían aproximadamente cinco años para su definición completa é irrevocable.

La justicia debe ser oportuna, pronta. ¿Cómo conciliar la existencia de recursos con la celeridad, con la urgencia de resolver los conflictos en que los intereses públicos se encuentren comprometidos, más allá de un plazo razonablemente aceptable¹⁰²¹?

Desde mi punto de vista la posible solución a esta dilema puede lograrse sin la instauración de un sistema de recursos sino más bien mediante una distribución de los procesos, creándose para el efecto nuevos organismos jurisdiccionales departamentales o Juzgados de proximidad¹⁰²² que conocieran únicamente de los casos vinculados con Gobiernos locales, así como determinar los casos de menor cuantía que según la región podrían ser conocidos por los mismos; este escenario considero que ayudaría considerablemente a descongestionar la Sala de lo Contencioso, sin prologar la incertidumbre en que puedan encontrarse tanto las administraciones como los particulares.

¹⁰²¹ Santiago Muñoz Machado, El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 25, Editorial Civitas, Madrid, 1980

¹⁰²² Jesús González Pérez, Los Atentados al modelo de justicia de la Constitución de 1978, Numero 134, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2007, Pág. 245

En cuanto esta solución, debe aclararse que el aumento de jueces o instancias no constituye una solución por si misma, sino dependerá de una distribución eficaz y planificada¹⁰²³. Esta propuesta cumple asimismo con el principio democrático que exige un acercamiento de la justicia, concretamente la administrativa, al ciudadano; objetivo que se puede lograr a través de esta regionalización de tribunales, ya que es obvio que el acceso a la justicia no se satisface con un tribunal que tiene un asiento exclusivo en la capital¹⁰²⁴.

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

La ejecución de las sentencias le corresponde a los tribunales de conformidad con el Art. 172 de la Constitución, en ese sentido la Sala ha sostenido que: “La prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuere cumplido. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada en derecho, sino, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto¹⁰²⁵.” (Sentencia del 26/VI/1998, referencia 70-M-94). Se parte del supuesto que, sin la ejecución todo lo demás no sirvió para casi nada¹⁰²⁶.

La ejecución de las sentencias dictadas contra la Administración constituye un elemento clave de la efectividad de la justicia Contencioso-Administrativo, de la garantía del derecho a la protección jurisdiccional del administrado y del mantenimiento del principio de legalidad de la actuación administrativa, pues en última instancia se traduce en la aplicación definitiva de la concreta norma que regula

¹⁰²³ Alejandro Nieto, La Administración de Justicia y El Poder Judicial, Revista de Administración Pública, Numero 174, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 40.

¹⁰²⁴ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 15

¹⁰²⁵ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del veintiséis de junio de 1998 en el juicio referencia 70-M-94

¹⁰²⁶ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 142

la relación entre las partes en conflicto, Administración y administrado, tal y como ha sido interpretada por la sentencia¹⁰²⁷.

Por otro lado el principio democrático demanda instrumentos adecuados y necesarios para ejecutar lo juzgado, propiciando el control democrático efectivo de toda la conducta o función administrativa¹⁰²⁸. Vedar, de alguna forma, la posibilidad de los de ejecutar sus mandatos implica el avasallamiento del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰²⁹.

El sistema se debe fundar en la independencia judicial, controlando al Ejecutivo y al Legislativo, se trata de un control definitivo donde existe subordinación y por tanto el Poder Ejecutivo se encuentra sujeto al imperium del juez¹⁰³⁰.

Por ello, corresponde a los órganos jurisdiccionales en el seno del procedimiento de ejecución interpretar y fijar el alcance del fallo a ejecutar y el modo de hacerlo, y en consecuencia, también les incumbe a aquellos de forma exclusiva la función de adoptar medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de lo mandado¹⁰³¹.

La sentencia estimatoria tiene por finalidad reparar el daño o lesión causado en la esfera jurídica del administrado, que por regla general dicha restitución del derecho se verifica *"in natura"*. No obstante, cuando la restitución no se realice de pleno derecho, la Sala ha sostenido que en relación al efecto restitutorio de la sentencia, el inciso segundo del Art. 32 de la LJCA establece que cuando la sentencia declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias necesarias para el pleno restablecimiento del derecho violado. En tal

¹⁰²⁷ Isaac Martín Delgado, Función Jurisdiccional y ejecución de Sentencias en lo Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 19

¹⁰²⁸ Ernesto Jinesta Lobo, Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso Administrativo, Numero 6, Revista de Derecho Publico, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007, Pág. 16

¹⁰²⁹ Pedro Aberastury, Ejecución de Sentencias contra el Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 1712

¹⁰³⁰ Miguel Alejandro López Olvera, La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Pág. 145

¹⁰³¹ Celestino Salgado Carrero, El Derecho a la Ejecución de las Sentencias como manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Revista del Poder Judicial, Numero 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, Pág. 111

sentido, frente a una sentencia estimatoria de su pretensión, el demandante tendrá derecho a que el Tribunal restituya la situación jurídica vulnerada por el acto declarado ilegal.

Las sentencias que declaran la ilegalidad de alguna actuación de la Administración Pública generalmente implican que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, pero existen algunas ocasiones en que los efectos de la sentencia no se limitan a reparar el daño causado, sino que además evitan los futuros daños que puedan generar conductas que tiendan a hacer nugatoria la protección de la sentencia. Sobre este efecto prohibitivo la Sala ha sostenido que: “Las sentencias dictadas por esta Sala tienen como finalidad principal la declaratoria de legalidad o ilegalidad del acto administrativo impugnado. En los supuestos de una declaratoria de ilegalidad, para hacer efectiva la sentencia, dicho pronunciamiento se encuentra acompañado de una medida para el reestablecimiento de la situación jurídica violentada, que por regla general implica un hacer para la Administración Pública. Se afirma una regla general puesto que existirán ocasiones en que la medida únicamente implique una orden de abstención –de no hacer– para la Administración Pública, dicha abstención se denomina en doctrina el “efecto prohibitivo” de la sentencia. El citado efecto implica que la Administración Pública no podrá ejecutar o llevar a cabo actuaciones en el futuro que vayan en detrimento de la situación jurídica tutelada. De tal forma que cualquier acto posterior de la Administración que tenga como resultado ejecutar el contenido de la actuación declarada ilegal, y por tanto alterar el goce de una situación jurídica concreta, implica un incumplimiento de la sentencia de mérito dictada por este Tribunal. El citado incumplimiento no es jurídicamente admisible ya que aceptar tal circunstancia conllevaría aceptar cargar al administrado con la obligación de ejercitar una cadena de impugnaciones tendientes a dotar de eficacia a la protección jurisdiccional que se ha otorgado mediante una sentencia. Las valoraciones anteriores son aplicables perfectamente a la ejecución de las sentencias dictadas por esta Sala, en cuanto el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordena que se deben dictar las providencias

pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado. Dichas providencias serán concretadas en cada caso específico mediante un análisis de la Sala al momento de dotar de eficacia a sus sentencias¹⁰³².” (Sentencia del 28/II/2005, Referencia 27-U-2001).

Cuando la autoridad administrativa se niega a cumplir la sentencia dictada por la Sala, ésta tiene la posibilidad de emplear medios coactivos que permitan su cumplimiento, así en el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) se estatuye que cuando la autoridad demandada no cumple la sentencia, no obstante habersele requerido al efecto, la Sala la hará cumplir coactivamente. Además, se mandará procesar al desobediente, quien quedará desde ese momento en suspenso en el ejercicio de sus funciones, aplicándose en lo pertinente el Art. 215 de la Constitución (241 de la Constitución vigente). Todo lo anterior, sin perjuicio de las acciones que puedan incoar los interesados, de conformidad con la ley, según dispone el art. 38 LJCA. La potestad constitucional atribuida a este Tribunal en el sentido de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172 inc.1º), conlleva el uso de todas las vías legales, a efecto de hacer efectiva la decisión judicial. En tal sentido, deben activarse los medios que el ordenamiento contempla¹⁰³³.” (Resolución interlocutoria del 8/IX/2005, referencia 201-C-2001).

En cuanto al enjuiciamiento de los funcionarios desobedientes, cabe aclarar que la ley establece que se realizará sin perjuicio de lo establecido en el Art. 215 Cn (241 Constitución Vigente) que trata de las inmunidades o fueros que poseen ciertos funcionarios. En el Estado Salvadoreño desde siempre la Constitución ha protegido a sus altos Funcionarios con el privilegio de la Inmunidad, que se traduce invariablemente en la practica en una causa de impunidad, puesto que el antejuicio

¹⁰³² Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del veintiocho de febrero de 2005 en el juicio referencia 27-U-2001

¹⁰³³ Sentencia dictada por la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, pronunciada en el proceso de fecha del ocho de septiembre de 2005 en el juicio referencia 201-C-2001

no ha pasado a ser más de un instrumento político que en definitiva ha frenado cualquier intención de procesar penalmente a los funcionarios del Estado, que por disposición constitucional gozan de la prerrogativa señalada¹⁰³⁴. Sobre lo reseñado el mismo Kelsen ha expresado la necesidad de suprimir o, por lo menos, restringir considerablemente esta figura¹⁰³⁵.

La Institución objeto de nuestras reflexiones recibe del Derecho Constitucional Comparado y del Derecho Penal denominaciones diversas, según el énfasis que se trate de resaltar con relación a uno de sus aspectos o etapas relevantes, así la Inmunidad subraya la garantía o prerrogativa lo mismo que el vocablo fuero¹⁰³⁶. Con la designación de antejuicio o desafuero o declaratoria de procedencia se desea resaltar el mecanismo jurídico que hace posible el juzgamiento del Funcionario involucrado. En la literatura jurídica mexicana y en las diversas Leyes que tratan el tema se emplea “fuero constitucional” y además aluden a la acción de desaforar, aunque actualmente prevalece la designación de declaratoria de procedencia¹⁰³⁷.

La Constitución Española¹⁰³⁸ de 1978, en su Art. 71, refiérese a la “Inmunidad”. A nivel internacional las Convenciones y Tratados Internacionales utilizan el mismo término.

En el Derecho Procesal Penal¹⁰³⁹ se utilizan los términos “condición objetiva de procesabilidad” y “antejuicio”. En Centro América, especialmente en El Salvador, ha cobrado carta de ciudadanía el vocablo “antejuicio”, del cual hace acopio nuestro

¹⁰³⁴ Marchena López, Procesos Penales contra aforados, en Cuestiones de Derecho procesal Penal, Cuadernos Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, Pág. 455

¹⁰³⁵ Hans Kelsen, Esencia y valor de la Democracia, Editorial Tabor, Barcelona, 1934, Pág. 67

¹⁰³⁶ Raúl Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Pág. 935

¹⁰³⁷ Juan Fernando Armagnague, Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 259

¹⁰³⁸ Oscar Alzaga, Comentario Sistemático a la Constitución Española de la 1978, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, Pág. 492

¹⁰³⁹ Clemente Valdes S. Declaración de Procedencia, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, Pág. 1387

Código Procesal Penal al designar el Capítulo Único del Título II del Libro Tercero con las palabras “del Procedimiento en caso de antejuicio”.

Lo reseñado posee exclusivamente una importancia semántica, porque cada una de las denominaciones denotan el mismo fenómeno jurídico, en sus rasgos esenciales¹⁰⁴⁰.

Aguilera de Paz afirmaba que la inmunidad de los representantes de la nación ha sido siempre objeto de apasionadas controversias sobre su alcance, significado y justificación, de no siempre sencilla solución¹⁰⁴¹.

A los efectos de delimitar su ámbito propio de actuación, García Morillo señala que el carácter de protección política que subyace en la inmunidad no va ligado al delito cometido, sino a la persecución penal instada. La inmunidad no protege a quienes cometen delitos por motivaciones políticas..., sino que protege frente a quiénes, por móviles políticos, urden una acusación penal¹⁰⁴². En este sentido, Javier Pérez Royo y Antonio Torres del Moral¹⁰⁴³ agregan que no son privilegios personales sino garantías funcionales, protegen la función que se desempeña¹⁰⁴⁴.

No obstante, esta concepción tiene el riesgo, apuntado por Marchena López, de que la protección de la prerrogativa pueda construirse no por el qué imputable al diputado, sino por el quién de la persecución, lo que puede resultar una peligrosa vía de impunidad difícilmente aceptable¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ Raúl Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Pág. 935

¹⁰⁴¹ Aguilera de Paz, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tomo V, Pág. 623

¹⁰⁴² García Morillo, Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria, en Inmunidad Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Pág. 79

¹⁰⁴³ Antonio Torres del Moral, Principios de Derecho Constitucional Español, Atomo Ediciones, Madrid, 1986, Pág. 110.

