

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993



LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS A LA LUZ DE LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS EN LA
JUNTA DE VIGILANCIA DE LA PROFESIÓN MÉDICA EN EL CONSEJO
SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

SANDRA ELIZABETH RENDEROS BARDALES
KRISCIAN ODARIS HERNÁNDEZ ALARCÓN

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2011.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADÉMICO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LIC. NELSON BOANERGES LÓPEZ CARRILLO
FISCAL GENERAL INTERINO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

El camino hacia una meta es sinuoso, en el cual muchas veces no quieres continuar y sientes que esa recompensa anhelada nunca llegara, pero cuando estas a las puertas de alcanzar esa meta el sentimiento es indescriptible, y este logro se lo debo a Dios, pues él ha sido mi compañero, mi amigo, el que no me abandono, el que siempre me animo, sin el nada de esto sería posible.

A quien me formo desde pequeña, que me animo a continuar y no rendirme, a quien creo en mi sueños, quiero agradecerle a mi abuelita Lidia García, que siempre encontró las palabras adecuadas para ser mi amiga y quien me enseño a luchar.

A mis padres Sandra Elizabeth Bardales de Renderos y Adán Renderos Méndez, por todo su apoyo, a lo largo de mi vida y sobretodo de mi carrera, por entender mis desvelos, por escuchar, por sus consejos, por ser unos padres ejemplares, muchas gracias este logro es para ustedes y para mi familia.

A mis amigas incondicionales Ale, Melissa y María, por ser como mis hermanas, por cada uno de sus detalles que han tenido conmigo a lo largo de mi vida y a cada una de sus familias gracias por compartir este logro conmigo.

A mis Doctoras Carol Barillas, Silvia Rivera, Norma de Alas, a Licda. Dorian, Lic, Ricardo Rivera, Lic. Rigoberto, por brindarme su amistad y su apoyo en el desarrollo de esta tesis.

A mi asesor Dr. Henry Mejía, por su profesionalismo y su ejemplo de un verdadero profesional del Derecho digno de imitar, por su amistad y a su apoyo a lo largo de esta tesis.

A mi nueva familia Raymundo Ayala porque estos últimos años se sumaron a brindarme un lugar en sus vidas y por cada uno de sus consejos.

A quien comprendió mis desvelos, me apoyo incondicionalmente, a través de sus filosofías de vida, con sus detalles, porque con su amor me ha hecho feliz y ha hecho que el cumplir esta meta tenga un sabor diferente y por mostrarme que el amor verdadero se prueba en los triunfos pero sobretodo en la adversidad, gracias Juan Fernando Raymundo Ayala.

Sandra Elizabeth Renderos Bardales

AGRADECIMIENTOS.

La vida es un camino lleno de obstáculos en el cual solo quien se arriesga es un ganador, y solo quien gana cosecha triunfos y alegrías.

En este momento tan especial de mi vida, en el que he llegado a culminar un paso muy importante para mi desarrollo académico quiero ofrecer primeramente mis agradecimientos a Dios quien da la sabiduría, el entendimiento y la fortaleza para enfrentar las dificultades que se nos presentan, ya que dentro de la vida de estudiante universitario hay momentos en que no tenemos fuerzas para subir el próximo escalón y si no fuera con la ayuda del todo poderoso no podríamos lograrlo.

También quiero brindar mis agradecimientos a mi madre Lilian Ester Alarcón Pleitez quien es la una de las personas más importantes en mi vida y quien fue siempre mi motor para llegar hasta la cima del éxito y a quien considero un modelo muy importante a seguir. Gracias mami por siempre estar ahí y darme tus consejos que están llenos de sabiduría. Gracias por tus desvelos, tus lágrimas por haberme llevado siempre de la mano y no dejarme caer y por convertirme en una persona de éxito y gracias por todo el amor que siempre me has brindado. Otra persona que desde el momento que llego a mi vida me llenó de alegría es mi hermana Yoana Alarcón a quien agradezco por ser siempre la amiga incondicional y quien siempre me impulso a seguir adelante en busca de la superación académica.

No puedo dejar de dar las gracias a mis amigos y compañeros; pero en especial a mi compañera de tesis Sandra Elizabeth Renderos Bardales, que a pesar de todas las dificultades que afrontamos durante nuestra carrera y durante este trabajo de investigación ella siempre estuvo brindándome su mano como una gran amiga.

Asimismo, agradezco fraternalmente el apoyo de nuestro asesor el Doctor

Henry Alexander Mejía quien con su profesionalismo nos llevó a culminar una etapa importante en nuestras vidas.

Finalmente, agradezco a todas aquellas personas que de alguna manera fueron parte esencial y sin las cuales no habría sido posible alcanzar este logro.

Kriscian Odaris Hernández Alarcón.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Amp.	Amparo.
Art. (s)	Artículo(s).
Cit.	Citado.
CN	Constitución de la Republica de El Salvador.
CJI	Concepto Jurídico Indeterminado.
CPr.Cv.Mrc.	Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles.
CS	Código de Salud.
CSSP.	Consejo Superior de Salud Pública.
Cfr.	Confróntese.
DAS	Derecho Administrativo Sancionador.
JVPM.	Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.
LCSSP.	Ley de Consejo Superior de Salud Pública y las Juntas de Vigilancia Médica.
Op.Cit.	Obra citada anteriormente.
PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador.
Pág.(s)	Páginas.
RSI.	Reglamento Sanitario Internacional
SCA.	Sala de lo Contencioso Administrativo.
SC.	Sala de lo Constitucional.
S.	Siglo.
TSE.	Tribunal Supremo Español.

INDICE

INTRODUCCION	I
--------------------	---

CAPITULO UNO

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

1. EXORDIO.	4
1.1. EVOLUCIÓN DEL IUS PUNIENDI.	5
1.1.1. Nociones del Ius Puniendi.	7
1.1.2. Siglo XVIII.....	10
1.1.3. Primera Mitad del Siglo XIX.....	15
1.1.4. En la Segunda Mitad del Siglo XIX.....	17
1.1.5. Siglo XX.....	20
1.2. TEORÍAS DEL IUS PUNIENDI.....	22
1.2.1. Teoría Retributiva.	24
1.2.2. Teoría Intimidatorias o de Previsión.	26
1.2.3. Teoría Correccionalista.....	27
1.3. LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	28
1.3.1. Características de la Potestad Sancionatoria.	35
1.3.2. Límites de la Potestad Sancionatoria.	37
1.4. POTESTAD SANCIONADORA DEL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.....	42
1.4.1. Sujetos de la Potestad Sancionadora.....	45
1.5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SALVADOR.....	50
1.6. ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS ARTS. 14 Y 68 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.....	53

CAPÍTULO DOS

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2. EXORDIO.	58
2.1. NOCIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	59
2.2. CONCEPTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	66
2.2.3. Infracción Administrativa.	71
2.2.3. Sanción Administrativa.	72
2.3. POTESTADES SANCIONADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONAR DEL CSSP.	74
2.3.1. Potestad Reglada.	74
2.3.2. Potestad Discrecional.	77
2.3.2.1. Discrecionalidad y Legalidad.	84
2.3.2.2. Limitación de las Actividades Discrecionales.	86
2.3.2.3. Discrecionalidad e Interpretación.	88
2.4. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	89
2.5. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA JUNTA DE VIGILANCIA DE LA PROFESIÓN MÉDICA Y CONOCIMIENTO DEL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.	90
2.5.1. Inicio.	91
2.5.2. Fase Probatoria.	95
2.5.3. Conocimiento de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios en Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.	100
2.5.4. Emisión de la Resolución Administrativa por parte de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.	101
2.5.5. Conocimiento en Segunda Instancia en Revisión por el consejo Superior de Salud Pública.	103
2.6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.	105
2.6.1. Recurso de Revisión.	108

2.6.2. Recurso de Apelación.	108
2.6.3. Procedimiento Contencioso Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.	110

CAPITULO TRES

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU APLICACIÓN EN EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.

3. EXORDIO.	113
3.1. Principios Administrativos.....	114
3.1.1. Principio de Legalidad.	121
3.1.1.1. Reserva Legal.	133
3.1.1.2. Tipicidad.....	134
3.1.2. Principio de Inocencia.	136
3.1.3. Principio de Culpabilidad.	137
3.1.4. Principio del Debido Proceso.....	138
3.1.5. Principio de Proporcionalidad.	141
3.1.6. Principio de Seguridad Jurídica.	143
3.1.7. Principio de NO BIS IN ÍDEM o NE BIS IN ÍDEM.	148

CAPITULO CUATRO

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y SUS VERTIENTES TEÓRICAS

4. EXORDIO.	152
4.1. GENERALIDADES DEL SURGIMIENTO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.	153
4.2. DEFINICIÓN DE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.....	158
4.2.1. Diferentes denominaciones.	161
4.2.2. Clases de Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	162
4.3. DIVISIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DETERMINADOS E INDETERMINADOS.	166

4.3.1. Determinados.....	167
4.3.2. Indeterminados.....	168
4.3.3. Por su referencia a la realidad.....	170
4.3.4. Por la función que cumplen.....	172
4.4. TEORÍAS APLICABLES A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	174
4.4.1. Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	174
4.4.2. Teoría de la unidad de la solución justa.....	174
4.5. CRITICAS A LAS DIFERENTES TEORÍAS QUE EXPLICAN LA INDETERMINACIÓN DE CONCEPTOS.....	178
4.5.1. Crítica a la Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	178
4.5.2. Crítica de la Teoría de una la Solución Justa.....	180
4.6. UTILIZACION DEL SENTIDO COMUN O NATURAL SOBRE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.....	183
4.7. EL PROBLEMA QUE GENERA LA INDETERMINACION DE CONCEPTOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.....	187

CAPITULO CINCO

APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDTERMINADOS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA DE EL SALVADOR

5. EXORDIO	190
5.1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL CSSP.....	191
5.2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS APLICADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CSSP.....	198
5.3. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE SALUD QUE CONTIENEN CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	204

5.3.1. Infracciones Graves.....	207
5.3.2. Infracciones menos Graves.....	214
5.3.3. Infracciones Leves.....	215
5.3.4. Tipos de Sanciones Administrativas aplicadas por la J.V.P.M. ..	215
5.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.	216
5.5. ANÁLISIS DE LA VINCULACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS CON LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	220
5.6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	221

CAPITULO SEIS

CONCLUSION Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES.	225
6.2. Recomendaciones	229
BIBLIOGRAFIA.....	232

INTRODUCCION

El derecho como tal se encuentra comprendido en una serie de ramas entre las cuales podemos apreciar el desarrollo y evolución del Derecho Administrativo Sancionador, y con el desarrollo de sus figuras jurídicas, incluso del mismo ius puniendi, por lo que para llegar a un procedimiento administrativo sancionador, es necesario detenerse en la historia e identificar los momentos y manifestaciones del surgimiento del ius puniendi dentro del derecho administrativo, así como obtener las nociones sobre el mismo a través de los avances sociales, que conllevan al desarrollo del derecho mismo.