¹⁰⁴⁴ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, Pág. 465y sigs.

¹⁰⁴⁵ Marchena López, Procesos Penales contra aforados, en Cuestiones de Derecho procesal Penal, Cuadernos Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001 Pág. 455

Dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, el antejuicio o inmunidad constituye una prerrogativa de naturaleza constitucional de que gozan determinados Funcionarios Estatales, por la que no pueden ser procesados en la Jurisdicción penal, sin contar para ello con una habilitación especial de la Asamblea Legislativa ó la Corte Suprema de Justicia, según los casos¹⁰⁴⁶.

Este concepto pertenece al orden del Derecho Interno, debido a que la inmunidad derivada del Derecho Internacional cuenta con reglas especiales, en que el antejuicio resulta irrelevante¹⁰⁴⁷.

La inmunidad es la seguridad material y moral que necesitan especialmente ciertos funcionarios para el cumplimiento de sus misiones respectivas, protección que generalmente se funda en la necesidad que sus actos y opiniones no sean obstaculizados¹⁰⁴⁸.

El sistema jurídico salvadoreño ordena en diversos niveles normativos el privilegio de la Inmunidad. Las Constituciones salvadoreñas tradicionalmente han reglamentado esta materia¹⁰⁴⁹ y en tal sentido la vigente, proclamada el 20 de diciembre de 1983 por la Asamblea Constituyente le destinó su Título VIII, con la denominación “Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, en donde se incorporan diversos preceptos que la disciplinan.

¹⁰⁴⁶ José Maria Casado Pérez y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003 Pág.1559

¹⁰⁴⁷ Héctor Fix-Zamudio, El Juicio Político y la Responsabilidad del Estado en el Ordenamiento Mexicano, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 3, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005, Pág. 101

¹⁰⁴⁸ Raúl Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Pág. 935

¹⁰⁴⁹ Álvaro Magaña, La Prerrogativa de Inviolabilidad de los Diputados del Art. 125 Constitucional, Revista Justicia de Paz, Numero 7, San Salvador, 2000

La reglamentación de la Inmunidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño no responde a criterios unitarios, existiendo diversos regímenes jurídicos, según el rango del Funcionario, que se sintetizan en la forma siguiente¹⁰⁵⁰:

- a) El Régimen Jurídico de los altos Funcionarios del Estado, que corresponde en principio a los titulares de los Órganos de mayor jerarquía del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Supremo Electoral, Corte de Cuentas de la República y los Representantes Diplomáticos, cuya declaratoria que ha lugar a formación de causa se asigna a la Asamblea Legislativa. En el caso de los Representantes Diplomáticos a que se refiere el Art. 236 de la Constitución, que enumera los funcionarios inmunes, deben entenderse los acreditados por El Salvador, que desempeñan sus funciones en otros Estados y Gobiernos con el que el nuestro tiene relaciones diplomáticas y consulares y no a diplomáticos de Gobiernos extranjeros que representan a sus respectivos países, debido a que éstos quedan regulados por el Derecho Internacional;
- b) Los Diputados de la Asamblea Legislativa, a quienes con pocas variantes aplica el status de los Funcionarios comprendidos en el acápite anterior; y
- c) Los Jueces de Primera Instancia, Gobernadores Departamentales, Jueces de Paz y demás funcionarios determinados por Ley, cuya declaración de desafuero, se le confiere a la Corte Suprema de Justicia a tenor de lo dispuesto en el Art. 239 de la Constitución.

¹⁰⁵⁰ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág.96

La primera especie de Inmunidad es la más completa y comprende los más calificados y relevantes privilegios y podría calificarse de “standard” o “tipo” de la Institución dentro del Derecho Comparado¹⁰⁵¹.

Según la Constitución, en su Art. 236, se atribuye a los Funcionarios estatales siguientes: El Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

El fuero constitucional impide la puesta en ejercicio de la acción penal con relación a los funcionarios enlistados en el Art. 236 de la Constitución, a los que se atribuye la comisión de un ilícito penal en calidad de autor, instigador o cómplice ya sea en grado de consumación o tentativa, siendo necesario el previo pronunciamiento del pleno legislativo. La inmunidad otorga una exclusión de la detención gubernativa de los parlamentarios y asimismo reitera la necesidad de la aprobación de la Asamblea para llevar a cabo las presunciones judiciales¹⁰⁵².

Se podría pensar que la protección constitucional únicamente aplica a los delitos que los funcionarios cometan en razón de su cargo, en que la titularidad de un cargo público sea parte integrante del tipo delictual. No en los delitos en que tal investidura resulta irrelevante¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 97

¹⁰⁵² Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 97

¹⁰⁵³ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 97

Sin embargo, la Constitución comprende todo tipo de delitos y así lo debería haber consignado en su texto, sin embargo para ello recurre a una clasificación artificiosa, tomada de la antigua Legislación mexicana, que dividía a los delitos en comunes y oficiales. Tanto es así que el Código Penal se ha visto exigido a brindar un concepto de delito oficial, en los términos siguientes: “Son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado publico.” Para el delito común se ha dejado su conceptualización a la doctrina del Derecho Penal¹⁰⁵⁴.

El antejuicio comienza con la denuncia de cualquier persona, que necesariamente deberá adoptar la forma escrita. Así lo establece el Art. 47 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. Presentada la solicitud de antejuicio pasa a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, para que en sesión plenaria se conozca de ella como pieza de correspondencia y se manda para estudio y dictamen a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, a efectos dictamine si reúne los requisitos legales y la procedencia o no su admisión¹⁰⁵⁵. La Comisión está conformada por regla general por Diputados que adicionalmente ostentan la calidad de Abogados.

La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales lleva su dictamen al pleno legislativo y con base al mismo se decide la admisión o inadmisión de la denuncia.

La admisión o inadmisión de la denuncia del antejuicio no requiere una mayoría calificada, basta la mitad más uno de los Diputados electos, por lo que siempre el Partido de Gobierno, en unión con otros partidos minoritarios logra poner un cerrojo a las posibilidades de procesar por la vía penal, a funcionarios que han incurrido en ilícitos penales¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 98

¹⁰⁵⁵ José Maria Casado Pérez y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág.1568

¹⁰⁵⁶ José Maria Casado Pérez y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág.1570

Los Diputados por su parte, tienen un régimen particular respecto de la Inmunidad, que los diferencia de los demás altos Funcionarios del Estado aunque su status esencialmente coincida. El Art. 238 de la Constitución regula la cuestión.

Distingue a los Diputados, la circunstancia de que el privilegio comprende desde el día de su elección hasta que concluye el período constitucional, que alcanza tres años. Esto del día de su elección puede dar lugar a diversas interpretaciones. En primer lugar, a que se considere la elección como el día de la votación; en segundo lugar, podría estimarse el día en que se declaren firmes los resultados del evento electoral del que salió electo el Diputado y en tercer lugar, el día de la entrega de la credencial de Diputado electo, acto jurídico que atribuye formalmente la calidad de Diputado electo.

La inmunidad igualmente otorga una exclusión de la detención gubernativa de los parlamentarios y asimismo reitera la necesidad de la aprobación de la Asamblea para llevar a cabo las presunciones judiciales¹⁰⁵⁷.

No se ha presentado el caso, pero la voluntad del Constituyente parece encaminarse a extender lo más posible la Inmunidad, con el objetivo de evitar la fabricación de delitos por parte de sectores interesados en obstaculizar la toma de posesión del cargo¹⁰⁵⁸. Debe agregarse que el día de la votación se sabe qué candidatos resultaron electos¹⁰⁵⁹.

Debe resaltarse que el antejuicio queda habilitado, con relación a los Diputados para delitos graves, no para los menos graves o faltas. El Código Penal se encarga de dilucidar cuáles delitos deben estimarse graves y lo son, de acuerdo a su Art. 18, los sancionados con pena de prisión cuyo límite exceda de tres años y multa cuyo límite

¹⁰⁵⁷ Luís López Guerra, Introducción al Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Pág. 76

¹⁰⁵⁸ Paolo Biscartti di Ruffia, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, Pág. 380

¹⁰⁵⁹ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 97

máximo exceda de doscientos días multa. Por exclusión todos los demás son menos graves.

Respecto de los menos graves y las faltas no se consigna en el texto constitucional de una manera categórica é incuestionable que su juzgamiento debe esperar hasta que fenezca el plazo constitucional de elección del Diputado y que mientras tanto no puede ser enjuiciado, pero se deduce inequívocamente del texto constitucional ya que ni siquiera pueden ser llamados a declarar o ser detenidos, lo cual resulta congruente por ser delitos de poca importancia en cuanto al bien social protegido y a la escasa peligrosidad que se espera del inculpado.

El ulterior escalón constitucional de los Funcionarios que disfrutan del fuero constitucional se encuentra contemplado y regulado en el Art. 239 de la Constitución, que resguarda del juzgamiento penal a los Jueces de Primera Instancia y de Paz, Gobernadores y demás Funcionarios que determina la Ley.

Con relación a estos últimos Funcionarios cabe mencionar que la Constitución deja abierta la posibilidad de que el privilegio les venga por Ley, lo cual podría dar lugar a prerrogativas inmerecidas o injustificadas, en los que no existan aristas políticas que la legitimen, para el caso, un proyecto de Ley relativo a la Superintendencia del Sistema Financiero pretendía atribuir y extender el antejuicio al Señor Superintendente del Sistema Financiero, no obstante el carácter eminentemente técnico del cargo.

Sin embargo, la Constitución veda la posibilidad que cualquier Ley otorgue inmunidad a los miembros de los Concejos Municipales, a pesar de que los mismos detentan cargos eminentemente políticos, al grado que son de los pocos Funcionarios de elección popular.

No obstante esta prohibición en más de alguna oportunidad se ha intentado extenderles a ellos la Inmunidad en virtud de una Ley.

Debe repararse que la Inmunidad abarca exclusivamente a los delitos oficiales y deja por fuera a los comunes. Se observa que el ámbito material del privilegio se encuentra simplemente disminuido a causa de la jerarquía inferior de los funcionarios que protege¹⁰⁶⁰.

El procedimiento y decisión del antejuicio se encuentra dentro de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno llamada también Corte Plena.

Conforme lo establece el Art. 386 del Código Procesal Penal la Corte Suprema de Justicia, una vez recibida la denuncia, mandará a más tardar en el plazo de ocho días, se practique la investigación de los hechos, comisionando al efecto a una de las Cámaras de Segunda Instancia, en el caso de que se tratase de un Juez de Primera Instancia o de un Gobernador Departamental, ó ante un Juez de Instrucción cuando el antejuicio se deduzca contra un Juez de Paz¹⁰⁶¹.

Practicada la investigación se dará cuenta de la misma a la Corte Suprema de Justicia, quien declarará a más tardar dentro del tercer día que ha lugar o no a formación de causa. Cuando se de cumplimiento al presupuesto procesal del antejuicio la Corte Suprema de Justicia ordenará la remisión de las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción y del juicio publico conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

¹⁰⁶⁰ Roberto Oliva Ortiz, Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007, Pág. 99

¹⁰⁶¹ José María Casado Pérez y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág. 1572

La declaratoria que ha lugar a formación de causa provoca la suspensión en el ejercicio de su cargo del Funcionario involucrado, quien volverá a su cargo si la sentencia definitiva fuese absolutoria, siempre que no haya expirado el período de su elección o nombramiento¹⁰⁶².

PROCESO DE LESIVIDAD

El proceso Contencioso administrativo supone la impugnación jurisdiccional de actos administrativos. La impugnación del acto administrativo de manera general parte como es natural, del administrado; y será un mismo tipo de proceso el instrumento adecuado para la impugnación de la mayor parte de los actos administrativos cualquiera que sea su procedencia y cualquiera que sea la materia que verse¹⁰⁶³.

No obstante, no solo están facultados para promover un proceso administrativo los particulares, sino también las Administraciones Públicas¹⁰⁶⁴, donde se trata mediante un proceso administrativo especial conseguir que un acto dictado por el mismo sujeto publico sea revocado. A este proceso especial se le denomina proceso de lesividad.