El Derecho Administrativo Sancionador acoge ciertas facultades de poder entre las cuales se encuentra la potestad sancionadora que deviene del ius puniendi y este en un inicio parte del derecho penal por lo que el primer capítulo trata de forma detallada sobre la evolución del ius puniendi y la potestad sancionadora desde lo que podemos considerar como sus primeras manifestaciones, asimismo, las diferentes teorías soportadas por diversos autores reconocidos en el área del Derecho Administrativo, que demuestran que la sociedad fue creando poco a poco un derecho administrativo sancionador para que este se encargara de reprimir o regular aquellas acciones que afectaban a una administración, denotando de este capítulo como una primera manifestación el Derecho de Policía Societaria, así como el impacto de la Revolución Francesa para el reconocimiento de los Derechos Fundamentales del Individuo que dan paso al reconocimiento de los mismos en las constituciones de cada país, haciendo la respectiva connotación en nuestra Constitución de la Republica de El Salvador, en la cual además de encontrar la tutela efectiva de estos derechos encontramos la base constitucional de la potestad sancionadora conferida a la

Administración Pública y en especial a la Institución que nos atañe en dicha investigación, es decir al Consejo Superior de Salud Pública, por lo que sentado las bases constitucionales de dicha labor que cumple esta institución, recae en nuestra observancia la aplicación o garantía de estos derechos a través de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), el cual se determina en el segundo capítulo desde sus nociones, como conceptualización y lo que entenderemos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en relación al procedimiento mismo, a las infracciones y sanciones administrativas. En el desarrollo del procedimiento se ventilan potestades de la administración pública, las cuales son la reglada y la discrecional, potestades las cuales requieren de nuestra atención porque a través de ellas se aplican los CJI, por lo que se hace un análisis de las mismas y respectivamente se desglosa el procedimiento administrativo sancionador, llevado a cabo en el CSSP, una vez que tenemos marcado el campo de aplicación nos disponemos a delimitar los Principios Generales del Derecho así como de los Principios del Derecho administrativo, aplicados dentro del PAS, por lo que es necesario delimitar cada uno de ellos y su adecuación en el DAS, en el tercero de los capítulos. De tal manera que en el cuarto capítulo entramos en materia sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados proporcionando en este apartado su definición, sus denominaciones, su división y las teorías más reconocidas respaldadas por diversos autores y el criterio jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha determinado en relación a este tipo de conceptos para tener una base doctrinaria de los mismos y así facilitar en el capítulo quinto la comprensión de su aplicación dentro del procedimiento administrativo sancionador, la importancia del estudio de los mismo, debido a que en el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio como tal se restringe la esfera de bienes jurídicos protegidos, en marcados los derecho y

garantías que posee el administrado ante la administración así mismo, dentro del procedimiento en el CSSP, se basa en su mayoría sobre un derecho fundamental en particular el cual es la Salud del Pueblo, de un ser humano, que en ocasiones la retardación de justicia de este tribunal administrativo o de sus dependencias conlleva a poner en peligro la tutela efectiva de sus derechos sobre esto se analiza en este apartado, por lo que es la base principal del problema la aplicación correcta de este tipo de conceptos para que en su aplicación coadyuve a una verdadera justicia administrativa, para finalmente aportar en nuestras conclusiones y recomendaciones una solución al problema de aplicación existente en cuanto a los Conceptos Jurídicos Indeterminados.

CAPITULO UNO

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

SUMARIO.

1. Exordio; 1.1.Evolución del Ius Puniendi; 1.1.1.Nociones del Ius Puniendi; 1.1.2. Siglo XVIII; 1.1.3.Primer mitad siglo XIX; 1.1.4.En la segunda mitad del siglo XIX; 1.1.5.Siglo XX; 1.2.Teorías del Ius Puniendi; 1.2.1.Teoría Retributiva; 1.2.2.Teoría Intimidatorias o de Previsión; 1.2.3.Teoría Correccionalista; 1.3.La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública; 1.3.1.Características de la Potestad Sancionatoria; 1.3.2.Límites de la Potestad Sancionatoria; 1.4.Potestad Sancionadora del Consejo Superior de Salud Pública; 1.4.1.Sujetos de la Potestad Sancionadora; 1.5.Fundamento Constitucional de la Potestad Sancionatoria en El Salvador; 1.6.Evolución del Ius Puniendi; 1.7.Análisis Legal y Jurisprudencial de los Arts. 14 y 68 de la Constitución de la Republica de El Salvador.

1. Exordio.

La Administración Pública integra un Estado Derecho consolidado en nuestros días a un nivel doctrinal, normativo e institucional, pero para lograr apreciar y cultivar este Estado de Derecho, en un primer momento se tenían únicamente nociones del poder, de la jerarquía de la ley. Como toda situación social, política, económica y jurídica posee antecedentes históricos y el objetivo de este primer capítulo es encausar nuestro estudio en un momento previo en el cual fue adquiriendo relevancia el poder punitivo del Estado o Ius Puniendi, en los diferentes aspectos de la vida del ser humano.

En un primer momento la evolución del Ius Puniendi se desarrolla en siglos o épocas, que se resaltan en cada una de ellas el momento de relevancia para el Derecho Administrativo, necesariamente sobre el poder que posee el Estado, por lo que el S. XVIII, que se considera como un siglo que impulsaba el desarrollo intelectual, siglo en el cual adquieren relevancia el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del ser humano, por ende adquiere relevancia la figura del Estado y de sus actuaciones a

través de la Administración Pública, integrando de manera progresiva el surgimiento de la administración pública, con ello la consolidación de las potestades administrativas, entre las cuales encontramos la potestad administrativa principal, funcional y esencial para la existencia de un DAS, nos referimos a la Potestad Sancionadora, por lo que dentro de este apartado detallaremos una conceptualización, de la Potestad Sancionadora, sus características, sus sujetos. Asimismo, se realiza finalmente un detalle sobre los límites de dicha potestad en particular finalmente se realiza un análisis jurídico sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública salvadoreña conferida desde su base constitucional, desarrollada por el CSSP, siendo esta la Administración Pública objeto de estudio.

1.1. EVOLUCIÓN DEL IUS PUNIENDI.

Las transformaciones en las apreciaciones de un hecho o de una figura jurídica, hacen que estas evolucionen dentro de una determinada rama del derecho, por lo que muchos autores se ven en la necesidad de realizar un análisis histórico previo sobre el nacimiento de figuras jurídicas y su entorno respectivo, la potestad sancionadora, no es ajena a este tipo de estudio, dicha potestad se encuentra vinculada con el Derecho Administrativo y el Derecho Penal¹, estas ramas del Derecho nos brindan los principios que originan el Derecho Administrativo Sancionador (DAS).

El *ius Puniendi* en el DAS, se ve reflejado a través de la potestad

¹FONTAN BALESTRA, Carlos, *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires. Pág. 25. el autor cita que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público. Ese carácter resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico. No existe relación de soberanía y de sumisión más característica que la del individuo sometido al Estado; cómo podemos ver su carácter público lo adquiere por la relación jurídica existente entre los sujetos que en ella intervienen ya que los interés sobre los cuales recae dicha relación, son interés públicos convirtiéndose el Estado, en quien ejerce poder, consignado y limitado en un ordenamiento jurídico específico. Lo define como la rama del ordenamiento jurídico que agrupa las normas que el Estado impone bajo amenaza de sanción, limitando y precisando con ellas su facultad punitiva. Pág.22

sancionadora, el significado de este *aforismo jurídico* etimológicamente proviene de los vocablos latinos, “*ius*” que significa “derecho” y “*puniendi*” que significa “punitivo”, es decir “**derecho punitivo**”; por lo que el surgimiento de la potestad sancionadora parte en el Estado Moderno², cabe mencionar, que “potestad” según el TSE, la define como “*un poder jurídico reconocido por el ordenamiento cuyo ejercicio exige que se concreten ciertas circunstancias fácticas determinantes del ejercicio del mismo en el plano de la legalidad.*”³

Asimismo, RAMÓN PARADA en su obra Derecho Administrativo, señala que la administración no solo sanciona sino que también ejerce las sanciones impuestas. Lo cual supone una colisión, desde un punto de vista estricto, con el principio de división de poderes y el monopolio represivo de los jueces⁴.

Por lo que la potestad sancionadora es la herramienta del Estado mediante la cual se ejerce el poder sobre sus subordinados, a medida que la sociedad avanza en su desarrollo dicha idea de poder se ha transformando, debido a que en un inicio unos cuantos poseían este poder frente a otros, estos eran delegados por la sociedad como los responsables de ejercer el poder, por lo que debían reunir ciertas características (por ejemplo: una avanzada edad,

² ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Tomo I, Parte General Parte Especial 1, Thomson Reuters Aranzadi, Ministerio de Justicia, 2ª ed., España, 2009. Pág. 62.

³ Op.Cit., FONTAN BALESTRA, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Pág. 61.

⁴ PARADA VÁZQUES, José Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1999, Pág. 503. La división de poderes recae sobre la independencia de sus órganos que si bien en cierto conforman parte del cuerpo llamado Estado su accionar debe ser independiente, es decir que si dicha administración sanciona, esta sanción recaiga sobre un administrado pero no sobre ella misma, porque si así lo hiciera el cumplimiento de su castigo por un acto cometido considerado infracción, podría viciarse y ser condescendiente por ello se busca con la división de poderes que los órganos actúen con independencia y ejerzan control unos con otros, por evitar conductas abusivas del poder, de tal manera que la administración desarrolla su potestad sancionadora.

fuerza, o rasgos físicos particulares) que los individualizaran del resto de los miembros de un mismo grupo, para poder ser considerados en ese tiempo primitivo como las personas idóneas para ejercer dicho poder.

Por lo tanto es importante identificar a través de la historia la forma en que la idea del *Ius puniendi* ha evolucionado y se ha expandido en su ejercicio en otras ramas del Derecho.

1.1.1. Nociones del Ius Puniendi.

Desde la antigüedad esta forma de controlar ciertas acciones humanas dentro de una colectividad, se ha trasmutado, ya que el hombre por ser eminentemente social, se agrupa con otros seres humanos buscando condiciones de vida similares en cuanto a su aspecto físico, desarrollo social, económico o cultural, conformando de esta manera una vida en comunidad, en donde las relaciones entre los mismos afectan a otros seres humanos u otras relaciones que entre ellos sostengan.

Por lo que generaba una necesidad inherente de regulación sobre dichas relaciones, el ser humano desde sus inicios siempre ha buscado un ser supremo que es quien lo conduce en su vivencia diaria, los grupos étnicos adoraban a varios dioses que dictaban sus formas de comportamientos a través de normas morales establecidas por la misma sociedad en cada sociedad independientemente de su época, se podía identificar quien ejercía el poder, que podía ser una o varias personas, en estos sujetos recaía la dirección y control del resto del grupo, un poder que coaccionaba la conducta del ser humano y atendía a solventar las necesidades de estos grupos sociales sociológicamente lo que conocemos hoy en día como una sociedad. Antiguamente se consideraba como tribus, etnias, clases, dominios, imperios,

reinados, hasta consolidar el llamado Estado, en cada una de estas representaciones sociales se manifestó claramente el *Ius Puniendi*.

Por lo tanto, al identificar la necesidad del orden social, se debe a que las relaciones entre los seres humanos producían conductas aceptadas por el grupo de personas y cuando nos encontrábamos frente a un incumplimiento de normas morales, religiosas, costumbres y tradiciones, a quien cometía este atropello era castigado.

En la etapa pre- científica o primitiva del Derecho Penal, se concebía a la sanción como un castigo que provenía de la autoridad suprema y lo que se buscaba era la expiación del delincuente, dentro de estas formas primitivas tenemos la venganza absoluta, la venganza de sangre y la expulsión de la paz; estas se caracterizaban por el castigo desproporcionado al daño cometido por el agresor como medio de defensa individual; es decir, no había intervención pública. Dentro de estas sanciones se encontraba el destierro, la pena de muerte, la esclavitud.

Como antecedente de las primeras formas de punición que se conocen en textos se encuentra el Talión la cual es la primera manifestación de punición que supone la existencia de un poder público que aplica una equivalencia al castigo con el daño cometido, así como, la venganza divina de las cuales podemos decir que el daño es confundido con el pecado, el transgresor de las leyes religiosas debe ser muerto por la comunidad para tranquilizar a los dioses.

En el año 2,250 A. C en Babilonia se dicta el Código de Hamurabi el cual recogía los castigos que debían aplicarse al daño cometido, en esta etapa

nos referiremos a la venganza pública que es muy propia de los pueblos griegos, la cual consistía en la potestad que tenía el Estado de imponer penas al autor de un delito, en este caso la infracción cometida no era solamente contra la persona sino contra la sociedad.

La venganza pública tiene dos etapas:

- Etapa legendaria: el Derecho Penal aún contenía el componente divino, ya que la pena se cumplía porque era un mandato divino. El Estado o Polis recibía la sabiduría divina para dictar las normas de convivencia entre los miembros de la comunidad.
- Etapa histórica: la responsabilidad objetiva evoluciona a la responsabilidad individual.

Algunos de los precursores que brindaron su aporte a esta etapa fueron: Pitágoras, Sócrates, Hipócrates, Aristóteles y Platón, uno de los antecedentes más antiguos que se tiene de la potestad sancionadora es el Derecho Romano, ya que en esta se cimentaron las bases de la ciencia del derecho, aunque desde sus inicios se han creado normas para regir la convivencia.

Según FONTAN BALESTRA⁵ el delito surge de las relaciones con sus semejantes, y cuando este ha transgredido los principios que según los juicios de valor de cada época se consideraron fundamentales, ante ello surge la pena como una forma de contrarrestar estas transgresiones. Como podemos apreciar el autor señala que ante la trasgresión de juicios de valor

⁵⁵ Op.Cit. FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág. 22.

de cada época, se evidencia una manifestación de la potestad sancionadora, del *Ius Puniendi* para mantener un *Estatus Quo*, es importante la valoración de cada época porque según su desarrollo social se relativizan esos juicios de valor condicionados por factores culturales, políticos etc.

En la etapa del Estado Absolutista, el *Ius Puniendi* era el reflejo del poder arbitrario representado a través de la monarquía absoluta, donde el castigo era considerado como un mecanismo de eterno sometimiento de sus súbditos

Finalmente en esta etapa podemos destacar que las relación Estado-administración-administrado, surge de manera casi imperceptible doctrinariamente; pero su evolución radica en las normas esenciales del Derecho Penal, como uno de los ordenamientos jurídicos con mayor ejecución del *Ius Puniendi* estatal. En relación a la analogía del Derecho Penal y el Derecho Administrativo, se ha identificado que las primeras manifestaciones son de una administración que actúa en forma paralela al Derecho Penal.

Por lo que da paso al Estado como un ente que ejerce el poder coercitivo, hacia los habitantes, ejercida por una autoridad superior a ellos, quien poseía el poder y los medios de producción económica, a efecto de mantener una armonía social, estas primeras manifestaciones pueden considerarse como las nociones que dieron lugar al surgimiento de la potestad sancionadora.

1.1.2. Siglo XVIII.

Para abordar el comienzo de la potestad sancionadora del Estado, tiene sus cimientos en el Estado Moderno precisamente en el S. XVII, los

autores coinciden en que la evidencia más remota de la existencia de una potestad sancionadora es a partir de la Potestad Administrativa Policial, en la que la policía poseía otras atribuciones en cierta medida judiciales, por lo que muy difícilmente podía hablarse de independencia, aparejada a la idea de una división de poderes, surgen los alcaldes de barrio que se establecieron en las ciudades importantes, en las cuales podían exigir ordenanzas, esto como consecuencia de la Revolución Francesa, los Tribunales separan funciones administrativas de las funciones jurisdiccionales.⁶ Aquí puede observarse una noción sobre la separación de poderes administrativos y poderes judiciales, creando así un esquema social de dos realidades que se basan en un control, ejercido a través de la fuerza, tanto en un área puramente administrativa como en un área judicial.

GORDILLO⁷, recalca que aun en estas relaciones de sujetos diferenciados los mismos, no reconocían las diferencias que creaban el Derecho Administrativo Sancionador, en el cual se encierra el precepto a un derecho ilimitado y de él emanan las normas que se encuentran en un ordenamiento jurídico positivo; es decir que las actuaciones sociales en sus ejecuciones separaban estas realidades que mencionamos anteriormente, sin que sus mismos actores tomaran conciencia de lo que se estaba efectuando, de ello podemos recalcar que en la Revolución Francesa, surgen los derechos civiles y políticos de los individuos, que surge el Estado mismo, ya que da pie a generar derechos fundamentales del individuo, con lo cual se abole la

⁶ Según el autor surge una pugna en el siglo XIX, en la base de separar las funciones de los tribunales y ejercer un control más directo sobre las actuaciones mismas de la administración y de los administrados, dejando a salvo las potestades judiciales y administrativas, ya que con el análisis de la historia se encuentra en un momento donde dichas potestades se confunde al referirse ambas a sanciones e infracciones, lo determinante aquí es al gravedad y el objeto de la protección.

⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Pág. II-1.

esclavitud, dando lugar al nacimiento de la concepción del Principio de Mínima Intervención Estatal, ligada a una división de poderes, en este momento el Estado moderno, separa las facultades administrativas y las facultades judiciales de las que nos hemos referido, de tal forma que se delegaran estas facultades lo que se conocen como poderes descentralizados.

La policía ejercía poder en materia societaria, bajo la figura del Estado como garante de los Derechos Fundamentales para proteger al público inverso y al castigo de todo aquel que estafe⁸, MALJAR cita como ejemplo esta situación en la que se pretende resguardar derechos a través de sanciones, con la simple lectura se evidencia que es el Estado la figura que protege un interés determinado y en caso de que sus reglas no sean pactadas, se configura una infracción que será castigada. Estos actos sancionatorios son dictados por un órgano especializado por la complejidad técnica de la competencia que tiene atribuida y de cuyo pronunciamiento solo cabría apartarse por razones de grave, palmaria y manifiesta arbitrariedad⁹, el autor refiere que con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, a finales del S. XVIII, se enmarcan las relaciones del Estado y sus habitantes en la Constitución (Carta Magna); MAURACH¹⁰ dice que el Derecho Penal recibe la facultad de Castigar (Ius Puniendi) como una función específica en cuanto a la aplicación de penas y medidas, es el Estado quien incorpora dichas reglas, la doctrina a su vez menciona una naturaleza sancionadora del Derecho Penal; es aquí en donde recae nuestra atención puesto que a través de esta naturaleza sancionadora equiparada a las ramas del derecho subyacentes como lo es el DAS, se extiende la manifestación del Ius

⁸ MALJAR, Daniel, *El Derecho Administrativo Sancionador*, 1ª ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, Pág.58.

⁹ Ibidem, MALJAR, Daniel, Pág.54.

¹⁰ Citado en FONTAN BALESTRA, Págs. 25-26.

Puniendi estatal, teniendo un control más en otra área de la vida del hombre, que en sus relaciones que genera fuentes de peligro para los bienes jurídicos por lo que es comprensible esta extensión de dicha facultad.

Al darse la transición de la Edad Media a la Edad Moderna el Derecho Penal de Policía empezó a declinar ya que a pesar que este tenía un papel importante en la rama del Derecho Administrativo, no cumplía con las funciones propias de un derecho administrativo moderno, dentro de estas exigencias nació la teoría del derecho penal administrativo.

En esta llamada transición se crean las Ordenanzas del Reich, las cuales para el iniciador JAMES GOLDSCHMIDT, eran el principio del Derecho de Policía y el origen del Derecho Penal Administrativo, lo cual, posteriormente fue rechazado y explicado por ENRIQUE AFTALIÓN quien sostenía que dichas ordenanzas fueron parte del desarrollo histórico del Derecho de Policía pero en ningún momento constituían el génesis del mismo.¹¹ Como podemos determinar, doctrinariamente no se cuenta con una idea concreta sobre el Derecho Penal Administrativo pues se confunde con el Derecho de Policía debido a que ambas ramas ejercen un control social a través de medio coercitivos; asimismo, durante la Edad Moderna (en Francia hasta el S. XVIII y en Alemania hasta el S.XIX) se afianzó en toda su intensidad la concepción del Estado de Policía, basada en la necesidad de concentrar y consolidar el poder del príncipe, como reacción contra la desmembración y disminución del poder que se operó en el transcurso de la Edad Media.¹²

¹¹ ALARCÓN JOVEL, Mauricio Javier y Otros. *Diferencias entre el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Común*, San Salvador, 2006. Tesis presentada en la Universidad de El Salvador para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pág. 16.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 105.

El autor más representativo de esta época es GOLDSCHMIDT quien manifestó la tesis sustentada a principios del siglo, como un punto de partida para la división del Derecho Penal como el Derecho Penal Administrativo, puesto que fue GOLDSCHMIDT quien estableció, que los delitos afectan derechos administrativos y otros intereses jurídicamente protegidos, mientras que las contravenciones que son las infracciones administrativas, no violan derechos jurídicos, únicamente lesionan intereses de la Administración. En base a lo anterior estableció de igual manera que la infracción a los preceptos del Derecho Penal Administrativo no constituyen delitos. Las sanciones no son penas y el contraventor no es delincuente.¹³

En esta teoría encontramos las primeras manifestaciones del derecho sancionador administrativo con el surgimiento de la teoría de JAMES GOLDSCHMIDT, el cual hace la diferenciación cualitativa del derecho penal común al derecho penal administrativo, al señalarse que en el primero las infracciones están referidas al valor de la justicia.¹⁴

El referido siglo, fue un siglo no solo de revolución político- social, si no también fue un siglo que marcó un precedente en cuanto a los Derechos Civiles y Políticos, aparejados a la idea del Estado como un ente autónomo revestido de poderes públicos, tanto administrativos, como legislativos y judiciales, como muestra de ello citamos la siguiente frase “No hay en Francia Autoridad superior a la Ley. El Rey no reina más que por ella y solo en nombre de la Ley se puede exigir obediencia”, retomada de la Constitución de 1791,¹⁵ a pesar de los siglos y de las transformaciones sociales, dicha frase es vigente, como se puede apreciar el país de Francia

¹³ Op.Cit. ALARCON JOVEL y otros, Pág. 64

¹⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, Pág.33.

¹⁵ AYALA, José María, *Manual de Justicia Administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura San Salvador, Pág. 22.

cuna de Revolución, le otorga a la Ley esa supremacía, ante la cual se guarda el respeto y condiciona las actuaciones incluso de las mismas autoridades.

1.1.3. Primera Mitad del Siglo XIX.

En esta mitad del siglo los presupuestos de esta facultad se enmarcan en la Constitución de Cádiz de 1812, tal período se caracterizó por un monopolio judicial del ejercicio del ius puniendi del Estado, en el cual se responsabiliza al ejecutivo en delegar funciones contenciosas y represivas.

Es así como en el S. XIX, hay un importante predominio de las actividades represoras de las entidades locales, es decir que los ayuntamientos tipificaban luego en sus ordenanzas las infracciones, que se van cometiendo y las sancionaba.¹⁶ Es evidente los rasgos de ir estableciendo en un medio escrito, las conductas consideradas reprochables creando reglas de convivencia entre los habitantes; es decir, se van estableciendo los límites de las actuaciones humanas y quien tutela el cumplimiento de dichas reglas es el ayuntamiento, como un ente de control y disciplina ante infracciones, lógicamente este está dotado de facultades diferentes a los que exige un ciudadano común frente a otro.

En este siglo se desarrolló un Estado de Derecho, que culmina en el siglo XX, caracterizándose por la promulgación al respeto de la soberanía popular, de la división de poderes, el principio de legalidad y finalmente la tutela judicial, a efecto de entender las actuaciones del poder público, regulado y descrito en la constitución de cada estado, por lo que no existe interferencias

¹⁶ Ibidem, AYALA, José María, Pág. 65

jerárquicas o dependencias entre los poderes.¹⁷ No solo se tiene la existencia de un Estado simplista, involucra su existencia el cumplimiento y establecimiento inequívoco de principios constitucionales del derecho, que son las herramientas del mismo para permanecer en las transformaciones sociales.¹⁸

En su obra MARIENHOFF¹⁹, hace reseña a que la existencia del Estado se debe a una necesidad de satisfacción a los intereses colectivos, considerándose este como el ejercicio de la coacción o imperio del Estado, esa función o actividad del Estado se manifiesta en la actividad Legislativa, Judicial y Administrativa, “cuyos respectivos “órganos” ejercitan partes o secciones del “poder” del Estado”²⁰, esta división de poderes se convierte en una forma de control ante el autoritarismo o abuso de poder ya que al estar distribuir el poder punitivo no hay concentración en un solo hombre o un solo órgano, cabe mencionar que no es lo mismo hablar de poder y potestad; en su sentido estricto poder es un atributo que se genera en un Estado y la potestad es la forma de ejecución de ese poder del estado delegado a los órganos respectivos originando funciones específicas de la Administración Pública.²¹ Podemos hablar por lo tanto de una división de poderes y de una

¹⁷ Ibídem, AYALA, José María, Pág.21.