El proceso de lesividad puede ser definido como un proceso administrativo especial promovido por un sujeto jurídico administrativo, donde se demanda se revoque un acto administrativo anterior que el mismo sujeto publico dictó¹⁰⁶⁵.

En el mismo orden de ideas para González Pérez el proceso de Lesividad es aquel que tiene por objeto la pretensión de una entidad administrativa por la que se solicita del órgano jurisdiccional la revocación de un acto de la misma¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² José Maria Casado Pérez y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, Pág. 1575

¹⁰⁶³ Aurelio Guaita, El Proceso Administrativo de Lesividad, Editorial Bosh, Barcelona, 1953, Pág. 19

¹⁰⁶⁴ Vicente Escuin y Palop, El Recurso Contencioso de Lesividad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, Pág. 16

¹⁰⁶⁵ Aurelio Guaita, El Proceso Administrativo de Lesividad, Editorial Bosh, Barcelona, 1953, Pág. 20

¹⁰⁶⁶ Jesús González Pérez, La declaración de Lesividad, Revista de Administración Publica, Numero 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950, Pág. 58.

La justificación del proceso de lesividad encuentra su cimiento en las nociones generales de la teoría general del derecho Administrativo en concreto al acto administrativo; entendiendo este como toda declaración jurídica hecha por un órgano administrativo competente y que afecta en concreto a relaciones jurídico-públicas que la Administración mantiene con los administrados.

En este sentido la existencia de la lesividad se vincula a la inmodificabilidad de los actos administrativos por la propia Administración¹⁰⁶⁷. En Efecto, en cuanto a la revocación del acto administrativo se discute si ha de referirse a un acto valido o no, si el autor de la revocación ha de ser el mismo órgano que dicto el acto revocado o podrá ser uno superior. Nosotros, prescindiendo de esta polémica, por acto revocatorio, entendemos el acto administrativo que tiene por objeto borrar y destruir los efectos de otro acto anterior del mismo funcionario o de un subordinario¹⁰⁶⁸.

Así las cosas, existe un principio general de Derecho según el cual a nadie le es lícito ir o volver contra sus propios actos, pero este principio quiebra cuando nos entramos en los dominios de la Administración, debido a la trascendencia de los intereses y fines perseguidos por ésta, que ha llevado a la doctrina y ordenamiento a reconocer que al contrario de lo que ocurre con los actos de los particulares, los actos administrativos son en ciertas situaciones revocables. Situación que deviene, según Hauriou del privilegio derivado del llamado régimen administrativo en virtud del cual la Administración se encuentra sometida a un derecho distinto del que rige las relaciones entre los particulares¹⁰⁶⁹.

No debe entenderse que el principio de revocabilidad de los actos posee una eficacia absoluta, en virtud de que siempre que nos encontramos con actos administrativos que declaren o reconocen derechos a favor de terceros estos serán inmutables.

¹⁰⁶⁷ Vicente Escuin y Palop, El Recurso Contencioso de Lesividad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, Pág. 20

¹⁰⁶⁸ Jorge Enrique Santos Rodriguez, Construcción de la revocación del acto administrativo ilegal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 27

¹⁰⁶⁹ Aurelio Guaita, El Proceso Administrativo de Lesividad, Editorial Bosh, Barcelona, 1953, Pág. 22

Una consecuencia primordial que genera un acto favorable es que éste incide positivamente en la esfera de sus derechos, y por tanto entra en juego el principio de seguridad jurídica, situación por la cual la autoridad administrativa está imposibilitada para revocar oficiosamente un acto de esta naturaleza.

García-Trevijano Fos¹⁰⁷⁰ expone que los actos favorables son los que amplían la esfera jurídica del administrado, creando una situación jurídica favorable, libera de una obligación o crea facultades. En el mismo sentido García de Enterría¹⁰⁷¹ los clasifica como aquellos que afectan a un destinatario externo favoreciéndole, con la ampliación de su patrimonio jurídico otorgándole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación.

La existencia de la vía de lesividad supone que para retirar un acto favorable del mundo jurídico, la Administración debe impugnarlo en sede contencioso administrativa, donde se discutirá su legalidad, previa declaratoria de carácter lesivo del acto. Es así que la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un proceso ad hoc para el retiro de actos favorable que se reputen ilegales por la Administración Pública, es una limitante para las actuaciones de ésta, en el sentido que, fuera del sistema de recursos, habiéndose pronunciado un acto administrativo, no le corresponde a ella mutu proprio la calificación de la existencia de vicios.

La índole misma del proceso administrativo de lesividad, hace preciso el que ésta pruebe de modo muy cumplido, que efectivamente la resolución impugnada ha lesionado sus intereses, que se ha producido un daño real y efectivo.

Para iniciar la tramitación del proceso de lesividad, será necesario e indispensable que el órgano administrativo superior jerárquico que dictó el acto administrativo, declare que éste lesivo para el interés público.

¹⁰⁷⁰ José Antonio García-Trevijano Fos, Los Actos Administrativos, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Pág. 225

¹⁰⁷¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 570

La doctrina y las legislaciones en el derecho comparado siempre han requerido que la autoridad administrativa proceda a dictar el acto administrativo por el cual se afirma que el acto administrativo es lesivo para los intereses públicos¹⁰⁷².

Comandira señala que cuando la administración carece de posibilidad de anular oficiosamente un acto, tiene que emitir otro en el cual declare administrativamente la nulidad, y ordene la inmediata interposición de la demanda judicial correspondiente, con sujeción obviamente al trámite previo constitutivo del debido proceso adjetivo a favor de los lesionados por tales decisiones¹⁰⁷³.

La declaración administrativa previa de lesividad juega a favor de la Administración pública en tanto le garantiza que su posterior planteo judicial parte de una serena y documentada decisión sobre los intereses afectados y a su vez le garantiza al administrado el marco adecuado en sede administrativa para repeler la posible afectación de sus derechos subjetivos¹⁰⁷⁴.

La declaración de lesividad debe contener una motivación lo suficientemente exhaustiva a fin de evitar sospechas de arbitrariedad¹⁰⁷⁵. En este sentido todo acto que deniegue el reconocimiento de beneficios o implique denegación de actos favorables no puramente graciabiles, cualquier interés digno de tutela jurídica, debe dar lugar a una motivación respecto del acto que deniegue, limite o restrinja su satisfacción¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷² Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 508

¹⁰⁷³ Julio Rodolfo Comandira, El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2005, Pág. 196

¹⁰⁷⁴ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 508

¹⁰⁷⁵ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 508

¹⁰⁷⁶ Marcos M. Fernando Pablo, La Motivación del acto administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, Pág. 237

De modo especial es aplicable al acto declarativo la exigencia de contar con un discurso justificativo¹⁰⁷⁷. En España su tribunal Constitucional ha llegado a sostener en la sentencia 26/1981 que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que los justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho sacrificó y los intereses a los que se sacrificó¹⁰⁷⁸.

En cuando al momento para dictarla la declaración de lesividad, habrá de tener lugar como máximo en el plazo de cuatro años desde la fecha en que se originó el acto impugnado y constituye un presupuesto del proceso¹⁰⁷⁹.

Cabe señalar que el término se refiere al momento de producción del acuerdo de lesividad, y no al momento de iniciación del procedimiento dirigido a declarar la lesividad del acto; por ello, si se inicia el procedimiento dentro de los cuatro años, pero la declaración de lesividad tiene lugar una vez transcurrido dicho plazo, será inválida por extemporánea y no permitirá proseguir el proceso.

Una vez declarado lesivo el acto, el acuerdo de lesividad deberá publicarse en el Diario Oficial (Art.8LJCA), a partir del día siguiente se contará el plazo de sesenta días hábiles con que cuenta la Administración para interponer la correspondiente demanda contencioso administrativa¹⁰⁸⁰

Uno de los problemas en la reglamentación reside en la inexistencia de un plazo vinculante para la Administración entre la adopción del acuerdo de lesividad y su publicación en el Diario Oficial, lo que puede deparar una ampliación *sine die* del

¹⁰⁷⁷ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 509

¹⁰⁷⁸ Marcos M. Fernando Pablo, La Motivación del acto administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, Pág. 182

¹⁰⁷⁹ Jesús González Pérez, La declaración de lesividad, Revista de Administración Publica, Numero 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950, Pág. 63.

¹⁰⁸⁰ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 128

plazo de impugnación del acuerdo de lesividad¹⁰⁸¹. Para evitarlo, en una eventual reforma procesal convendría fijar el término de cuatro años con relación al momento de publicación del acuerdo en el Diario Oficial, y no con el momento de elaboración de la declaración de lesividad¹⁰⁸².

La consideración de la declaración de lesividad como presupuesto procesal determina, en caso de inexistencia, el surgimiento de una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto por la Administración autora del acto¹⁰⁸³.

Sobre la posibilidad de impugnar el acuerdo de lesividad, se entiende que este no tiene otro alcance que el de trámite previo, que no es susceptible de impugnación¹⁰⁸⁴.

En cuanto a que si es necesario que la Administración agote la vía administrativa Manuel María Diez, explica que se podría eximir a la Administración pública, ello en razón dos motivos, primero en que dicha declaración es un presupuesto procesal para los particulares y sólo en ese ámbito produce efectos y segundo una vía recursiva procedimental se resolvería “abstracta” ya que la misma autoridad que declara la lesividad sería la que resuelve la impugnación a dicha declaración¹⁰⁸⁵.

A fines de iniciar el proceso este se inicia mediante la presentación de demanda por la Administración pública, que deberá satisfacer, en lo que resulte aplicable, los requisitos establecidos en el Art. 10 LJCA. A la demanda se acompañará además el ejemplar del Diario Oficial en el que se haya publicado el acuerdo de lesividad. Deberá contener la manifestación concreta sobre la ilegitimidad del acto lesivo y

¹⁰⁸¹ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 128

¹⁰⁸² Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 128

¹⁰⁸³ Vicente Escuin y Palop, El Recurso Contencioso-Administrativo de Lesividad, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, Pág. 114

¹⁰⁸⁴ Faustino Cordón Moreno, El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, Pág. 286

¹⁰⁸⁵ Manuel María Diez, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, Pág. 303

acreditar que ella surge de la inadecuación del mismo con la norma jurídica que se entiende inobservada en su cumplimiento o interpretación¹⁰⁸⁶.

El Art. 29 LJCA dispone que una vez admitida la demanda se dará traslado de ésta por quince días al administrado interesado para que formule contestación, y con o sin ella se abrirá después el pleito a prueba si fuere necesario.

La prueba en el proceso de lesividad, si bien es cierto estamos ante un proceso especial, se rige sobre el punto por los principios que informan el procedimiento y en consecuencia son a su respecto aplicables las reglas generales sobre la carga de la prueba¹⁰⁸⁷.

Por lo demás, el proceso no posee particularidades especiales sobre el proceso contencioso ordinario. La singularidad más reseñable del proceso de lesividad es lo técnicamente calificamos como “inversión de las partes”: la Administración, que tradicionalmente es la demandada, ocupa aquí la posición de parte demandante y argumenta a favor de la anulación del acto, en tanto que el interesado ostenta la condición de parte demandada y aboga por su pervivencia. El resto de especialidades vienen deparadas por la simple necesidad formal de articular el instrumento en cuya virtud la Administración pueda recurrir contra su propio acto¹⁰⁸⁸.

En cuanto al dictado de la sentencia esta puede desestimar el reclamo de la Administración y en consecuencia será confirmatoria del acto administrativo en cuestión, su validez y estabilidad¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 509

¹⁰⁸⁷ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 514

¹⁰⁸⁸ Eduardo Gamero Casado, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001, Pág. 128

¹⁰⁸⁹ Sergio A. Coppa, Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 515

Por el contrario, en el supuesto de que la sentencia acoja la demanda de lesividad extingue la relación jurídica existente al ser constitutiva ya que anula el acto del cual emanó esa resolución y los derechos consiguientes que hubieran surgido con efectos retroactivos en razón que su causa-fuente resulta ahora inexistente¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁹⁰ Julio Rodolfo Comandira, Derecho administrativo, procedimiento administrativo. Otros estudios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, Pág. 58

VI. CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una vez completado el estudio de los diversos aspectos conceptuales, sustanciales y procesales de las instituciones fundamentales de la jurisdicción contencioso administrativo Salvadoreña, conviene sacar unas conclusiones para dejar claro las posiciones asumidas:

ADOPCIÓN DEL MODELO DE CONTROL JUDICIALISTA ESPECIALIZADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Legislación Salvadoreña inequívocamente acoge, el sistema judicialista especializado en cuanto a la organización de Tribunales Administrativos, siguiendo el sendero trazado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española del 26 de diciembre de 1956 y continuado en la vigente del año 1998.