¹⁸ A manera de reflexión podemos decir que la figura del Estado desde sus inicios se mantiene no se ha deteriorado al contrario cada vez se refuerza más con la creación de leyes la adopción de convenio y tratados que lo dotan de manos para atacar tanto problemas sociales, económicos, políticos, el Estado es mutable en cuanto a su expansión pero la esencia y la razón de ser del mismo no ha cambiado, desde el momento que se instauro, porque es el único ente jurídico encargado de garantizar derechos y garantías que han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico supremo la Constitución.

¹⁹ MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Págs. 38-39. “La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra”.

²⁰ Ibídem, MARIENHOFF, M, Pág. 38

²¹ Según MARIENHOFF, Pág.39 “No hay que confundir “poder”, que es atributo estatal, con “potestades”, que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues

distribución de funciones, esto deviene de dos puntos de vista, el primero de ellos inspirado por Montesquieu, en cuanto a que la división de poderes en el Estado permite controlar las actuaciones del mismo y evitar el despotismo; y en el segundo de ellos, según los administrativistas modernos como MARIENHOFF, su postura se aparta un poco de la óptica constitucionalista de Montesquieu, para establecerse una postura referida a la distribución de funciones en los órganos estatales.

1.1.4. En la Segunda Mitad del Siglo XIX

Es en esta etapa moderna en la que se distingue de manera clara la necesidad de conferir a un poder sancionador a la administración y surge el Código Penal y su regulación como un mecanismo para resolver dificultades judiciales y la administrativa como una forma de control a las actuaciones de la administración y de los administrados,²² bajo la óptica del derecho comparado en la C.E.²³ se da por primera vez el reconocimiento de la potestad administrativa en el Art. 25 que establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de

ésta, ciertamente, tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etcétera. Dichas "potestades" constituyen un reflejo cualificado del "poder" general del Estado, pero no pueden confundirse con este "poder" (7). No resulta, entonces, acertada la posición de Hauriou, quien pretende distinguir entre "poder" administrativo y "función" administrativa: el "poder" no es precisamente "administrativo", sino "estatal", vale decir es un atributo del Estado, y no de la Administración; esta última no hace otra cosa que "actualizar" o "manifestar" la parte pertinente del poder del Estado es decir que el poder coercitivo del Estado es la célula madre y de ella se desprenden o nacen categorías de ese poder que permite que sea clasificado en una norma que sea, regulado y ejecutado, estas manifestaciones ejecutadas por un órgano estatal son las que nos permiten que ese poder sea palpable en el establecimiento de un orden dicho autor critica la posición de Hauriou cuando este realiza la distinción entre el poder administrativo y la función administrativa, respecto a que este poder proviene del Estado mismo en su esencia, resulta importante hacer esta distinción porque de esta manera ubicamos un orden de prelación a respetar origen es el Estado, quien ejerce poder, y este poder se distribuye delegándole en sus órganos, pero la eficacia de este ejercicio vendrá a favorecer o a desfavorecer el Estado, quien se dedica o su finalidad única es la satisfacción de interés colectivos.

²² Ob. Cit. MALJAR, Daniel, Pág. 64.

²³ Ibídem, MALJAR, Daniel, Pág. 67.

producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, enfocado a una teoría pura de la división de poderes en el Art. 25.3 establece que la administración civil no podría imponer sanciones que directamente o subsidiariamente, impliquen privación de libertad y el Art. 45.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.²⁴

Según NIETO, no es simplemente trasladar una norma o principio de un derecho a otro, más bien es tratar de determinar cómo esta facultad es efectiva en la protección de un bien jurídico determinado, por el hecho de lograr encontrar un ámbito de protección, que la conducta humana se regule a través de la norma como desde la antigüedad sabemos que en una sociedad inherentemente se actúa bajo normas desde los orígenes las normas surgían de la costumbre, por lo que se configura la misma como una fuente del derecho y es a medida que la sociedad va desarrollándose que las fuentes del derechos se diversifican hasta llegar a una constitución en ella se plasman principios y derechos fundamentales, que para su protección es necesario que la base constitucional de pie a la creación de normas jurídicas especiales, que enfoquen su principal atención en el mundo de ciertos bienes jurídicos, por lo que surge el derecho administrativo y se vuelve sancionar al determinar que la coacción hace efectiva la protección, regulando conductas que no necesariamente son encarcelables, pero si se vuelven en ocasiones como medios para el cometimiento de delitos; el Estado mismo posee diversas facultades entre ellas la más importante es la facultad de coercibilidad, que hace que el Estado como ente ficticio adquiera el poder,

²⁴ Ibídem, MALJAR, Daniel, Pág. 67.

ante aquellos que se encuentran subordinados (habitantes), este poder infliere en los diferentes aspectos sociales de sus subordinados, regulando conductas y ordenando las actividades de estos, este ejercicio lo distribuye y lo faculta desde su carta magna, desde sus órganos y sus funcionarios en la aplicación de las diferentes ramas del derecho respectivamente.

Dicha potestad se ejerce a partir de una relación jurídica conformada por un administrado y un administrador, regulándose las conductas resultantes de esta relación por el Derecho Administrativo; manifiesta además que esta facultad de imposición requiere o presupone la existencia de una infracción para ejercer la potestad sancionadora.

El Derecho Administrativo sancionador es el que específicamente relaciona las dos ramas del derecho, el Derecho Penal y el DAS porque en este último se mezclan los principios del Derecho Penal, por el tipo de bienes jurídicos tutelados, es importante destacar que la herramienta principal del derecho administrativo son las sanciones que únicamente surgen al aplicar el *ius puniendi*.

GRISPIGNNI y VON LISZT y sus seguidores parten de la base ontológica de la división entre la norma y la ley; y dicen que el Derecho Penal es *sancionadora* porque: El Derecho Penal no crea normas jurídicas ni crea bienes propios dignos de tutela, sólo se limita a garantizar bienes jurídicos que ya están definidos, por ejemplo la propiedad en el Derecho Civil, las libertades en el Derecho Constitucional.²⁵

En relación a las concepciones en el Derecho Penal moderno según

²⁵ MARIACA, Margot, *Introducción Al Derecho Penal*, Sucre, Bolivia: USFX® Universidad San Francisco Xavier, 2010, serie cartillas penales Hecho depósito legal en la Biblioteca Nacional de Bolivia N° 2010-16276, Pág.6.

BINDING se ha desarrollado la idea de protección al bien jurídico, por lo que a través de las normas se amenaza con una pena la violación a los bienes jurídicos, esta concepción se vislumbra en la teoría de los límites al *Ius Punendi*. Debido a que la teoría del bien jurídico se limita el uso del Derecho Penal estos límites al *Ius Punendi* se derivan de los valores jurídicos fundamentales.

1.1.5. Siglo XX.

Actualmente el sistema administrativo podemos decir que se desenvuelve en un sistema de pesos y contrapesos, en donde el poder controla el poder, a efecto de granizar el respeto a los derechos adquiridos en el derecho administrativo, de hacer cumplir los principios constitucionales, en la aplicación del poder sancionador de la administración.

El S.XX se caracteriza por el respeto de principios tales como la soberanía popular, división de poderes, Principio de Legalidad y la Tutela Judicial, tomando en cuenta dichos principios resaltamos el principio de legalidad al encontrarse vinculado al Estado de Derecho, dicha postura es respaldada por la doctrina en el sentido a que la actuación de los poderes del Estado, poderes públicos que se encuentran descritos, condicionados y limitados por las normas abstractas que se configuran dentro de un ordenamiento jurídico.²⁶

Desde un punto de vista penal esta eficacia acerca en el control de las libertades públicas y desde un punto de vista administrativo, esta eficacia recae en la aplicación correcta de sanciones ante infracciones, que afectan

²⁶ Op.Cit., AYALA, José María y otros, Pág.21. Es claro que la legalidad versa sobre lo conocido, lo plasmado, es decir que esas directrices son rigurosas y de obligatorio cumplimiento tanto por el cuerpo normativo en que se encuentran; así como, el objeto sobre el cual recae la directriz proporcionándole un campo de actuación.

otras esferas públicas que no se refieran específicamente a la libertad del mismo.

Asimismo según el autor en las postrimerías del S.XX comienza a verificarse y a fortalecerse inequívocamente en el S.XXI, el reconocimiento supranacional e internacional de determinadas garantías y libertades, cita por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tratados internacionales, es decir que al existir derechos, deberes y principios reconocidos en un ordenamiento jurídico supranacional, el Estado también debe respetar dichos derechos, deberes y principios, el estado por tener el poder no podrá hacer lo que le plazca, es una forma de control al poder; de los anterior podemos identificar que en el DAS, también está condicionado el ejercicio de este poder al reconocer los derechos de los individuos frente al Estado²⁷, por lo que a lo largo de la historia no fue fácil pasar de un Estado de Policía aún Estado de Derecho.

En la década de los cincuenta, en Argentina el Derecho Administrativo, según la doctrina se plantea la legitimidad de la Potestad Sancionadora, GARCÍA de ENTERRIA en su obra Derecho Represivo Prebeccariano, imponía sanciones aplicando el derecho penal antes de las innovaciones del Marques de Beccaria, en este llamado régimen administrativo sancionador encontramos quebrantamientos al principio de legalidad, en cuanto a permitir que normas tipifican la conducta sancionada, encontrando frecuentemente un doble juzgamiento. Las reacciones a esta situación se manifiestan en la

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1979. Pág. 45. En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se rige.

jurisprudencia para el caso el Tribunal Supremo es quien manifiesta que “las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal.” Esta reflexión jurisdiccional del TSE nos permite analizar que si bien es cierto como hemos dicho la base del DAS deviene de la característica sancionadora del Derecho Penal y de los principios de este la simple analogía de los enunciados de los principios y derechos que le surgen al administrado, reflejaran la esencia de una situación de infracción administrativa para poder ejercer la potestad sancionadora.

1.2. TEORÍAS DEL IUS PUNIENDI.

Por naturaleza jurídica el *Ius Puniendi* se enmarca en si en el Derecho Penal, por lo que dentro de esta rama del derecho encontramos las teorías que finalmente analizaremos, como bases del DAS.

El Derecho Penal posee una vasta doctrina en la que autores como FONTAN BALESTRA, se refieren a la naturaleza del Derecho Penal como una ciencia jurídica en la cual se interpretan y elaboran principios, asimismo clasifica un derecho penal subjetivo y un derecho penal objetivo, de los cuales nos enfocaremos en el derecho penal subjetivo, pues es este el que se refiere al *Ius Puniendi*, teniendo en cuenta que el *Ius Puniendi* es la facultad que ejerce el Estado para definir delitos y penas, denominándose como tal ya que solo el Estado mismo, puede ejercerla,²⁸ es por ello que esta facultad genera diferentes

²⁸ Op. Cit. FONTAN BALESTRA, Carlos, Págs. 14-15.

teorías dentro de la doctrina penal y administrativa, por lo que determinaremos las teorías penal más relevantes sobre el *ius Puniendi* y sobre su enfoque administrativo, para determinar la vinculación entre ambas ramas del derecho.

FONTAN se refiere a la naturaleza del *ius Puniendi*, de tal manera que el Estado (sujeto) quien posee a facultad de imponer la pena y restablecer el orden jurídico, fundado en la necesidad de la sociedad de reprimir actos que representan desvalores jurídicos- sociales. Como un ente soberano, es el Estado el único que ejerce la referida facultad.

La misma se auto limita a través del Derecho Penal mismo y por el Estado. Dentro del primero de sus límites se considera como un límite exacto porque esta facultad de reprimir es un deber del Estado, pues como hemos venido explicando la sociedad se concibe de manera organizada por lo que necesita normas legales represivas, con la finalidad de describir esas conductas que dañan el orden social y castigarlas²⁹. Esta limitación en el derecho administrativo sancionar se ve reflejada desde el momento que se crea un derecho especial para la Administración Pública, por el hecho que las actuaciones de los individuos en esta área administrativa también incurrir en infracciones ese tan anhelado orden.