El sistema judicialista especializado se caracteriza porque los Tribunales que integran la justicia administrativa, se encuentran en el seno de la justicia ordinaria, con respeto al Principio de Unidad de Jurisdicción, ya que estos pertenecen a la estructura del Poder Judicial, circunstancia que en principio ó en términos generales lo asemeja al sistema inglés y de los Estados Unidos de América. Sin embargo, según Don Jesús González Pérez en este tema “Lo realmente decisivo es, dando por supuesto la independencia de los órganos, la especialización jurídico-administrativa de los titulares de tales órganos. Esta es la verdadera lección del sistema francés: la idoneidad de los jueces administrativos. Si esto se logra dentro del poder judicial, si los tribunales encuadrados en la común organización judicial están servidos por magistrados especializados, no tiene sentido encuadrar los órganos del contencioso administrativo en la organización administrativa.

De aquí que sea más lógico el sistema judicial. Lo que explica que sea el dominante en los países de lengua castellana. El examen y satisfacción de las pretensiones fundadas en derecho administrativo se confía a órganos encuadrados en la común organización judicial, consagrándose así en normas de rango constitucional, aún cuando no falten ordenamientos que consagren un sistema administrativo y hasta que defiendan un sistema de tribunal independiente del poder judicial y del ejecutivo, que en determinado momento ha tenido acogida en algún ordenamiento jurídico”.

ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS QUE CONFORMAN LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En cuanto a los requisitos técnicos requeridos por nuestra Constitución, desafortunadamente para nuestro medio han resultado bastante indulgentes, ello en vista que bastará ser Abogado de la Republica y haber desempeñado una Magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante un mínimo de nueve años o igualmente haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección.

Estimo que los requerimientos mencionados no pueden ser considerados como suficientes, la moralidad y competencia notoria a la que hace referencia en la Constitución constituyen verdadera letra muerta ya que no existe actualmente procedimiento para acreditar la capacidad intelectual de los candidatos, quedado desgraciadamente relegados, muchas veces por la adopción de criterios políticos, sin que se disponga un verdadero método objetivo de elección, es necesario por ello un procedimiento de elección donde pueda comprobarse dichas calidades y que garantice que las personas más calificadas posean la oportunidad de ser nombradas.

SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD IMPUGNABLE

La delimitación de la actividad impugnada en el Contencioso Administrativo se resume en El Salvador a actos administrativos. Este criterio es resultado de la interpretación ortodoxa del Art. 2 de nuestra ley procesal administrativa que reza que: “Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública”; entendiéndose que estos actos serán actos administrativos stricto sensu.

El concepto de acto administrativo que origina la contienda procesal, de conformidad al criterio respaldado por nuestra Ley, debe tomarse entonces en su sentido material, consultando exclusivamente los efectos de derecho que de él derivan, circunscritos a personas determinadas, sin consultar y tener en cuenta el autor del acto.-

El concepto material del acto administrativo se conforma e integra con los actos subjetivos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas; asimismo con los actos condición, que hacen posible la aplicación de un estatuto jurídico legal a personas determinadas.- El autor de los actos puede ser, desde esa perspectiva, cualquier Órgano Estatal sea de Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial o de Entes descentralizados, porque el único elemento que califica al acto de administrativo son sus efectos limitados a personas determinadas.-

Desde esta lógica se encuentran afuera del concepto de acto administrativo, y en consecuencia, no pueden ser impugnados en la jurisdicción contenciosa administrativa los reglamentos, que desde el punto de vista material, son actos regla o legislativos, que tienen la virtud de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales.- Lo anterior se encuentra en franca oposición con la mayoría de las legislaciones procesales administrativas, que posibilitan el

ataque jurisdiccional directo a los reglamentos y los fallos de los Tribunales que los deciden tienen alcance general.-

La postura doctrinal que compartimos tiene sus cimientos en que únicamente los actos de la Administración Pública poseen la autoridad formal, o en otras palabras valen, como actos administrativos.-

En efecto, los actos del Poder Legislativo no se someten a la legalidad sino a la Constitucionalidad y sus actos no pueden ser revisados en la sede contenciosa administrativa, por su valor formal de Ley especial.- Tal vez lo relativo al servicio civil y alguna que otra cuestión olvidada podrían contarse entre las excepciones.-

Lo propio sucede con el Órgano Judicial, sus resoluciones, aún cuando se limitan a personas determinadas y se someten al principio de legalidad, no conocen de sus controversias los Tribunales Administrativos, porque ellos dan origen a procesos de naturaleza civil, mercantil o de otra índole.- Las resoluciones apuntadas corresponden principalmente al ejercicio de la jurisdicción voluntaria, materia rechazada por procesalistas y administrativistas.-

Por nuestra parte creemos que en nuestro sistema ya no debe ser admisible la posición doctrinal que ve al acto administrativo y su discusión sobre su legalidad como el único objeto del proceso, el control debe de extenderse a toda la actividad de la Administración; en este sentido la enmienda que proponemos trastornaría el sistema que dio lugar a la Ley vigente y ampliaría dramáticamente la tutela frente al Estado.

LEGITIMACIÓN PASIVA

Desde los orígenes de la jurisdicción contencioso Administrativo Salvadoreña, la concepción de la figura de la legitimación pasiva ha roto los esquemas tradicionales,

constituyéndose en un embarazoso y espinoso problema, ya que, el carácter de demandado, sigue la línea de pensamiento del Amparo Salvadoreño y Mexicano, en que el demandado se concretiza en el funcionario o entidad (si trata de órgano colegiado) emisor del acto, situación que provoca inmensos problemas prácticos a la hora de interponer una acción contenciosa así como en la ejecución de sentencia. Esta circunstancia fue establecida igualmente, en algunas leyes de algunos Estados de la República Mexicana y en la antigua ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Costa Rica que, “insisten en atribuir la calidad de parte demandada a los funcionarios que dictan el acto” acudiendo, dice González Pérez, a la ficción jurídica de atribuir capacidad a un Órgano.

La legislación contencioso Administrativo Salvadoreña en lo referente a la legitimación pasiva debe ser urgentemente enmendada debido a que debe atribuirse al Estado y a los Entes descentralizados dependiendo del autor del acto, la legitimación pasiva en los procesos en que la disputa tiene por objeto la legalidad de la actividad del Poder Ejecutivo. Para justificar la medida basta señalar que el sujeto de la relación jurídica que deriva del acto administrativo, no es el funcionario que lo emite, quien no actúa en su carácter personal, sino en representación del Estado o de un Ente descentralizado.

La importancia de la legitimación pasiva tiene un interés inusitado en el proceso administrativo “por cuanto determina, según González Pérez, la persona frente a quien ha de deducirse la pretensión”, circunstancia que produce el invariablemente otorgamiento de dicha legitimación al Estado o Ente descentralizado, sobre “este punto, asegura el mismo tratadista, no existen dificultades o conflictos”, nos encontramos ante una institución pacífica, en que existen pocos y contados criterios divergentes.

La administración Pública de la que proviene el acto a que se refiere la pretensión ostenta evidentemente la legitimación pasiva y a ella debe demandarse, pero debe

subrayarse, para evitar equívocos, que la calidad de demandada la asume la persona jurídica de la que forma parte el Órgano que originó el acto, en ese sentido serán demandados el Estado, los Municipios y demás Entes descentralizados según el caso.

Cabe resaltar que tratándose de actos provenientes de la administración del Estado, será éste el que adoptará la calidad de demandado en virtud de ser esta una persona jurídica, lo cual lo es perfectamente coherente y conforme a nuestra legislación, ya que el Estado, sin duda alguna, posee personería jurídica, con reconocimiento legislativo expreso contenido en el Art. 542 del Código Civil.

TERCERO BENEFICIARIO

La configuración deficiente del actual diseño de ley, restringe la intervención de otras partes al proceso, que forzosamente son excluidos o en el mejor de los casos comparecerán en calidades que no se ajustan a sus características reales(tercero beneficiario); sobre el tema cabe recalcar que la intervención de múltiples partes o en específico la del Tercero beneficiario en el juicio Contencioso Administrativo posee una indiscutible trascendencia, ya que a través de esta carga se asegura el cumplimiento del principio de audiencia, que asegurara la eficacia y validez de la actividad jurisdiccional.

De esta forma la figura del tercero beneficiario o cuadyuvante en El Salvador, acapara y absorbe no solo aquellos sujetos que pudieran tener un interés legítimo y directo en el mantenimiento o anulación del acto(auténtico cuadyuvante), sino también, bajo una perspectiva errónea, incluye personas a cuyo favor derivan derechos propios de un acto, que claramente como lo es en legislaciones foráneas son tradicionalmente considerados codemandados, que conformaran parte de un Litisconsorcio necesario.

La doble delineación que adopta la actual ley del tercero beneficiario, no concuerda con la lógica procesal correspondiente, ya que siempre, y en todo caso, “el individuo en cuyo favor deriven derechos de un acto” será un codemandado, debido a que será parte necesaria del proceso, en igual forma como lo son las Administraciones demandadas, que siendo titulares de derechos deberá dárseles la oportunidad de comparecer y ser oídas como partes principales, con pleno dominio de las cargas y derechos que ello implique.

Debe señalarse asimismo, que en cuanto a los auténticos cuadyuvantes, distinguidos como los posibles afectados o beneficiados por un acto en sus intereses de manera legítima y directa, aunque obviamente se encuentren limitados por no poder formular cuestiones distintas a las planteadas por los principales, se les concederá intervención, pudiendo también obtener modernamente la condición de partes demandadas, aplicándoseles las mismas reglas del litiscosorcio.

La jurisprudencia actual al referirse a la calidad del tercero ha determinado los matices que debe cumplir, funcionando tal como dijimos a manera de una especie de comodín universal para que las múltiples partes puedan apersonarse, la interpretación pretoriana expresa que en términos generales la figura del tercero beneficiario se refiere a aquel sujeto que en virtud del acto que se impugna, ha obtenido una ventaja, beneficio o provecho, bien directo o reflejo, por lo que se pretende con su actuación evitar un perjuicio que se podía ocasionar como efecto de la sentencia estimatoria que llegaría a dictarse en el proceso respectivo o que pretende obtener a través de la materialización o conservación del objeto de la pretensión procesal.

Por todo lo dicho es que finalmente tenemos que expresar que el esquema anacrónico bajo el cual la ley Contenciosa Salvadoreña otorga tratamiento a las múltiples partes, se encuentra actualmente en crisis, ello en vista que el tratamiento de ley no es conciliable con los actuales principios que conforman un proceso

constitucionalmente configurado y que por consiguiente provocan que la sentencia se pueda encontrar viciada de una manera insubsanable.

LA IMPUGNACIÓN EXCLUSIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL CARÁCTER REVISOR

En la Legislación Salvadoreña el concepto de acto administrativo adquiere aún más relevancia, en vista que según la ley y la jurisprudencia el acto administrativo, se considera como la única actividad con trascendencia jurídica del Poder Ejecutivo, situación que ha incidido negativamente en la actividad impugnada, ya que precisamente toda impugnación se circunscribe a actos administrativos.

En este sentido toda contienda procesal al menos en el ordenamiento jurídico procesal Salvadoreño versará y se circunscribirá a la aquiescencia de que los actos Administrativos sean conformes con el ordenamiento jurídico.

La procedencia del Contencioso Administrativo entonces tendrá la virtualidad de revisar la legalidad de los actos de la administración, partiendo del supuesto que el objeto de la infracción al ordenamiento jurídico deriva exclusivamente de un acto administrativo. Ciertamente las medidas de hecho pueden comprometer derechos e intereses legítimos, pero en el Derecho Procesal Administrativo Salvadoreño se tiene como presupuesto procesal que el particular agraviado solicite a la administración pública el restablecimiento de la legalidad, y solo por su negativa será posible en todo caso incoar la acción dirigida a que se revise la legalidad del acto jurídico que se emitió a raíz del atropello jurídico contenido en la medida de hecho o acto material.

El principio revisor constituye una figura muy propia y singular de la justicia administrativa, ya que no existe en ninguna otra jurisdicción del poder Judicial un

enunciado de naturaleza semejante, que tase a los jueces ordinarios limites o restricciones que puedan poner a las partes en una situación de desigualdad.