Asimismo cuando se habla del límite del Estado, se refiere a que este no puede irrumpir la esfera de lo no punible, es decir que el Estado no puede dentro de la sociedad, bajo ningún motivo reprimir por reprimir, pues dicha represión debe estar fundada en un peligro inminente o una posible esfera de peligro que de concretarse causaría un daño a un bien jurídico determinado.

²⁹ *Ibíd.*, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág. 83.

Para MAURACH manifiesta que el *Ius Puniendi* está limitado por la dignidad humana³⁰. Muchos autores del Derecho Penal niegan la amplitud de esta facultad del *Ius Puniendi* en otras ramas del derecho, asimismo, MAGGIORDE, es escéptica en cuanto a la existencia de un Derecho Penal Subjetivo dicha postura se contrapone por quienes aseguran que el Derecho Penal subjetivo permite la extensión del *Ius Puniendi* en otras áreas del Derecho, como por ejemplo MANZINI, manifiesta que considera que un derecho subjetivo del Estado, consiste en castigar, a través de una potestad de exigir la sumisión a la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de reo, en los modos y en los límites establecidos por la ley³¹. Al referirse a la ley se refiere a que dicho derecho subjetivo se limita por el derecho objetivo, sin embargo no niega en su postura a existencia, ni la extensión de esta facultad.

El autor concluye manifestando que es claro que quien posee y ejerce la facultad del *Ius Puniendi* es el Estado mismo, que el Derecho Penal objetivo limita la facultad represiva, que el ejercicio del *Ius Puniendi* no puede afectar aquellas conductas subjetivas que no poseen relevancia normativa porque esta facultad no puede sobrepasar los límites fijados por los derechos humanos reconocidos por un orden universal.

1.2.1. Teoría Retributiva.

Consistente en que “la pena es la medida que corresponde al delito, quien ha violado la ley, debe ser castigado. Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios religiosos, morales y jurídicos”, esta teoría puede

³⁰Citado en FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.83 “...por una firme relación entre culpa y castigo, que no pueden ser sobrepasados por la objetivación del poder penal, el Derecho Penal material, sin poner en peligro su contenido ético...” .

³¹ *Ibidem*, FONTAN BALESTRA, Carlos, Págs.83-84.

considerarse que se ha manifestado desde su antigüedad, en cuanto a la retribución de carácter religioso, estas manifestaciones de retribución como ya lo hemos establecido se basaba en el orden moral de las cosas en relación a un gobierno divino, esto en relación a lo señalado por STAHL, él concibe que el Estado no es una creación del Hombre, sino sobre una realización divina.

Otra de las manifestaciones es la retribución moral, consistente según la doctrina en la naturaleza del hombre mismo, es decir "mal por mal" bien por bien", aquí podemos relacionar la famosa Ley del Talión, a su vez autores como Kant resaltan que da fundamento al derecho de reprimir el imperativo categórico del deber, la ley misma es la que exige que se cumpla este deber del Estado de represión a las malas acciones del ser humano, reflejando en ello una necesidad absoluta de la razón.

Finalmente, nos encontramos frente a una retribución jurídica, que según HEGEL, el Estado busca que se mantenga el orden jurídico establecido en las normas, considerando que es el delito la figura que coloca en aparente peligro este orden jurídico, por lo que la pena es el medio de restablecer el orden referido, Hegel lo toma como una "compensación jurídica" además manifiesta "El hecho del delincuente se vuelve contra él a través de la pena"³² para este autor la norma es la conducta que se le aplica al autor del delito sin que este tenga derecho de quejarse, doctrinariamente se ha criticado esta Teoría, manifestando lo siguiente: a) Existe diferencia esencial entre la concepción de la justicia divina y la humana. No tomarla en cuenta nos llevaría a una presunción de infalibilidad en la justicia humana, que no se concilia con la idea de que el hombre es falible; b) En lo que respecta a la

³² Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.88.

absoluta necesidad de razón de la ley, es indudable que lo racional se realiza tendiendo a un fin; cuando el fin falta, la acción carece de fundamento y de sentido; decimos que no es racional. De tal suerte, la inexistencia de un fin quita la razón a la ley; c) No se ve cómo, por el camino de la retribución, va a quedar compensado o reparado el delito. "El añadir un nuevo mal exterior, *como tal*, si de nada puede servir para enmendar el que ha causado el delincuente (caso de que tenga remedio), no es ciertamente más útil para compensar su culpa".³³

Al respecto consideramos que dicha teoría es lógica y aplicable en el sentido de resguardar el orden social, las personas no pueden o no deben hacer lo que se le plazca sin considera que dicha acción posee una consecuencia, hasta este punto de vista concordamos con la referida teoría, en cuanto a las críticas que diversos autores le realizan a la misma son muy ciertas sin embargo consideramos que un mal exterior si puede cumplir con el objetivo de impactar en la persona sancionada para evitar la reincidencia en el hecho que es considerado lesivo y mantener el ejemplo para los demás que pensaban realizar el mismo hecho.

1.2.2. Teoría Intimidatorias o de Previsión.³⁴

Esta teoría se refiere específicamente a la prevención del delito, mediante el carácter intimidatorio que la ley lleva consigo. "Esta idea central ofrece modalidades que son consecuencia del medio empleado y la amplitud del fin propuesto: a) Sobre esas bases podemos distinguirlas en ejecutivas y conminatorias. Las primeras persiguen evitar la comisión de nuevos delitos mediante la aplicación y ejecución de la pena; las segundas consideran que

³³ Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.88.

³⁴ Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.89.

la amenaza del castigo logra el fin de prevención perseguido. b) Las teorías ejecutivas se distinguen según se propongan evitar la comisión de nuevos delitos sólo por aquel a quien se aplica la pena (prevención especial) o por todos los individuos del grupo (prevención general): Prevención especial. Como hemos adelantado ya, consideran objetivo de la ley penal el impedir ulteriores atentados por parte del delincuente sometido a la pena, por el temor que en él produce la posibilidad de sufrir una nueva condena. El representante más caracterizado de esta tendencia ha sido GROLLMAN.³⁵

La teoría en mención se refiere a que existe un posible comisión del delito y la norma persigue o la orientación de la misma, es prevenir la aplicación del castigo ante esas conductas reprochables, esto en el Derecho Administrativo Sancionador, en él se prevén las posibles infracciones administrativas, que los administrados pueden cometer en el desempeño de su profesión por ejemplo, se previene a través de un ordenamiento jurídico primario (CN) y secundario (CS y LCSSP, etc.).

1.2.3. Teoría Correccionalista³⁶.

Esta teoría se refiere a la idea de prevención, no vista de manera general sino más bien una prevención especial, en la que el delincuente cumple una pena, con la única finalidad de corregir esa conducta y que de esta manera este sujeto no vuelva cometer el delito.

De igual manera nos atrevemos a afirmar que en el derecho administrativo sancionar esta teoría se encuentra reflejada, pues si bien es cierto las sanciones administrativas no se fundamentan en la privación de libertad,

³⁵ Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.89.

³⁶ Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.90.

dichas sanciones en cierta medida buscan corregir estas conductas que contravienen lo dispuesto en el orden jurídico administrativo a través de la coacción, del ejercicio del *Ius Puniendi*.

Las teorías a las que nos hemos referido apuntan a una tangible aplicación relacionada a la potestad administrativa sancionatoria, el *Ius Puniendi* técnicamente trae aparejada estas situaciones jurídicas, estas teorías se comprenden en la imposición de infracciones administrativas fungen como los ejes doctrinales en las cuales versa la regulación de estas conductas para nuestro problema estas teorías permiten analizar las diferentes conductas de las personas que se vincularan posteriormente a la normativa administrativa.

1.3. LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El Derecho Administrativo suele ser definido como un Derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos, es decir, por una serie de «privilegios en más y en menos», según la clásica expresión francesa³⁷. Como ya lo hemos mencionado es a través de ella que se

³⁷ Según RIVERO, esta frase distingue la forma Dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración por que serán aquellas situaciones en las que la ley previa le establece a la Administración Pública que deberá interferir, no todas las demás entidades están facultadas para ello la ley delimita y otorga por lo que esto se considera privilegios, claro que puede diferenciarse entre mas y menos puesto que si comparamos la Administración de justicia tiene un pleno ejercicio de la potestad sancionadora, en su carácter coercitivo porque esta si puede privar de libertad a aquel que se ha comprobado su culpabilidad en un juicio previo, sin embargo a la administración publica la misma ley le otorga cierto margen de coercibilidad es decir imposición de sanciones, pero ninguna de estas involucra la restricción al derecho de libertad ambulatoria, por lo que si bien es cierto las sanciones tiene fuerza ejecutiva mediante el respeto del debido proceso, las misma no exceden su fuerza si no es que la ley lo permita.

imponen las sanciones sobre una conducta que infringió la norma previa. La orientación sobre la cual versa esta postura es que sirva como prevención al cometimiento de vulneraciones del ordenamiento jurídico, únicamente en los ámbitos en los que su intervención y cuidado le han sido previamente encomendados. Dicha postura la comparte el profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas.

El *Ius Puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito no solo se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan tal jurisdicción sino que también se manifiesta en manos de la administración pública al momento en que se realiza en un primer momento de la historia la denominada actividad de policía administrativa.

La materialización de la función administrativa desarrollada en aplicación del *Ius Puniendi*, técnicamente se conoce como potestad sancionadora de la administración, MALJAR manifiesta que “para disuadir a las personas físicas y/ o jurídicas a no cometer infracciones a la Normativa aplicable, ejerce la potestad disciplinaria resulta lógico que es quien legalmente controla, fiscaliza y legisla³⁸ esto conlleva a una exigencia en una aptitud técnica que explica la constitucionalización de organismos especiales, en el ámbito del poder administrador, la potestad sancionadora actúa como una herramienta para frenar las conductas contrarias al derecho, en virtud del principio de mínima intervención, en el derecho penal se considera como la última ratio, y el derecho administrativo por ejemplo, sería como un procedimiento previo a una sanción penal, en alguno de los casos, siempre en virtud

³⁸ Op. Cit. MALJAR, Daniel, Pág. 58.

del principio en referencia.

CASSAGNE, señalo que la potestad consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos³⁹ cuando se refiere a un poder se refiere a una fuerza a una facultad del estado visto como su cabeza y las ramas del derecho sus manos, para el caso se configura según MALJAR en una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre personas físicas o jurídicas, esta potestad es entendida en sí misma, no emana de obligaciones concretas, por lo que nace del efectivo ejercicio del derecho en las relaciones jurídicas, la relación jurídica. Enfrentándose a una situación de sujeción o sometimiento; asimismo, Santa María Pastor, establece que potestad es un poder cuyo beneficiario (la Sociedad) es una persona distinta a su titular (administración) y que se confiere a esta para la protección de interese de terceros⁴⁰

La génesis de este poder la encontramos en la concepción doctrinal de la separación de los poderes que tiene su origen en Francia, a raíz de la aparición de la obra de Montesquieu titulada *El espíritu de las leyes*, publicada en el año 1748, aun cuando existen antecedentes que la remontan a la obra de Aristóteles. La teoría constituye un alegato contra la concentración del poder en favor de los derechos individuales, hallándose fundamentalmente orientada a la separación entre los Órganos Ejecutivo y Legislativo; y parte del reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de

³⁹ Citado en MALJAR, Daniel, Pág.33.