La fuerza que despliega el predominio de este principio, establece que la jurisdicción solo puede desenvolverse bajo la existencia de un acto previo, no pudiéndose pronunciarse sobre extremos de los cuales no habían sido objeto de decisión por parte de la Administración, floreciendo siempre la necesidad de un acto administrativo, obstáculo que es decisivo para el conocimiento pleno de la función jurisdiccional, limitando el conocimiento de las posibles pretensiones que pueda plantear el recurrente; esta perspectiva del contencioso Administrativo encuentra su conexión con la desafortunada noción en la que el recurso de excés de pouvoir germina, articulándose no como un proceso entre partes, en que existe pugna entre individuos que tratan de asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas, sino mas bien en un control objetivo de la legalidad, distinguiéndosele como un proceso al acto en el cual los ciudadanos mas que ejercer una defensa de sus derechos, ejercen una función de Ministerio Público, coadyuvando a mantener la legalidad en el ordenamiento jurídico y obteniendo al final una simple anulación.

CONTROL SOBRE LOS REGLAMENTOS

Como ya se dejó claro, la jurisdicción contencioso administrativo en El Salvador se circunscribe a impugnación de actos administrativos, esta situación indudablemente restringe sensiblemente el control que se puede ejercer sobre las actuaciones de las Administraciones Públicas. En este sentido el ámbito natural de protección viene representado por actos administrativos, esto es, según la clásica definición de Zanobini, las declaraciones de voluntad, de conocimiento, de deseo o juicio emanados de una Administración Pública en materia de derecho administrativo. Las anteriores aseveraciones provocan en principio que los reglamentos u ordenanzas, se encuentran excluidos del control judicial de la Sala de lo Contencioso, dado que desde un punto de vista material, los reglamentos son actos regla o legislativos, que

tienen la virtud de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales.-

No obstante lo anterior, nuestra ley de manera expresa y clara establece que a pesar que las disposiciones de carácter general no son impugnables directamente, frente a ellas es posible atacarlas indirectamente.

En efecto, la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo provee un recurso indirecto específicamente en el Literal C del Art. 3, que establece que esta también procederá la acción contencioso administrativa: “Contra actos que se pronuncien en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.”

El recurso indirecto que plantea la ley, constituye una impugnación de actos que se produzcan en aplicación de disposiciones de carácter general, fundados en que tales disposiciones no son conformes a derecho. De lo anterior se entiende que el recurso indirecto no tiene la finalidad de impugnar el propio reglamento, sino por el contrario, el acto de aplicación de aquél, fundándose en la ilegalidad de la disposición general.

CONTROL SOBRE LOS ACTOS POLÍTICOS.

A través de la teoría del acto de gobierno, el órgano jurisdiccional, rechaza tajantemente la posibilidad de revisar decisiones gubernamentales tomadas por razones de “alta política” o “razones de Estado”. En estos términos la teoría de los actos políticos constituye una verdadera excepción al ejercicio del control, reprochable desde todo punto de vista jurídico. Sus defensores encuentran en su existencia un mecanismo de escape, adecuado para que las Administraciones públicas actúen sin sujeción alguna al derecho, inspiradas fundamentalmente por motivos calificados de “seguridad” y de “orden social”.

en El Salvador la presencia de los actos políticos se ha consolidado desgraciadamente, debido al arraigo legal que de manera expresa se mantiene en el Art. 4 letra “a” de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, donde explícitamente se le considera actividad que no corresponde al conocimiento de la Sala de lo Contencioso.

Por nuestra parte, no nos queda más que reprochar la postura adoptada, en vista que con anterioridad hemos dejado claro que los actos políticos no constituirán una nueva categoría de actos, sino constituyen verdaderos actos administrativos, que si bien pueden tener algún móvil político, su naturaleza jurídica sigue siendo la misma, la de actos administrativos.

NECESIDAD DE INCORPORACIÓN DE NUEVAS PRETENSIONES

Según nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se ha establecido de manera general, que el ataque a los actos ilegales de la Administración debe efectuarse mediante las pretensiones de mera Anulación y Plena Jurisdicción, exigiéndose siempre la presencia de Actos Administrativos. No obstante desde hace algún tiempo es clara la insuficiencia de tales figuras para controlar las patologías que surgen de la conducta pública, creándose al efecto instituciones que procuran otorgar un control pleno en cuanto a las actividades de la Administración.

Modernamente en países como Alemania y España han surgido nuevas pretensiones que coadyuvan a ejercer este control, hablamos en concreto de la pretensión contra “Inactividad” y las pretensiones contra las “vías de hecho”, procesos que buscan otorgar un control plenario para el pleno desarrollo de un Estado de Derecho, y que buscan tutelar absolutamente los derechos de los ciudadanos ante los excesos de poder de las administraciones. Precisamente la interpretación tradicional del carácter revisor de la jurisdicción administrativa, que exige un acto previo de la Administración se ha alzado hasta el momento como obstáculo insalvable para fiscalizar

jurisdiccionalmente tanto la inactividad de la Administración, como en las actuaciones materiales sin cobertura legal o vías de hecho.

Sobre la primera, la inactividad, no se trata en este caso de la inactividad formal, consistente en la falta de resolución o de tramitación de un procedimiento administrativo, puesto que en tal caso la inactividad se traduce, por ministerio de ley, en un acto presunto por silencio administrativo, que es recurrible en la vía judicial al igual que el acto expreso. Efectivamente, como se desprende de la expresión misma, la inactividad que ocupa nuestra atención, se presenta cuando la Administración Pública no despliega las funciones de orden administrativo que le impone el ordenamiento jurídico, la mayoría de veces, con afectación de los derechos e intereses de los ciudadanos.

El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas.

Pueden ser objeto de esta pretensión la inactividad de la Administración que, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, convenio o contrato, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas.

Como puede verse, se trata de una actuación administrativa, que no se solapa ni sufre la figura del silencio administrativo. El silencio es una ficción legal de cara, fundamentalmente, a la revisión jurisdiccional. Frente a esto, el recurso contra la inactividad tiene un presupuesto de hecho: la Administración ha asumido voluntaria (contrato, convenio) o forzosamente una obligación que tiene que cumplir y no

cumple. Por tanto, no supe el acto sino que lo toma como punto de partida ineludible.

Por otro lado, otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. En estos casos, al no poderse impugnar acto o decisión administrativa alguna, los derechos o intereses afectados carecerían de tutela si no se pudiera recurrir contra la actuación material misma. La regulación contra la vía de hecho arranca del principio esencial que impide a las administraciones inicien una actuación contra particulares que no tuviesen sustento en un acto administrativo previo que le sirviese de cobertura.

En este sentido a partir conseguir la operatividad real del esquema mencionado, el agraviado podrá intimar a la Administración actuante que será la autora real de la vía de hecho para que cese en la misma. Si dicha intimación no fuera atendida dentro de un plazo prudencial, el interesado podrá interponer directamente recurso contencioso administrativo.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Por la constitucionalización de las medidas cautelares, no sólo se busca enunciar su origen constitucional, sino reafirmar que la exclusión o limitación de estas medidas es contraria a la garantía de la defensa en juicio. Debe llegarse entonces al convencimiento inequívoco que infiere una conexión intrínseca entre las medidas cautelares y tutela judicial efectiva, ello en vista que esta última garantía constitucional no se puede limitar a garantizar de manera teórica el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos, sino que también debe impedir consecuencias perjudiciales por la demora de la tramitación de procesos.

En este orden de ideas, serán constitucionalmente obligatorias ante cualquier situación en que los derechos o intereses a proteger en el proceso de fondo pueden desaparecer, dañarse o desmerecerse, de manera irremediamente, si ella no interviene. Así, como consecuencia directa de la constitucionalización, las medidas cautelares podrían obtener un campo de aplicación más extenso, pudiéndose en primer termino, abandonarse criterios tradicionales que las identifican como de excepcional aplicación. En segundo lugar, se eliminaría la posibilidad de que por vía legislativa se limite la adopción de medidas cautelares que aseguran los procesos, en tanto la ejecutividad del acto administrativo no puede desplegarse libremente del control jurisdiccional, pues ello significaría privar a los justiciables de una garantía que se configura “como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”. Finalmente, a partir de lo expuesto, resulta evidente, que el sistema cautelar se convierte en un sistema abierto, que permite adaptar la tutela cautelar a cada caso concreto, debiendo adecuarse a las diversas pretensiones a ejercerse, no limitándose por esto únicamente a la suspensión del acto.

INFLUENCIA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO EN EL SISTEMA CAUTELAR SALVADOREÑO

El Tratado Libre Comercio, a dedicado un sección especial a la Contratación Pública, en concreto en el Capítulo Nueve, dentro del cual podemos encontrar un conjunto de disposiciones legales que amplían la tutela cautelar en los asuntos a los que el tratado mismo ha denominado contratación cubierta. En este sentido el Tratado de Libre Comercio establece la imperiosa obligación a la Autoridad encargada de resolver las impugnaciones incoadas, de adoptar cualquier tipo de medidas precautorias que fueren necesarias mientras se resuelve cualquier impugnación.

Es patente que bajo la cláusula de medidas precautorias oportunas, el Cafta- que ahora constituye parte de nuestro Derecho interno y, por tanto, de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los jueces salvadoreños-

reconoce sin ningún tipo de limitaciones la posibilidad de que se pueda adoptar cualquier clase de medidas precautorias o cautelares que fueren necesarias para asegurar la efectividad de los resultados del proceso de impugnación. Constituye, por otra parte, un derecho para los proveedores que hagan uso de la vía impugnativa poder exigir que se adopten cualesquiera medidas asegurativas o precautorias

Continúa aseverando Mena Castro que “Se trata, de verdad, de un importantísimo giro en la concepción de las medidas cautelares, puesto que ahora quedará en manos de la autoridad administrativa o judicial decidir sobre la medida que mejor se acomode a cada caso en concreto para asegurar que la resolución definitiva mantenga su utilidad.

De esta forma, cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo, conozca de impugnaciones referentes a contratación pública, poseerá la potestad y el deber de dictar sin límites, la medida cautelar que considere necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, es decir, en lo que a contratación Pública respecta existe gracias a la vigencia del Tratado de Libre Comercio un sistema cautelar abierto, donde tiene cabida cualquier tipo de medidas, incluidas las positivas.

INFLUENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL SOBRE EL SISTEMA CAUTELAR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La línea en la que se adscribe nuestro nuevo Código Procesal Civil, consagra expresamente la potestad cautelar genérica, al disponer en su articulado que podrán adoptarse en cualquier proceso las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia que recayera en el proceso, abriéndose el elenco de medidas cautelares, no limitándose a la suspensión del acto reclamado.

Esta nueva regulación provoca una influencia innegable sobre el sistema Cautelar Contencioso Administrativo en cuyo ordenamiento de momento solo podemos encontrar la figura de la suspensión del acto como la única medida Cautelar regulada. En efecto, no obstante lo mencionado, el Art. 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, dispone que son de aplicación, en cuanto fueran compatibles con la naturaleza de éste proceso, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que no contraríen el texto y los principios procesales que contiene la ley.

La disposición aludida supra, induce inequívocamente a la aplicación de disposiciones de cualquier tipo que coadyuven a la mejor aplicación y diligencia de la ley y que ofrezcan una mejor tutela a los particulares.

Lo anterior provoca si duda, la apertura a un sistema de “numeros apertus” respecto a la tipología medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas, de manera que la suspensión cautelar del acto deja de ser la única posible, pudiéndose adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

Lógicamente y como es de esperarse, la suspensión del acto seguirá siendo la medida cautelar por excelencia, pues dicha medida tiene como finalidad esencial la de proteger el derecho del recurrente, durante la sustanciación del recurso, en todos aquellos procedimientos en los que se pretende la anulación del acto, recursos que en todos los ordenamientos comparados, cuantitativamente son los más numerosos.

BIBLOGRAFIA

A.

Aberastury, Pedro., Ejecución de Sentencias contra el Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

Acosta Estévez, J., Tutela Procesal de los Consumidores, Editorial Bosh, Barcelona, 1995.

Alcalá-Zamora y Castillo., Proceso Administrativo, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XII, Número 51, México, 1963.

Almagro Nosete, José., Constitución y Proceso, Librería Bosh, Barcelona, 1984.