⁴⁰ Citado en MALJAR, Daniel, Págs. 33 y 34

porciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente la libertad del hombre.⁴¹

Sobre el origen del poder también resulta particularmente de interés la opinión de FRANCISCO DE SUÁREZ. Al respecto, RECASENS SICHES, en la obra de Suárez *De legibus ac De legislatore.*, expresando que: "El origen del Poder Público, como todos los poderes, es Dios; mas no de manera inmediata, designando a alguien, ni prefiriendo ésta o aquella forma de gobierno, sino en cuanto es autor de la ley natural, la cual exige que en la comunidad política exista un poder, y determine que su titular primario es la misma comunidad. De aquí que haya que reconocer que el Poder Político, de modo mediato y en último término fluye de Dios. Pero jamás como facultad otorgada a éste y aquel individuo sino como atributo esencial de la comunidad"⁴²

Según PANTOJA BAUZA, hace una reflexión interesante al manifestar que "los poderes del Estado se integran en el Bien común, se controlan recíprocamente, pero no nos corresponde a nosotros(gobierno), inmiscuirnos porque estaríamos afectando lo que se denomina en la constitución vigente (Constitución Chilena)las bases de la institucionalidad al opinar respecto a un pronunciamiento soberano expresado, por la cámara y cotejado por el senado"⁴³, retomamos esta reflexión en el sentido que como bien se expresa por sí misma, el Estado mismo está dotado de poderes plenos y a su vez existe un control entre ellos, mas no una intervención, debido al irrestricto respeto al principio de independencia judicial, para CARRE DE MALBERG,

⁴¹ Op.Cit. CASSAGNE, Juan Carlos, Pág. 77.

⁴² Ibídem, CASSAGNE, Juan Carlos, Pág. 41.

⁴³ PANTOJA BAUZA, Rolando, *EL Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994, Pág. 142.

en el Derecho Público Francés se considera a la administración como una función del orden ejecutivo, debido a que desde 1789, según la terminología creada por Montesquieu, se designaba con el nombre de poder ejecutivo a la potestad que corresponde a la función administrativa.⁴⁴

La SC se ha pronunciado acerca del origen de la potestad sancionadora administrativa enunciando lo siguiente: “En cuanto a sus orígenes, la potestad sancionadora de la Administración es tan antigua como ésta misma. Históricamente, se considera como un elemento esencial del poder de policía. En efecto, se estima que las sanciones administrativas constituyen un capítulo del Derecho de Policía. De tal manera, se llega a sostener que donde hay policía aparecen las sanciones. Y es que, debe recordarse que en virtud del poder de policía la Administración está autorizada para imponer sanciones propiamente tales –de signo pecuniario (multas) o de otro contenido restrictivo de derechos o intereses de los administrados, dirigidas a reprochar los ilícitos administrativos-, así como las medidas de policía, que no sanciones, encaminadas a la vigilancia sobre las necesarias y previas autorizaciones administrativas. Así, se sostiene que las sanciones son el pilar sobre el que se asienta la policía, pues sin ellas no podría ser efectiva.”

En virtud de lo anterior el Estado existe a partir desde que este reúne los tres elementos fundamentales para su constitución los cuales son territorio, pueblo y poder. En el curso de esta investigación haremos énfasis en este último del cual podemos iniciar diciendo que durante la historia se ha designado con diferentes vocablos como el de *potestas*, *majestas*, *imperium*, *autoridad*, *dominación*, etc.⁴⁵

⁴⁴ Ibídem, PANTOJA BAUZA, Rolando, Pág. 138.

⁴⁵ Ibídem, CASSAGNE, Juan Carlos, Pág. 40.

Otro elemento fundamental a estudiar para esta investigación es el de sanción, del cual la doctrina ha enriquecido con diferentes definiciones, quizá la más representativa de ella es la de García de Enterría que la define como: “un mal infringido por la administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal”⁴⁶.

A continuación definiremos desde diferentes perspectivas a la potestad sancionadora primeramente apoyándonos en la definición que hace el Diccionario Jurídico de España y en el cual claramente dice: que la potestad sancionadora es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones administrativas, estos son los males infligidos a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal en que consiste la sanción, será siempre una privación de un bien o de un derecho, en cuanto a este concepto la doctrina la ha definido como “la facultad pública de fiscalización de ciertos comportamientos de los administrados y la imposición de medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que prescribe aquellos,”⁴⁷ en este enunciado integra un aspecto importante no solo la potestad se refiere a imponer sanciones, también refiere que la misma funge como un ente fiscalizador es decir, que vigila y controla las actuaciones de quienes están bajo su cargo o su responsabilidad, esto se encuentra en la norma jurídica, pues cada administración pública tiene su ley orgánica, en la cual se delimita su ámbito de aplicación, sus facultades y responsabilidades. La SC también se ha pronunciado respecto a la potestad sancionadora de la Administración y ha dicho que “es un poder jurídico en

⁴⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo Y Ramón Fernández, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ª ed. Civitas, Madrid, 1998, Pág.159.

⁴⁷ GARBERI LLOVREGAT, José, *La Aplicación de los Derechos y las Garantías Constitucionales a la Potestad y el Procedimiento Administrado Sancionador*, Trivium, Madrid, 1989. Citado por VELAQUEZ MUÑOZ, Carlos Javier. “Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del medio ambiente y los recursos naturales, Revista de Derecho, Número. 022, Universidad del Norte, Barranquilla, Pág. 27.

virtud del cual la Administración impone correcciones a los ciudadanos o administrados por conductas contrarias al orden jurídico”⁴⁸, como podemos observar desde la semántica que se utiliza para referirnos a una conducta contraria a derecho y su respectiva solución, se habla de infracción y no de ilícitos, se habla de sanción y no de penas, porque se suaviza tanto el lenguaje, porque lo que se sanciona en un etapa administrativa es una conducta reprochable de lesión a un bien jurídico pero dicha lesión aun no pasa la delgada línea de lo administrativo y lo penal.

La SCA, toma como base el criterio emitido por la Sala de lo Constitucional en reiteradas ocasiones refiriéndose a que la potestad sancionadora de la Administración Pública puede definirse como aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios al ordenamiento jurídico, agregando que: “La finalidad que regula tal potestad es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general.” (Sentencia del 24-2-1998, Ref. 29-G-1991). como podemos apreciar dicho criterio se enlaza con las posturas doctrinales de GARCÍA DE ENTERRÍA, siempre se menciona la corrección como un medio para reflexionar sobre el mal cometido y como una reprobación a no volver a cometer el mismo hecho.

Otro criterio pronunciado por la SCA de la CSJ es que “la potestad sancionadora o *ius Puniendi* del estado es concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el

⁴⁸ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del 11 de noviembre de 2003, Ref.16-2001.

ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *Ius Puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración⁴⁹ en dicha premisa se resalta el carácter coercitivo, no el carácter voluntario, pues una de las características esenciales del Estado es la coercitividad con la que se manifiesta ante sus subordinados dicha facultad coercitiva no la puede ejercer solo el Estado por lo que la delega a los demás componentes del mismo, en este caso lo delega a la Administración Pública.

A manera de conclusión podemos decir que el Estado como sujeto de la potestad punitiva, está facultado para imponer las sanciones necesarias para restablecer el orden jurídico. Este *Ius Puniendi* administrativo es también una manifestación de la potestad sancionadora del Estado. De la misma manera que el derecho penal el derecho administrativo también tiene una naturaleza represiva sancionadora la cual es considerada como un mecanismo de control social que tienen como fin mantener el orden general, solo que esta lo hace desde una dimensión o perspectiva diferente del Derecho Penal.

1.3.1. Características de la Potestad Sancionatoria.

En Europa a diferencia del sistema *RULE OF LAW*, o Sistema Anglosajón, se establecen diversas características del Derecho administrativo en general, entre ellas hemos considerado un de ellas, en la que se refiere al Derecho Tutor o garantizador de los intereses públicos, según la doctrina esta característica recae principalmente sobre las actuaciones de la administración pública, ya que el objeto de la misma consiste en el desarrollo de funciones y potestades públicas por parte de la administración en la satisfacción de intereses colectivos y no al concreto

⁴⁹ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 05 de julio de 2005, Ref. 110-P-2001.

órgano administrativo del que procede el acto o ente, según manifiesta GARCÍA de ENTERRIA, se constituye en una potestad-función deben ser ejecutadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular en función del interés público.

Cabe resaltar que el autor al referirse a esta característica resalta las potestades públicas de la administración, entre ellas es de nuestro interés la potestad sancionadora, sobre dicha potestad la doctrina no establece sus características esenciales por lo que nos resulta importante establecerlas, es por ello que mediante el análisis de la naturaleza de esta potestad sancionadora podemos destacar lo siguiente:

Por su naturaleza: Entre las características que recalca este autor es que esta potestad es inalienable imprescriptible e irrenunciable como consecuencia de su origen legal que la configura y atribuye en concreto a un sujeto determinado.⁵⁰

Por su finalidad: es pública, porque su fin es sancionar aquellas conductas que lesionen intereses públicos (colectivos).

⁵⁰ El autor se refiere al vocablo potestad de manera generalizada, considerándolo inalienable por que la potestad no es objeto de transacción pecuniaria, no puede entenderse una potestad porque se entiende esta como una virtud o una facultad en el entendido como una forma de actuar, asimismo no se considera prescriptible por que la potestad no surge por un determinado tiempo y pasado ese tiempo su naturaleza no se altera, por lo que no perece en el tiempo, una potestad únicamente puede delegarse pero no se extingue, y es irrenunciable por el hecho que la circunstancia que genera su origen está regulada por una ley determinada que genera la potestad en el caso las potestades que se le otorgan al estado contempladas en un ordenamiento constitucional, solo pueden distribuirse o delegarse y ejercerse por los facultados en la ley, de manera que resulta difícil concebir una potestad como una figura aislada de una facultad, y de la forma de actuar de un estado, ya que están íntimamente concatenadas para la obtención de fines determinados, es decir que dentro del derecho administrativo sancionador la potestad sancionadora se configura con la finalidad de integrar en ella el poder punitivo del estado al imponer una sanción que se ha determinado por el cometimiento de una infracción preestablecida en la ley.

Por su forma de ejecución: es emanada únicamente del Estado y coercitiva porque su forma de ejecutarse es a través de una coacción directa sobre una conducta considerada como infracción administrativa, previamente descrita.

1.3.2. Límites de la Potestad Sancionatoria.

Todo poder tiene un límite las potestades administrativas no son la excepción, en particular la potestad sancionadora de la administración pública está limitada y delimitada por las leyes, luego por la realización o no de conductas susceptibles para su aplicación, la potestad es un instrumento de aplicación de poder, esta se limita a que será ejercida por un ente previamente establecido por la Ley, como podemos observar los límites en primer lugar son de carácter legal, porque de esta manera se evita los excesos de poder, no queremos decir que no existan, más bien si existieran es por la mala aplicación o interpretación de la potestad sancionadora misma que es ejercida por la administración pública, a través del DAS, el Estado ejerce su poder coercitivo delegado en esta facultad, por lo que el mismo se vuelve el responsable de la aplicación de dicha potestad y el responsable de a quienes les delega esta facultad es el Estado.

Según la doctrina dos ramificaciones del género común o de un supraconcepto es el poder punitivo del Estado (Ius Puniendi), debido a que este refleja en el DAS y el Derecho Penal Común, hasta llegar a considerar que un mismo bien común puede ser tutelado por técnicas administrativas, así como, por técnicas penales, concepción citada por MALJAR, que refiere que el Tribunal Supremo de Justicia de Madrid de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha elaborado la Teoría del ilícito como un supraconcepto comprendido dentro de un ilícito penal como un supraconcepto comprendido dentro de un ilícito penal como un ilícito administrativo, en relación a que la

Sala del Derecho Penal lo ha desarrollado de forma doctrinal y legal, (TSEE Sala de lo Contencioso Administrativa- referencia 13/7/2000, Méndez Casenco Recurso 6561/98),⁵¹ antes de que se formase una doctrina relativa a la potestad sancionadora de la administración pública.⁵² Es decir, que una misma conducta tiene dos apreciaciones, las conductas a las que se refiere son conductas que lesionan bienes jurídicos protegidos por la leyes de un país determinado, España a través de su historia ha desarrollado su Derecho Administrativo, y sus modelos legales cada vez más apegados al cumplimiento efectivo y oportuno de la justicia y el irrestricto respeto a los derechos fundamentales de cada ser humano, la doctrina considera un ilícito como una conducta reprochable, por lo que según su gravedad se considera una conducta que puede ser regulada por un ente sancionador (Administración Pública), que aplique normas de conducta no considerando entre ellas la privación de libertad, porque la restricción a este derecho de libertad, es como última consecuencia y las normas de conducta que ante su incumplimiento restrinjan este derecho, únicamente la puede aplicar la Administración de Justicia, a través de sus tribunales de carácter penal, porque la gravedad del hecho cometido sobrepasa los límites o alcances de los cuales hacemos referencia posee la Administración Pública en General.