Almagro Nosete, José., y Otros, Derecho Procesal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989,

Almagro Nosete, José., La Prohibición Constitucional de la Indefensión, Revista del Poder Judicial, Numero Especial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.

Alvarado Roldán, Myrna y Otros., El Arbitraje Administrativo, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

Alzaga, Oscar., Comentario Sistemático a la Constitución Española de la 1978, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

Arbizu Lostao, Eduardo., Asistencia, Representación y Defensa de la Administración de Derecho Italiano, Revista de Administración Publica, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

Argañaras, Manuel J., Tratado de lo Contencioso Administrativo, Editorial Lex, Buenos Aires, 1988.

Armagnague, Juan Fernando., Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1995.

Armienta Calderón, Gonzalo M. Los Principios Rectores del Proceso, Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, Vol. XI, Numero 69, Guanajuato, 2000.

Armienta Calderón, Gonzalo M., Teoría General del Proceso, Editorial Porrúa, México, 2003.

Armijo, Gilberto., La tutela Constitucional del Interés Difuso, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, Costa Rica, 1999.

Arroyo Moreno, Jesús Ángel., Diagnostico Sobre el Poder Judicial, Diagnostico y Propuestas sobre los Sistema de Impartición de Justicia en México, Barra Mexicana de Colegio de Abogados, Editorial Themis, México, 2004.

Asenjo, Jiménez., Organización Judicial Española, Madrid, 1952.

B

Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Bacigalupo, Mariano., *El Sistema de Tutela Cautelar en e Contencioso Administrativo Alemán*, *Revista de Administración Publica*, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

Bacigalupo, Mariano., *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

Bandeira de Mello, Celso Antonio., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2006.

Barnés Vásquez, J. (coordinador), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Barraza, Javier Indalecio., *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.

Beladiez Rojo, Margarita., *La Vinculación de la Administración al Derecho*, *Revista de Administración Publica*, Numero 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Benda, Mainhofer, Vogel, Hesse, Heyde., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001

Bermejo Vera, José, *La tutela judicial del Administrado*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Numero 35, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

Bezzi, Ana María., *Habilitación de instancia contencioso administrativo*, *Documentación administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Numero 269-270, Madrid, 2004.

Bianca, C. Máximo., *Derecho Civil III, Contratos*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2007.

Bianchi, Alberto B., *El Estado Nacional ante El Arbitraje*, en *Obra Conjunta Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

Bielsa, Rafael., *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1957.

Biscartti di Ruffia, Paolo., *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.

Boquera Oliver, J.M., *La impugnación e inaplicación Contencioso Administrativo de los reglamentos*, *Revista de Administración Pública*, Numero 149, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

Botía Torralba, Pascual., *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo*, Editor Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

Bremberg, *La tutela cautelar en el proceso.*, *Su fundamentación jurídica*, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Numero 11, La Plata, 1963.

Brewer Carias, Allan R., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

Brewer-Carias, Allan R., *Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*, *Revista de Derecho Público*, Numero 49, Caracas, 1992.

Brewer-Carias, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Legis, Colombia, 2003.

Brewer-Carias, Allan R., *El Derecho Administrativo y El Derecho a la Democracia: Una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado*, Nueva York, 2009.

Brewer-Carias, Allan R., *La Justicia Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2007.

Briseño Sierra, Humberto., *Competencia de los tribunales administrativos*, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, Número extraordinario, México, 1971.

Burgoa O., Ignacio., *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1984.

Burgoa O., Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1995.

Burgoa O., Ignacio., *El Jurista y El Simulador del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1989.

Bustamante Alsina, Jorge., *La Autonomía de la voluntad la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la Buena fe*, *Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Editorial Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1997.

C

Cajarville Peruffo, Juan Pablo., *Sobre Derecho Administrativo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

Calamandrai, Piero., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.

Calamandrei, Piero., *Introducción al estudio Sistemático de las providencias cautelares*, *Bibliografía Argentina*, Buenos aires, 1945.

Calamandrei, Piero., *Proceso y Democracia*, Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1960.

Calderón Cuadrado, María Pía., *Legitimación y Tutela Cautelar*, *Revista del Poder Judicial*, Numero 75, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Calderón M., Hugo Haroldo., *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Orión, Guatemala, 2006.

- Campos Sánchez-Bordona, Manuel., La Tutela Cautelar de los Derechos con origen en el ordenamiento comunitario, Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999.
- Capelleti, Mauro y Bryant Garth., El acceso a la justicia, La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Carbonell, Miguel., Los Derechos Fundamentales en México, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Carbonell, Miguel., Los Guardianes de las promesas. Poder Judicial y Democracia en México, Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, Numero 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Carlos Barra, Rodolfo., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Carnelutti, Francesco., Derecho Procesal Civil y Penal, Buenos Aires, 1956.
- Carnelutti, Francesco., Derecho y Proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- Carnelutti, Francesco., La Muerte del Derecho, La Crisis del Derecho, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- Carnelutti, Francesco., Poner en su puesto al Ministerio Público, Cuestiones sobre el Proceso Penal, Editorial EJE, Buenos Aires, 1961.
- Carnelutti, Francesco., Dirritio e proceso, Morano, Napoli, 1958.
- Carpizo, Jorge., Estudios Constitucionales, Editorial Porrúa, México, 1996.
- Carranza Torres, Luis R., Medidas Cautelares respecto de la Administración Pública, Editorial Alveroni, Cordova, 2005.
- Carroca Pérez, Alex., Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1998.
- Casado Pérez, José María., Derecho Procesal Penal, Corte Suprema de Justicia, Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2000.
- Casado Pérez, José María., y Otros, Código Procesal Penal Comentado, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.
- Cassagne, Juan Carlos., El Contrato Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos., Estudios de Derecho Público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Castillo Blanco, Federico A., La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Castrillón y Luna, Víctor M., Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Castro, Juventino V., Hacia el Sistema Mexicano del Siglo XXI, Editorial Porrúa, México, 2000.

Chinchilla Marín, Carmen., De Nuevo Sobre la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo, La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado obra conjunta coordinada por Javier Barnes Vásquez, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Chinchilla Marín, Carmen., El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales, Revista de Administración Pública, Numero 131, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

Chinchilla Marín, Carmen., La Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Chiovenda, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1922.

Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1954.

Clará Recinos, Mauricio Alfredo., Ensayos y Batalla Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006.

Comandira, Julio Rodolfo., Derecho administrativo, procedimiento administrativo. Otros estudios, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

Comandira, Julio Rodolfo., El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Comandira, Julio Rodolfo., Las Medidas Cautelares en el proceso Administrativo, Buenos Aires, 1994.

Coppa, Sergio A., Acción de Lesividad, Derecho Administrativo libro Homenaje al Profesor Julio Comandira Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

Córdoba Ortega, Jorge., El Derecho de Petición como Garantía Fundamental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 1997.

Cordón Moreno, Faustino., El Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

Cuestas, Humberto Guillermo., Separata de la Revista Judicial, Quince Años de Jurisdicción Contencioso Administrativo, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1996.

D

de la Morena y de la Morena, L., Jurisdicción y Estado de Derecho, Revista de Administración Publica, Numero 81, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1976.

de la Sierra, Susana., Tutela Cautelar Contencioso- Administrativo y Derecho Europeo, Editorial, Aranzadi, Navarra, 2004.

de Laubadère, André. Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogota, 1984.

de Mendizabal Allende, Rafael. La función Jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, Revista de Administración Pública, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

de Vega Pinzón, Gabriel. La Discrecionalidad Administrativa, Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Centro Editorial Universidad El Rosario, Colombia, 2005.

Delgado, Isaac Martín., Función Jurisdiccional y ejecución de Sentencias en lo Contencioso Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

Díaz Roca, Rafael., Teoría General del Derecho, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

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

Diez-Picazo Jiménez, Ignacio., El Derecho Fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 11, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Diez, Manuel Maria. Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1963.

Diez, Manuel Maria. Derecho Procesal Administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983.

Domenech Pascual, Gabriel. La inaplicación Administrativa de Reglamentos Ilegales y leyes Inconstitucionales, Revista de Administración Pública, Numero 155, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Dormí, Roberto., Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

Dromi, José Roberto., Proceso Administrativo: Perspectiva, Revista de Administración Pública, Numero 88, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978.

Dromí, José Roberto., El Poder Judicial, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984.

Dromí, José Roberto., Garantías Procesales, Las Cautelares o la ultima razón del Derecho, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.

Dromi, José Roberto., Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995

Dromi, José Roberto., Los Jueces, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992.

Dromi, José Roberto., Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

Duguit, León. Manual de Derecho Constitucional, Editor Francisco Beltran Principe, Madrid, 1926.

Duverger, Maurice Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

E

Echandía, Devis., Teoría General del Proceso, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1997.

Ehlers, Dirk., La Protección de los Derechos Fundamentales en Europa, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 77, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Entrena Cuesta, Rafael., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1965.

Escola, Héctor Jorge., Tratado Integral de Contratos Administrativos, Volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.

Escuin y Palop, Vicente., El Recurso Contencioso Administrativo de Lesividad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Escusol Barra, Eladio. y Jorge Rodríguez-Zapara Pérez., Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

F

Fairen., La reforma del proceso cautelar, Temas del ordenamiento procesal, Madrid, 1969.

Falcón, Enrique M., Derecho Procesal, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2003.

Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1983.

Falcón, Enrique M., Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

Farrando, Ismael., Manual de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

Fauré, Christine., Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789, Comisión Nacional de Derecho Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Favoreu, Luis., Los Tribunales Constitucionales, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Fernández Masía, Enrique., Arbitraje en Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral en el Ciadi, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Fernández Valverde, Rafael., De nuevo, el Silencio Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 105, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

Fernández Salmeron, Manuel., Nuevas Tendencias de la Justicia Administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras de la distinción entre Intereses Legítimos y Derecho Subjetivos, Revista de Administración Publica Numero 154, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., Los vicios de orden publico y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 56, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968.

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., Orden Publico y Nulidad de Pleno Derecho, Revista de Administración Publica, Numero 56, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969.

Tomas Ramón Fernández Rodríguez, Desaparece el Recurso Contra Reglamentos, Revista de Administración Publica, Numero 65, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1971.

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., Los Sindicatos y El Recurso Contencioso,, Revista de Administración Publica, Numero 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., De nuevo sobre la Ejecución de sentencias Contencioso Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 83, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1977

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., Sobre el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 11, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., ¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 83, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

Fernández Rodríguez, Tomas Ramón., De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 80, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Fernández Torres, Juan Ramón., La legitimación corporativa en la jurisdicción Contencioso Administrativa, La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios Homenaje al Profesor González Pérez, Editorial Civitas, Madrid, 1993

Fernández Torres, Juan Ramón., Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

Fernández Torres, Juan Ramón. La formación histórica de la jurisdicción Contencioso Administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

Fernando Pablo, Marcos M., La Motivación del Acto Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

Ferrajoli, Luigi., Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008

Ferrajoli, Luigi., Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., El Acceso a la Justicia de los Intereses de Grupo, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2003.

Figueruelo Burrieza, Angela., Notas Acerca del Recurso de Amparo Electoral, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

Figueruelo Birrieza, Angela., Crisis de la justicia y Tutela Judicial Efectiva, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 3, Instituto iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.

Figuroa Valdéz, Juan Eduardo. Resolución de controversias en la Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, Santiago, 2003.

Fiorini, Bartolome., Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

Fiorini, Bartolome., Que es el contencioso, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Fix Zamudio, Héctor., Introducción a la Justicia Administrativa en el Ordenamiento Mexicano, El Colegio Nacional, México, 1983.

Fix Zamudio, Héctor., Teoría de los recursos en el contencioso Electoral, Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México, 1992.

Fix-Zamudio, Héctor., El Amparo y la Enseñanza Procesal, Editorial Porrúa, México, 1997.

Fix-Zamudio, Héctor., El Juicio Político y la Responsabilidad del Estado en el Ordenamiento Mexicano, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 3, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.

Font Serra., Las Medidas Cautelares como manifestación de la justicia preventiva, El Sistema de Medidas Cautelares, Pamplona, 1974.

Fraga, Gabino., Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1984.

G.

Galeano, Juan José., El Principio de Juricidad, Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

Gallardo Castillo, María Jesús., Los Problemas de la Aplicación Supletoria de la LEC en el Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Iustel, Madrid, 2006.

Gallegos Fedriani, Pablo Oscar., Control judicial de la administración. Medidas cautelares, Derecho procesal administrativo. Homenaje Jesús González Pérez, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Gamero Casado, Eduardo., Derecho Administrativo, La Jurisdicción Contencioso Administrativo. El Acto Administrativo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2001.