El CSSP, como Administración Pública posee en sí mismo un ente sancionador por lo que el derecho administrativo (doctrinalmente) y la Cn, CS, LCSSP y demás leyes que respaldan su actividad administrativa, también delimitan su ámbito de acción y sus límites, las normas de conducta que ellos regulan conciernen al bien jurídico salud, como se aplica la atención médica, si los profesionales en salud, atienden las normas establecidas por la medicina, por la OMS, la ética profesional con la que

⁵¹ Citado en MALJAR, Daniel, Pág.71.

⁵² *Ibidem*, MALJAR, Daniel, Pág.71.

actúan, debido a que con dichas acciones repercuten en la salud de sus pacientes, por ello el CSSP su función es proteger la salud, desde su origen, promoción y conservación de la misma. Si podemos, observar el CSSP, vigila un aspecto que involucra el ejercicio de la profesión, es un ámbito que puede ser regulado a través de sanciones, que llamen la atención de aquel que no cumple con la leyes, pero dichas sanciones no son de privación de libertad, únicamente afectan económicamente, es una esfera personal más reducida de derechos afectados para quien comete la infracción, y cuando esta infracción por su naturaleza (la cometida por una profesional en medicina) la conoce el CSSP, pero en el análisis de los hechos se determina que la misma, no se ve reparado el daño a través de una suspensión del ejercicio, del pago de una indemnización, etc; es porque el CSSP, se encuentra juzgando una conducta que paso de un límite administrativo a un campo penal, por ello quien conoce es otro tribunal que la ley ha establecido y al cual le ha conferido un pleno ejercicio de la potestad sancionadora (privar de libertad).

Por lo que es evidente el respeto a la institucionalidad y al cumplimiento del principio de legalidad, puesto que la ley no me ha facultado para intervenir en esa esfera jurídica, que la función de la imposición de una pena es la reinserción, pero con la sanción que podría imponer el CSSP, no tendrá su efecto de castigo y de enseñanza en el individuo por que la sanción máxima que puede imponer, no es equiparable con el daño cometido por el infractor.

ALEJANDRO NIETO siguen la línea de idea de MALJAR, que la doctrina entiende que entre delitos e infracciones administrativas hay diferencias ontológicas que se apoyan sobre bases no normativas: a) los delitos que se refieren a agresiones cometidas contra la esfera jurídica de los

individuos afectan a las relaciones interindividuales, atentan y contra la justicia. Existe una línea delicada entre el Derecho Penal y DAS, este límite se puede ver delimitado por los principios del DAS vinculados con los principios del Derecho Penal, tomando en cuenta que la sanción que priva la libertad únicamente podrá imponerla los jueces de instancias penales tal y como lo establece la ley Art. 25 de la CE. Dicha apreciación en el derecho español no es diferente a la forma de actuar en nuestro país pues también se le delga facultades sancionadoras plenas a la administración de justicia, FONTAN manifiesta que el derecho penal es una parte del sistema de sanciones estatales, que además de las penas y medidas de seguridad, el Estado dispone de las sanciones administrativas⁵³

Para algunos autores como MANZINI y ARTURO ROCCO, el límite del ius puniendi está dado por el derecho objetivo.⁵⁴ El cual parte de la idea que el mismo Estado está limitado por las sanciones fijadas en el ordenamiento jurídico; es decir, que no puede imponerse una sanción diferente a la que prevista con antelación en las leyes; cabe mencionar, que la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso con Referencia 110-P-2001, del 5 julio de 2005, ha creado su propio criterio respecto al límite de la potestad sancionadora de la administración pública manifestando lo siguiente: “Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, la potestad sancionadora administrativa se sujeta inicialmente al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las

⁵³ Op. Cit. FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.55.

⁵⁴ Ibídem, FONTAN BALESTRA, Carlos, Pág.86.

contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...".⁵⁵ Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del art. 86 de la Constitución. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad"⁵⁶

La administración puede imponer sanciones dentro de los límites que la ley le otorga, es decir, que el poder que le atribuye está supeditado al cumplimiento de principios generales del derecho administrativo consagrados por el Estado para el resguardo de los derechos de los individuos miembros de la comunidad. Dentro de los principios que limitan la actuación de la administración, encontramos el Principio de Legalidad, el cual somete la actuación de la administración dentro de lo que la ley prescribe.

A diferencia del Derecho Penal, el DAS es de carácter preventivo por eso tiene como objetivo principal proteger el interés general de la colectividad, otorgándole a la administración la potestad de sancionar conductas que puedan alterar el orden público, facultándolo además para ejecutar las sanciones impuestas.

⁵⁵ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 05 julio de 2005, Ref. 110-P-2001.

⁵⁶ *Ibidem*, Ref. 110-P-2001.

En virtud de lo anterior restringe a la administración a actuar dentro del orden jurídico que la ley establece, supeditándolo al cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución de la República para evitar los abusos y excesos de poder y haciéndola actuar dentro de lo permitido por las normas jurídicas previamente establecidas, esto quiere decir, que solo las sanciones previstas en las leyes constituyen sanción administrativa, para esto se exige que la ley realice una descripción de las conductas sancionables, en cumplimiento del principio de legalidad y en materia de potestad sancionadora la reserva de ley absoluta que es la que establece que las sanciones solo pueden encontrarse contempladas en una norma con rango de ley.

1.4. POTESTAD SANCIONADORA DEL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.

La potestad sancionadora de la administración pública puede definirse como aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados por actos contrarios al ordenamiento jurídico. Los autores coinciden en afirmar que al derecho administrativo le son extensibles las técnicas del derecho penal, en otras palabras el acto administrativo sancionador debe regirse en lo fundamental por los principios penales. Al respecto la doctrina sostiene que entre las sanciones administrativas y las jurídico-penales propiamente dichas no son sustanciales, si no puramente formales, por ello se solicita unánimemente la aplicación de los principios penales, sobre todo la de aquellos que suponen una limitación al poder punitivo del Estado, a la sanción administrativa; atendiendo a estos principios debe analizarse lo que constituye la causa de la sanción:

- a) la infracción y aparece que sus elementos esenciales son: 1- una acción u omisión; el comportamiento activo u omisivo vulnera un mandato o una prohibición contenida en la norma administrativa.
- b) la sanción; para que este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo, una sanción.
- c) la tipicidad: el comportamiento del infractor así como la sanción prevista para el mismo, debe aparecer descrita con suficiente precisión en una norma con rango de ley.
- d) la culpabilidad: en todo ordenamiento sancionador rige el criterio de que la responsabilidad puede ser exigida solo si en el comportamiento del agente se aprecia la existencia de dolo o de culpa.

La potestad sancionadora de la administración pública se materializa en actuaciones que se traducen en un *mal infringido* por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta contraria a la norma jurídica, la finalidad que guía tal potestad es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general.

La facultad sancionadora de que está dotada la administración pública tiene su cobertura constitucional en el Art. 14, y la administración en su actuar se encuentra sujeta al principio de legalidad, que ampara la constitución en el Art. 86 al señalar que los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tiene más facultades que las que expresamente les otorga la ley. En virtud de la sujeción a la ley, la administración solo puede actuar solo cuando aquella le faculte, ya que toda

acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido, en consecuencia, la administración solo podrá imponer las sanciones a las que la ley de cobertura y en la forma que la misma lo regule. Se ha llevado a extender al campo de las sanciones administrativas los principios fundamentales del derecho penal para garantizar al destinatario de dichas sanciones, la sujeción a la ley y la protección de cualquier arbitrariedad.

La potestad sancionadora internamente del CSSP, se faculta desde la Cn. en sus Arts. 14 y 68, al conferirle en el marco del derecho administrativo la facultad de sancionar y de crear leyes paralelas que le permitan ejecutar su poder de imperio, como sabemos el CSSP se encarga de la vigilancia de las profesiones médicas, al referirnos a la vigilancia, dicho termino por sí solo no refleja mayor poder de imperio, más bien refleja una actividad de control que ejerce dicha institución sobre las profesiones medias, lo cual es cierto, pero en el desarrollo de esta labor de vigilancia, se identifican casos particulares.

Como lo son la vulneración a los bienes jurídicos tutelado constitucionalmente, que se convierten en derechos y principios fundamentales, enmarcados en una tutela legal efectiva del debido proceso, estas posibles vulneraciones obligan a esta entidad a crear un cuerpo normativo en base al Art. 68 de la constitución, es decir el Código de Salud, mediante el cual se detallan las instituciones encargadas de velar por la salud del pueblo y que tengan las armas para frenar las infracciones a la misma, bajo el imperio de la ley por lo que dichas infracciones deben encontrarse en la norma jurídica, por lo visto la mera labor de control se queda corta ante esta situación, por ello en el uso de facultad constitucional

otorgada a través del Art.14, la potestad sancionadora de la administración pública, ejecuta las inspecciones a través de Juntas de Vigilancia, distribuidas por las siete profesiones en salud que afectan de manera directa o indirecta el bien jurídico salud, esto constituye la potestad sancionadora de la administración pública como el ejercicio del poder de imperio, con los límites que la ley imponga en relación al principios de legalidad, ahora al hablar de potestad sancionadora se escucha aun con más fuerza, esto permite la existencia de un proceso administrativo sancionador, que es en él donde se pueden identificar dicha potestad,

1.4.1. Sujetos de la Potestad Sancionadora.

Es necesario en todo proceso definir quiénes son los actores de los mismo, a quienes se les otorga derechos, quienes los defienden y quienes los reclaman, por lo que GARCIA DE ENTERRIA en su obra Curso de Derecho administrativo, en un principio define el termino de Administrado de la siguiente manera considerando a este “como participio pasivo del verbo administrar, parece argüir a una posición simplemente pasiva del sujeto, que vendría a sufrir o soportar la acción de administrar que sobre él ejerce otro sujeto eminente y activo, la *petentior persona*; a que llamamos Administración Pública”⁵⁷ es interesante retomar dicha definición previa de lo que se determinará como administrado, desde un sentido semántico de las palabras, hasta el momento en que este sujeto ejerce su actuación “frente a”, es lo que lo condiciona en su forma al administrado, en el desarrollo de esta definición por el autor hace referencia al absolutismo, en donde continua o se refleja esta situación de sumisión del administrado en virtud de la voluntad del príncipe, parte de una burocracia, asimismo, menciona la coyuntura que origino el cambio de la base política, después de la revolución francesa con

⁵⁷ GRACIA DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas, Argentina, 2006. Cfr. Págs. 15 y16.

la finalidad de la reviviscencia del término “Administrado”, en el Derecho Administrativo actual, debido a que hoy el administrado no solo es sujeto pasivo sino también es un sujeto activo frente a la Administración, por lo que el referido autor define como administrado como “cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración Pública o a sus agentes.”⁵⁸ “LABAND Y MAYER, autores de la doctrina alemana exponen respecto a la condición simple de administrado respecto a la administración propia de un binomio genérico poder público-ciudadanos, de “relación general de poder” o “ de supremacía general” (desde la perspectiva administrativa) o “relación general de sujeción” (desde la perspectiva del administrado), conceptos que de nuevo nos remiten al equívoco de considerar puramente pasiva la posición del administrado- equivoco quizá aquí matizado del trasfondo hegeliano que subyace a la construcción germánica. La administración se presenta en estas relaciones armada con sus potestades generales, las que la Ley la atribuye por su condición genérica del tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionatoria)”, dicha doctrina alemán es actualmente coherente con el Derecho administrativo actual ya que a la administración se le reviste de dichas facultades- potestades, en especial la que hemos disertado que es la potestad administrativa, a pesar de que la ley establece una igualdad de las personas ante ella y en relación a las actuaciones, podemos considerar que en todo procedimiento siempre se favorece de manera indirecta a la administración, pus ese poder otorgado no lo posee el administrado, pero

⁵⁸ No podemos dejar de lado el análisis efectuado por Gracia de Enterría, desde la concepción primaria de administrado asimismo, expresa que existe una dualidad de lo privado y lo público, así como de la dualidad estado- ciudadano, y así existe la dualidad Administración -. Administrado, del administrado y el administrado cualificado, el primero es cualquier persona frente a la administración, el segundo cualifica su estado singularizándose en una determinada relación concreta entre este y la administración, este análisis de entender cuando cada una de las partes ejerce derechos sobre la otras ayudan a consolidar el termino, fundamental del procedimiento administrativo sancionador,

para evitar esta disparidad y lograr un equilibrio se le otorga al administrado derechos- que fungen como facultades- que le permiten igualar su situación en el desarrollo de un procedimiento determinado, además estos autores se refieren a tres puntos de vista, por lo que Mayer según Cita Enterría, lo caracteriza como una “libertad restringida”⁵⁹, esta además explicar tal situación, esta libertad se encuentra condicionada en primer lugar a la plataforma que la ley misma permite en cuanto a la actuación de los sujetos intervinientes, del estudio efectuado podemos determinar que los sujetos intervinientes son los que ponen en actividad a la administración frente a un hecho específico.