Gamero Casado, Eduardo. y Severiano Fernández Ramos., Manual Básico de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

Garberí Llobregat, José., Constitución y Derecho Procesal, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

García Belaunde, Domingo., Derecho Procesal Constitucional, Editorial Temis, Bogota, 2001.

García de Enterría, Eduardo., Hacia una nueva justicia administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

García de Enterría, Eduardo., Contencioso- Administrativo objetivo y Contencioso Administrativo Subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión Histórica y Comparatista, Revista Española de Administración Pública, Numero 152, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

García de Enterría, Eduardo., Democracia, Jueces y control de la Administración, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

García de Enterría, Eduardo., El Concepto de Personalidad Jurídica en el Derecho Publico, Revista de Administración Publica, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

García de Enterría, Eduardo., El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos, Revista de Administración Publica, Numero 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963.

García de Enterría, Eduardo., La Batalla por las Medidas Cautelares, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

García de Enterría, Eduardo., La Constitución como Norma y El tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

García de Enterría, Eduardo., La definitiva erradicación de los actos de gobierno en nuestro derecho, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 106, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

García de Enterría, Eduardo., La Democracia y el Lugar de la Ley, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 92, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

García de Enterría, Eduardo., La Formación y el Desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva, Revista de Administración Pública, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

García de Enterría, Eduardo., La Justicia Administrativa en el cambio de Siglo, Colección Fundap, México 2003.

García de Enterría, Eduardo. La Lucha por las Inmunidades de Poder, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1983.

García de Enterría, Eduardo., Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud de jurisdicción ¿Un cambio de paradigma? Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007

García de Enterría, Eduardo., Los Fundamentos Constitucionales del Estado, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 52, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

García de Enterría, Eduardo., Organización Contencioso-Administrativa y Sistema de Recursos, Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso- administrativo, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997.

García de Enterría, Eduardo., Una Nota Sobre el Interés General como Concepto Jurídico Indeterminado, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 89, Editorial Civitas, Madrid, España, 1996.

García de Enterría, Eduardo. y Tomas Ramón Fernández., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

García Pelayo, Manuel., Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español, Revista de Derecho Constitucional, Numero 2, Publicación de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1992.

García Pulles, Fernando R. Tratado de lo Contencioso Administrativo, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

García Pulles, Fernando R., Tratado de lo Contencioso Administrativo, Editorial la Ley, Buenos Aires, 2004.

García-Trevijano Fos, José Antonio., Los Actos Administrativos, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Garderes, Santiago. Las Medidas Cautelares en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2005.

Garrido Falla, Fernando., Democracia y Estado de Derecho: Sometimiento Efectivo de todos los Poderes a la Ley, Revista de Administración Pública, Numero 128, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

Garrido Falla, Fernando., Sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

Garrido Falla, Fernando., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

Gidi, Antonio. y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinadores., La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e individuales Homogéneos Hacia un Código Modelo para Iberoamerica, Editorial Porrúa, México, 2003.

Gil Ibáñez, José Luis., Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Colex, Madrid, 2001.

Goldschmidt., Principios Generales del Proceso, Buenos Aires, 1961.

Goldstein, Raúl., Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

Gómez-Ferrer Morant, Rafael., Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

González Camacho, Oscar Eduardo., La Justicia Administrativa Control Judicial de la Inactividad Administrativa, Editorial Investigaciones Jurídica, San José, 2002.

González Camacho, Oscar Eduardo., La Justicia Administrativa, Medidas Cautelares Positivas, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2000.

González de Cossío, Francisco. Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2004.

González de Cossío, Francisco. El Estado de Derecho, Editorial Porrúa, México, 2007.

González Pérez, Jesús., Administración pública y libertad, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, México, 1971.

González Pérez, Jesús., Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Editorial Civitas, Madrid, 2003.

González Pérez, Jesús., Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1985.

González Pérez, Jesús., Derecho Procesal Administrativo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997.

González Pérez, Jesús., El Control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1997, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 97, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

González Pérez, Jesús., El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1989.

González Pérez, Jesús., Evolución de la Legislación Contencioso Administrativa, Revista Española de Administración Pública, Numero 150, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

González Pérez, Jesús., Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamerica, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 123, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

González Pérez, Jesús., La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativo, Revista de Derecho Administrativo, Año 11, Depalma, Buenos Aires, 1999.

González Pérez, Jesús., La declaración de Lesividad, Revista de Administración Pública, Numero 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950.

González Pérez, Jesús., La Justicia Administrativa en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Numero 24, San José, 1974.

González Pérez, Jesús., La pretensión procesal Administrativa, Revista de Administración Pública, Numero 12, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1953.

González Pérez, Jesús., La Selección de los Jueces, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008.

- González Pérez, Jesús., Los atentados al Modelo de Justicia de la Constitución de 1978, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 134, Editorial Civitas, Madrid, 2007.
- González Pérez, Jesús. Los obstáculos del acceso a la Justicia Administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 83, Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- González Pérez, Jesús., Los Recursos Administrativos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1969
- González Pérez, Jesús., Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- González Pérez, Jesús., Nuevos Sistemas de Control de la Administración Pública, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 22, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
- González Pérez, Jesús., Pluralidad de Partes en el Proceso Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.
- González Pérez, Jesús. y Juan Carlos Cassagne., La Justicia Administrativa en Iberoamérica, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- González, Horacio Ricardo., Estado de no Derecho, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- González-Berenguer, José Luís., La Futura Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.
- González-Varas Ibañez, Santiago., El principio de congruencia en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Jurisprudencia y cambios tras la LJCA DE 1998, Revista Justicia Administrativa, Numero extraordinario, Editorial Lex Nova, 1999.
- González-Varas Ibañez, Santiago. La vía de hecho administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- González-Varas Ibañez, Santiago., La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Gordillo, Agustín., El acto administrativo, en obra colectiva coordinador Carlos A. Botassi , El Nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 2000.
- Gordillo, Agustín., Introducción al Derecho, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- Gordillo, Agustín. La prueba en el Derecho Procesal Administrativo, Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carias, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.
- Gordillo, Agustín., Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- Gordillo, Agustín., y Mabel Daniele, Procedimiento Administrativo, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

Granillo Ocampo, Raúl Enrique., Distribución de los Riesgos en la Contratación Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990

Grau, Armando E., Habilitación de la instancia contencioso administrativa, Librería Editora Platense, La Plata, 1971.

Guaíta, Aurelio., El Proceso Administrativo de Lesividad, Editorial Bosh, Barcelona, 1953.

Guasp, Jaime., Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1968.

Guasp, Jaime., La Pretensión Procesal, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo., A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable, Revista del Poder Judicial, Numero 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

H.

Häberle, Peter., El Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2001.

Hernández Espíndola, Zeus Jesús., Los principios generales del derecho. Algunas consideraciones, Nuevo consultorio fiscal, Año 15, Numero 287, México, 2001.

Hernández Valle, Rubén., Derecho Electoral Costarricense, Editorial Juricentro, S.A, San José, 2004.

Hernández Valle, Rubén., El Derecho de la Constitución, Editorial Juricentro, San José, 2004.

Hernández Valle, Rubén., La Vinculatoriedad de las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004.

Hesse, Konrad. y Peter Häberle., Estudios Sobre la Jurisdicción Constitucional, Instituto de Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2005.

Higuero, Lozano., La Protección Procesal de los Intereses Difusos, Madrid, 1993.

Hillepradt, Olimpia., Principios de Buen Gobierno un Efectivo Control Anticorrupción, Universidad de Utrecht, San Salvador, 2004.

Hoyos, Arturo., Debido Proceso y Democracia, Editorial Porrúa, México, 2006.

Huergo Lora, Alejandro., Irrecorribilidad de los actos confirmatorios y reproductivos y prescripción de derechos, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 104, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Huergo Lora, Alejandro., Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.

Huertas Martin, M. Isabel., Algunos aspectos de la actividad probatoria en el proceso administrativo, Revista del Poder Judicial, Numero 55, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Hutchinson, Tomas., Control de la Administración Publica, Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003.

I.

Ibáñez, Perfecto Andrés. Contra las inmunidades de poder: una lucha que debe continuar, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 93, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

J.

Jiménez Meza, Manrique., El Silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas, Revista Iustitia, Numero 94, San José, 1994.

Jiménez Meza, Manrique., La legitimación Administrativa(Procedimiento administrativo y contencioso Administrativo), Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.

Jiménez Meza, Manrique., y Otros, El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, San José 2006.

Jinesta Lobo, Ernesto., Fundamentos Constitucionales de la Nueva Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista de Derecho Publico, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

Jinesta Lobo, Ernesto., La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, Editorial Guayacán, Costa Rica, 1999.

Jinesta Lobo, Ernesto., La Nueva Justicia Administrativa en Costa Rica, Revista de Administración Pública, Numero 179, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

Jinesta Lobo, Ernesto., y Aldo Milano Sánchez, El Arbitraje en el Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008.

K.

Kelsen, Hans., Esencia y valor de la Democracia, Editorial Tabor, Barcelona, 1934.

Kelsen, Hans., Teoría Pura del Derecho, Editorial Peña Hnos., México, 2001.

L.

Laguardia, Sandra Morena., La Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional, Publicación de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990.

Larenz, K., Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1966.

Lavilla Rubira, Juan José., El Procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del Gobierno, Revista Justicia Administrativa, Numero 1, Editorial Lex Novoa, Valladolid, 1998.

Linares, Mario., El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006.

Llorente Hurtado, Fernando. Estatuto del Ministerio Fiscal, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1980,

Long, Marcel., Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, Ediciones Librería El Profesional, Bogota, 2000.

López Guerra, Luís., Introducción al Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

López Guerra, Luís., y Otros, Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

López Olvera, Miguel Alejandro., La Instancia Administrativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

López Olvera, Miguel Alejandro., Tratado de la Facultad Reglamentaria, Editorial Porrúa, México, 2007.

M.

Magaña, Álvaro., La Prerrogativa de Inviolabilidad de los Diputados del Art. 125 Constitucional, Revista Justicia de Paz, Numero 7, San Salvador, 2000

Magaña, Álvaro., Valor de la Constitución como Norma Jurídica y la Figura del Profesor García de Enterría, Revista Justicia de Paz, Numero 9, San Salvador, 2001.

Mairal, Héctor., Los plazos de caducidad en el derecho administrativo Argentino, Derecho procesal administrativo, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2002.

Mans Puigarnau, Jaime., Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia, Editorial Bosh, Barcelona, 1979.

Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

Martín Granizo, Fernández., El Ministerio Fiscal en España, Madrid, 1977.

- Martínez Alarcón, María Luz., La independencia Judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Martínez López-Muñiz, José Luís., La Garantía Constitucional del Derecho Administrativo, Revista Iberoamericana de Administración Pública (RIAP), Numero 9, Madrid, 2002.
- Martínez Martín, A., La Jurisprudencia contencioso-Administrativa de las elecciones Municipales generales de 10 de junio de 1987, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Numero 237, Madrid, 1988.
- Martínez Moreno, Alfredo., Temas de Derecho Internacional y otras Cuestiones Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2002.
- Martin-Retortillo González, Suspensión de los actos administrativos por los tribunales de lo Contencioso, Madrid, 1963.
- Martin-Retortillo, Sebastian., La defensa en Derecho de las Administraciones Publica, Revista de Administración Publica, Numero 121, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.
- Masucci, Alfonso., El Procedimiento de Mediación como medio alternativo de resolución de litigios Administrativos, Revista de Administración Pública, Numero 178, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Mayer, Otto., Deutshes Verwaltungsrecht I, Munchen-Leipzig, 1924.
- Mayora Alvarado, Eduardo., El Imperio del Derecho y El Contencioso Administrativo, Editorial Artemis Edinter, Guatemala, 2005.
- Meléndez, Florentín., Instrumentos Internacionales sobre Derecho Humanos Aplicables a la Administración de Justicia, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2004.
- Mena Castro. Armando Enrique., Prontuario de Justicia Administrativa, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Año I, Numero 1, 2006.
- Merkel, Adolfo., Teoría General del Derecho Administrativo, México, 1980.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo., Derecho y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Secretaría General de los Estados Americanos, Washington D.C, 1980.
- Montero Aroca, Juan., Independencia y responsabilidad del Juez, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.
- Montero Aroca, Juan., y Otros, El Nuevo Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Montesquieu., Del Espíritu de la Leyes, Editorial Porrúa, México, 1982.
- Monti, Laura., El agotamiento de la instancia administrativa, Control de la Administración pública, Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003.
- Morell Ocaña, Luis., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

Muñoz Machado, Santiago., El derecho a obtener Justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 25, Editorial Civitas, Madrid, 1980

Muñoz, Guillermo Andrés., El Enigma de la Habilitación de la Instancia, Revista de Actualidad en Derecho Publico, Numero 3, Buenos Aires, 1996.

Muñoz, Guillermo Andrés., Reglamentos de Necesidad y Urgencia en Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

N.

Nabal Recio, Antonio., En torno al Libro Blanco de la Justicia, Revista del Poder Judicial, Numero 49, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

Nabal Recio, Antonio., Reflexiones para un sistema de lo Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 94, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Nava Negrete, Alfonso., Días y Trabajos del Tribunal Contencioso Administrativo del DF de México, Revista de Administración Publica, Numero 100-1002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

Nava Negrete, Alfonso., Recursos administrativos, Justicia administrativa, Editorial Trillas, México, 1988.

Nieto, Alejandro., El Desgobierno Judicial, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Nieto, Alejandro., La Administración de Justicia y El Poder Judicial, Revista de Administración Pública, Numero 174, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Nieto, Alejandro., La inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción de 1998, Justicia Administrativa, Numero extraordinario, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

Nieto, Alejandro., La Inactividad de la Administración y el recurso contencioso-Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 37, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962.

Nieto, Alejandro., La Inactividad material de la Administración pública veinticinco años después, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero75, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

Nieto, Alejandro., Motivación de las Sentencias, Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Nieto, Alejandro y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón., El Derecho y El Revés, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

Nogueira Alcalá, Humberto., La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Numero 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004.

Nohlen, Dieter y Otros, Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1998.

Nosete, Almagro. Comentarios a las leyes políticas, Madrid, 1985.

O.

Oliva Ortiz, Roberto., Inmunidades y Prerrogativas en Latino América, Fundación Interamericana de Abogados, Perú, 2007.

Orellana, Edmundo., Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993.

Orozco Henríquez, Jesús (Coordinador)., Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas, México, 1999.

Ortells Ramos., Las Medidas Cautelares, La ley, Madrid, 2000.

Ortiz Ortiz, Eduardo., Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras, Revista de Ciencias Jurídicas, Numero 27, Costa Rica, 1966.

Osorio Acosta, Ezequiel., La Suspensión del Acto Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

Ovalle Favela, José., Teoría General del Proceso, Editorial Oxford, México, 2005.

P.

Palacio, Lino E., Derecho procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

Pallares, Eduardo., Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1986.

Pallares, Eduardo., Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1972.

Palleres, Jacinto., El Poder Judicial, México, 1986.

Pantoja Bauzá, Rolando., Derecho Administrativo Chileno, Editorial Porrúa, México, 2007.

Parada, José Ramón., Privilegio de Decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso, Revista de Administración Pública, Numero 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968.

Parada, José Ramón., Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

Parada, Juan Ramón., Justicia Administrativa e Irresponsabilidad de los Servidores Públicos, Revista de Administración Pública, Numero 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Parejo, Luciano Alfonso., Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Madrid, 2003.

Parejo, Luciano Alfonso., La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 46, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

Parejo, Luciano Alfonso., Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

Peñarrubia, Joaquín María., Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los tribunales: tres sentencias del tribunal constitucional sobre la administración y el derecho a la tutela judicial efectiva, Revista Española de derecho Administrativo, Numero 91, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

Pérez Portilla, Karla., Principio de Igualdad, Alcances y perspectivas, Editorial Porrúa, México, 2007.

Pérez Royo, Javier., Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

Perrino, Pablo Esteban., Proceso contencioso administrativo y habilitación de instancia, Control de la administración pública. Administrativo, legislativo y judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003.

Perrino, Pablo Esteban., El Plazo para deducir la pretensión procesal administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, Estudios de Derecho Administrativo, El proceso administrativo en la República Argentina, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2004.

Peyrano, Jorge Walter., La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa, Revista de Derecho Procesal, Numero 5, Santa Fe, 2000.

Pico y Junoy, Juan., El derecho a la Prueba Civil, Editorial Bosh, Barcelona, 1996.

Pinzón Sánchez, Jorge., Las Condiciones Generales de La Contratación y Cláusulas Abusivas, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

Piza Escalante, Rodolfo E. y Otros, Principios Constitucionales, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A, San José, 2008.

Podetti, Ramiro., Tratado de Las Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1955.

Q.

Quezada Maldonado, Mario., Derecho Electoral Mexiquense, Instituto Electoral del Estado de México, México, 2004.

Quintana López, Tomas., Las Medidas Cautelares en el proceso administrativo Italiano, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 64, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

Quintero., Las Reformas Constitucionales de 1956, Anuario de Derecho Número 2, Enero 1956-Mayo 1957.

R.

Ramos Méndez, Francisco., Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1985.

Ramos Ortells, Manuel y Maria Pia Calderón Cuadrado., La Tutela judicial cautelar en el Derecho Español, Editorial Comares, Granada, 1996.

Rebollo Puig, Manuel., Juricidad, Legalidad y Reserva de ley como limites a la potestad Reglamentaria, Revista de Administración Publica, Numero 125, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Rebollo Puig, Manuel., La nulidad en Derecho Administrativo(Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo Español a propósito de la nulidad de los derecho fundamentales, Revista Justicia Administrativa, Numero 44, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

Recasens Siches, Luis., Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México, 1961.

Retana, Eduardo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa y sus Reformas, Revista del Colegio de Abogados, Numero 12, San José, 1966.

Rico, José Ignacio., El expediente administrativo y el proceso administrativo: un análisis de jurisprudencia, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 71, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Rigo Sureda, Andrés., La Noción de Inversión Protegida, Arbitraje Internacional, Tenciones Actuales, Editorial Legis, Bogota, 2007.

Rivera, Julio César., Arbitraje Comercial, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

Rivero Isern, José Luís., Vía administrativa de recurso y justicia administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

Rivero Ortega, Ricardo., Comentarios a los Artículos 49 a 57 del Código Procesal Contencioso-Administrativo Costarricense de 2006, Revista de Derecho Público, Numero 6, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

Rivero Ortega, Ricardo., El Expediente Administrativo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008

Rivero Ortega, Ricardo., Medidas Cautelares Innominadas en lo Contencioso Administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 98, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

Robles Garzón, Juan Antonio., Los Recursos en la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Revista del Poder Judicial, Numero 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Rodríguez Jiménez, Sonia., El Sistema Arbitral del CIADI, Editorial Porrúa, México, 2006.

Rodríguez-Arana, Jaime., La Suspensión del Acto Administrativo (en vía de recurso), Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1986.

Rodríguez-Arana, Jaime., De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 64, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

Rodríguez-Arana, Jaime., Las Medidas Cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo en España, Estudios Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Rojas Franco, Enrique., Derecho Administrativo de Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2006.

Romero Pérez, Jorge Enrique., Derecho Administrativo Ensayos, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1985.

Rousseau, Juan Jacobo., El Contrato Social o Principios de Derecho Político, Discurso Sobre Las Ciencias y Las Artes Discurso Sobre El Origen de la Desigualdad, Editorial Porrúa, México, 1982.

S.

Sagüés, Néstor Pedro., Manual de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

Sainz Moreno, Fernando., Suspensión del acto y caución suficiente, Revista Española de Derecho Administrativo, Numero 15, Editorial Civitas, Madrid, 1977.

Sala Sánchez, Pascual., La Constitución, La ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento, Revista de Administración Publica, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

Salgado Carrero, Celestino., El Derecho a la Ejecución de las Sentencias como manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Revista del Poder Judicial, Numero 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

Sánchez Carrión, Joaquín Luís., Significación e incidencia en el proceso de la indefensión constitucional, Revista del Poder Judicial, Numero 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

Sánchez Morón, Miguel., Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

Sánchez Morón, Miguel., Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Suprema de 3 de diciembre de 2008), Revista Justicia Administrativa, Numero 43, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

Sánchez Morón, Miguel., Sobre la Situación de la Justicia Administrativa en los Albores del Siglo XXI, Revista de Administración Publica, Numero 154, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso., Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2004.

Santos Rodríguez, Jorge Enrique., Construcción Doctrinaria de la Revocación del Acto Administrativo Ilegal, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.

Sayagues Laso, Enrique., Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1974.

Schmidt-Assmann, Eberhard. Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

Seijas, Gabriela., Ejecutoriedad del Acto Administrativo, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

Sendra Vicente, Gimeno., y Otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

Sendra, Vicente Gimeno., El Nuevo Sistema de Medidas Cautelares en la LJCA de 1998, Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Senés Montilla, Carmen., XII Congreso mundial de Derecho Procesal, Volumen III. Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados a la luz del Derecho Español, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2005.

Serra Rojas, Andrés., Derecho administrativo, Editorial Porrúa, México, 1961.

Serrate Paz, José M., La demanda en el proceso contencioso administrativo en Bolivia, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

Servando Fernández-Vitorio y Camps., El Tribunal de Cuentas ante su Futura ley Organica, Revista de Administración Pública, Numero 87, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978.

Sesín, Domingo., Tribunal de Cuentas. Importancia y Alcance del Control Previo. Nuevas perspectivas. Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003.

Silva Cimma, Enrique., Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.

Simón Padrós, Ramiro., La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

Simon, Dieter., La Independencia del Juez, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

Snopek, Guillermo., Medidas cautelares en contra de la administración pública, Librería Editora Platense, La Plata, 1985.

Solis, Alex., Reyes sin Corona Rendición de Cuentas y Evaluación de Resultados, Impresión Grafica del Este, San José, 2002.

Solozábal Echevarría, Juan José., La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades, Revista de Derecho Constitucional, Numero 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

Soto, Carlos Alberto. y Otros., Contratación Contemporánea, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

Spiliotopoulos, Epaminondas P. Derecho Comparado: Una Nota sobre el Procedimiento Administrativo en Europa Occidental en la obra conjunta El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado coordinador Javier Barnes Vasquez, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Stack, Christian., Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 53, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Suarez, Gladys G., Finalidad del Acto Administrativo, Derecho Administrativo Libro Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comandira, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

T.

Tapia Tovar, José., El buen derecho. Los principios generales del derecho, Nuevo consultorio fiscal, Año 13, Numero 228, México, 1999.

Tapia Tovar, José., El Señor Magistrado, Estructura Jurídica y Radiográfica de su función, Editorial Porrúa, México, 2005.

Tawil, Guido., Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001.

Tenorio, Jorge Eduardo., El Contencioso Administrativo en El Salvador, San Salvador, 1970.

Teso Gamella, Pilar., Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Tinetti-Bertrand Galindo y otros., Manual de Derecho Constitucional, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.

Toharia, José-Juan., El Juez Español un análisis sociológico, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Madrid, 1975.

Tornos Mas., La Situación Actual del Proceso Contencioso-Administrativo, Revista de Administración Publica, Numero 122, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

Torres del Moral, Antonio., Principios de Derecho Constitucional Español, Atomo Ediciones, Madrid, 1986.

Trayter, J.M., El Arbitraje de Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Numero 143, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

V.

Vallefín, Carlos A., Protección Cautelar frente al Estado, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Avellaneda provincia de Buenos Aires, 2002.

Velarde Fuentes, Juan., El Control de los Fondos Públicos, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Vélez García, Jorge., Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa fe de Bogotá, 1996.

Veléz Mariconde. Alfredo., Derecho Procesal Penal, Editorial Maecos Lerner, Córdoba, 1982.

Vendel, Georges., Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

Véscovi, Enrique., Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999.

Viana Cleves, María José., El Principio de Confianza Legítima en Derecho Administrativo Colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Vidal Perdomo, Jaime., Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, Editorial Legis, Bogotá, 2005.

Villar Ezcurra, José Luís., Actos Administrativos de Trámite, Revista de Administración Pública, Numero 86, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978.

W.

Waline, Marcel., Droit administratif, 1963.

Weber, Albrecht., Principio de Estado de Derecho como principio Constitucional Europeo, Revista Española de Derecho Constitucional, Numero 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Wolfgang Bockenforde, Ernest., Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Z.

Zanobini, Guido., Corso di Diritto Administrativo, Milan, 1947.