Por lo tanto la administración puede verse como juez y parte, porque es ella quien comete el hecho generador y ante ellas recurre a rectificar lo que nos parece lesivo y que la ley determina lo mismo, a la vez ocurre que es la administración la que posee la facultad de investigar y sancionar todo hecho contrario a ley, porque la misma carta magna así le ha facultado.

Los sujetos que intervienen en todo procedimiento administrativo son parte fundamental del mismo, pues de ellos depende la actividad de un tribunal sancionador, o de una administración de justicia según sea el caso, en materia administrativa, estos sujetos reciben diferentes nombres a los que reciben en otro tipo de procedimiento o proceso, para el caso los llamaremos Administración Pública y Administrados, el primero de ellos es sobre quien recae las funciones públicas que le ha delegado la ley, y el segundo de ellos es quien se somete a las directrices de la ley aplicadas por dicha administración pública, la importancia de distinguir la función práctica de cada sujeto es para verificar quien de ellos ejerce la llamada potestad

⁵⁹ Ibídem, GARCIA ENTERRIA, Eduardo, Págs. 16-19.

sancionadora y quien es el que se encuentra sometida a dicha potestad, por lo tanto la Administración es la facultada por la ley para hacer el efectivo ejercicio de la Potestad sancionadora.

En primer lugar la administración pública a la que se hará referencia en este apartado es el CSSP, dicho Consejo ejerce su funciones de vigilancia, inspección, control y sanción, a través de sus dependencias conformadas por las Juntas de Vigilancia, constituyéndose así siete Juntas de Vigilancia, en las que cada una de ellas vigila, inspecciona, controla y sanciona el correcto ejercicio de una Profesión de Médica en particular, de tal forma que las Juntas de Vigilancia son las siguientes Junta de Vigilancia de la Profesión Médica (JVPM), Junta de Vigilancia de la Profesión Químico Farmacéutica(JVPQF), Junta de Vigilancia de la Profesión de Enfermería (JVPE), Junta de Vigilancia de la Profesión de Psicología(JVPP), Junta de Vigilancia de la Profesión de Laboratorio Clínico(JVPLC); Junta de Vigilancia de la Profesión Odontológica (JVPO) y Junta de Vigilancia de la Profesión Médica Veterinaria (JVPMV).

Una vez que hemos detallado que el CSSP (Administración Pública), para ejercer su función se ramifica con las Juntas anteriormente descritas, la potestad misma también se segmenta en cada uno de ellas siendo estos quienes ejercen la potestad sancionadora en diferentes momentos del Procedimiento administrativo Sancionador, nos remitimos a la LCSSP, en el capítulo III, referente a las Atribuciones de las Juntas de Vigilancia, Art.10 Lit. C) *“Vigilar, por todos los medios adecuados, el ejercicio de la profesión correspondiente y la de las respectivas actividades auxiliares a que se refiere el inciso 2º del Art. 2. Velar porque esas mismas profesiones y actividades no se ejerciten por personas que carezcan del título correspondiente, y exigir, en*

*su caso, el estricto cumplimiento de las disposiciones penales relativas al ejercicio ilegal de las profesiones.*⁶⁰

De la lectura de estas disposiciones se determina en ellas, en primer lugar la forma de actuación de la Administración Pública, desempeñada por el CSSP, que deberá ser vigilante del ejercicio de la profesión médica respectivamente, porque la acción realizada por los profesionales en medicina, su materia prima para desempeñar su profesión es el ser humano, pues en el examen, determinan y diagnostican enfermedades, al encontrar alguna falla en su organismo o actuando de manera preventiva ante cualquier daño que el ser humano pueda sufrir, si lo observamos de esta forma aislada pareciera que no hay necesidad de la vigilancia al ejercicio de dichas profesiones, sin embargo en la práctica se ha observado que a partir de estos hechos se vulnera el Derecho a la Salud, aunado a ello que en ocasiones dichos profesionales médicos no se encuentran acreditados mediante un título la calidad en la que ejerce la profesión médica, por lo que esta área se mantiene en constante vigilancia, además de supervisar la forma en que aplican las medidas preventivas o de saneamiento a un paciente, la acción propia del médico se consume en el ser humano y por ser este último, el fin y actividad del estado, se debe resguardar todas aquellas posibles fuentes de peligro a los bienes jurídicos protegidos vida, integridad física, salud. También dicho ejercicio profesional puede llevarlo a incumplir normas establecidas y provocar graves daños a las personas, por lo que el CSSP, es la administración que la ley ha destinado se encargue del fiel cumplimiento de su mandato constitucional otorgándole cierto grado de poder, para desahogar un poco la administración de justicia y otorgarle una pronta respuesta a la demandas de la población en lo administrativo, por ejemplo,

⁶⁰ D. L., Número 2699, Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Médica, Odontológica y Farmacéutica, Pág.4.

esto es una función coadyuvante del ministerio de justicia, pues en cada administración pública se está otorgando justicia administrativa. Salvaguardando lo más pronto posible los derechos al administrado y facultando a este la apertura para reclamar esos derechos que le surjan por ejemplo en la contratación de servicios médico, estos derecho a los que nos referimos, es el derecho a una atención digna, derecho a un servicio de calidad, por lo que el derecho al resguardo de mi vida, la dignidad y la vida son derechos fundamentales de todos los seres humanos, si estos se infringen o se lesionan existen las instancias correspondientes para reclamar la restitución de los mismos, como lo es el CSSP, en todo caso si las lesiones son graves pasan a conocimiento como la última ratio, a una instancia penal.

Todo este procedimiento no ocurre si los sujetos no actúan, de allí la importancia de la definición de los mismos, cualificándoles de tal manera que nos permita proyectar sus límites y sus alcances dentro del procedimiento administrativo sancionador.

1.5.FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL SALVADOR.

La potestad sancionatoria de la administración pública la encontramos consagrada en el Art. 14 de la Carta Magna, en la que literalmente prescribe: “corresponde únicamente al órgano judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo al debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, la cual podrá permutarse por un período igual”⁶¹. Este artículo es la

⁶¹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA EL SALVADOR, Publicada en el D.O. Número 234,

piedra angular para la realización del estudio de esta investigación, ya que en este se encuentra el reconocimiento de la potestad de la administración para imponer sanciones; es decir, que el órgano judicial no tiene la exclusividad del poder sancionatorio del Estado, sino que la misma constitución faculta a la administración pública para que esta pueda imponer sanciones a quienes infrinjan preceptos constitucionales o atenten contra derechos fundamentales.

Sin duda alguna el poder que de la constitución emana no puede ser desmedido, si no que este se encuentra limitado por principios y garantías que contempla el cuerpo normativo. Uno de los principios más importantes, nos atreveríamos a nombrarlo como el principal de ellos, es el principio de legalidad ya que la imposición de cualquier sanción se encuentra supeditada a lo enunciado en el Art.15 de la constitución, la cual contempla este principio fundamental “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”⁶². A breves rasgos lo anterior nos quiere decir que nadie puede recibir una sanción por un hecho que no se encuentre contemplado con anterioridad al cometimiento, ya que la ley faculta a sus funcionarios a imponer penas o sanciones por infracciones ya previstas en la constitución.

Ahora bien, otro artículo elemental para la realización de esta investigación es el Art. 86 inciso 3° de la constitución⁶³. En esta confiere poder a los funcionarios públicos como delegados de los órganos del Estado, para que

Tomo 231, de fecha 16 de diciembre de 1983. Entrando en vigencia el 20 de diciembre de 1983. Pág. 29.

⁶² Ibídem, CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR. Pág.31

⁶³ Ibídem, CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR, “los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”. Pág.69

estos puedan actuar en representación de este y conforme a las leyes promulgadas. Dotándolos con diferentes atribuciones que están revestidas de potestad, como ejemplo acertado al tema en mención la potestad sancionadora que confiere al Concejo Superior de Salud Pública y a las juntas de vigilancia, en el inciso segundo del Art. 68 de la constitución, en el cual prescribe que los organismos de salud pública “tendrán la facultad para suspender en el ejercicio profesional a los miembros del gremio bajo su control, cuando ejerzan su profesión con manifiesta inmoralidad o incapacidad...”⁶⁴

La SCA con respecto al derecho administrativo sancionador se ha pronunciado en la sentencia definitiva del nueve de febrero de dos mil cuatro con Referencia 219-M-2001, manifestando que la base constitucional de la potestad sancionadora emana del Art.14 de nuestra constitución. Literalmente manifestando el criterio siguiente: “la facultad sancionatoria de que está dotada la Administración se encuentra estipulada en el Art.14 Cn, el ejercicio de la misma está sujeta al "principio de legalidad" que recoge la Carta Magna en el Art. 86 inc. 3 al señalar que: "Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". Es decir, que todo actuar de la Administración deriva de una facultad atribuida y delimitada por la ley, la cual debe encontrarse vigente previamente a su ejercicio, imposibilitando su aplicación retroactiva.”⁶⁵

Para finalizar este apartado podemos concluir que es de la constitución donde emana la potestad sancionadora de la administración pública; es decir, que da los lineamientos necesarios para la imposición de sanciones.

⁶⁴ *Ibidem*, CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR. Pág.58

⁶⁵ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 9 febrero de 2004, Ref. 219-M-2001.

1.6. ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS ARTS. 14 Y 68 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.

Al realizar un análisis doctrinal sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública nos arroja a identificar dicha potestad en la Administración Pública en El salvador, encontrando su base constitucional en el Art.14 que literalmente dice: "...Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad." En esta disposición a su vez se refiere a los tipos de sanciones aplicables administrativamente, mediante la emisión de un acto administrativo.

La referida facultad de imponer penas, es la potestad sancionadora puesto que su objetivo es sancionar o castigar una conducta, la norma constitucional atañe en primer lugar el órgano judicial, siendo este el órgano a quien le confiere la ejecución de dicha facultad, dicho órgano judicial en la funcionabilidad de esta facultad la ejerce a través de Tribunales de Justicia, distribuidos según la rama del derecho que lo requiera en un primer momento, existían los tribunales de justicia criminal, justicia militar y de hacienda, civiles, con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los hombres, a través de tratados y convenios suscritos y ratificados por El Salvador, encaminaron una evolución también del órgano judicial no perdiendo de vista su facultad sancionatoria, en cada una de las leyes conferidas en cada rama del derecho se asignaron procedimientos que hiciesen efectivo el reclamo a esos derechos por lo que las actuaciones del órgano judicial se regulan a través de normas jurídicas, hoy en día como

sabemos el derecho es dinámico, se han creado nuevos tribunales que responden a las necesidades actuales de una sociedad, hay tribunales ambientales, de derecho civil y mercantil (que paso de ser un proceso puramente escrito a un proceso oral, por la necesidad de la pronta y cumplida justicia) y demás leyes que surgen por las nuevas prácticas de los y las ciudadanas, es claro que la potestad sancionadora no es rígida es versátil, pero por su misma versatilidad se crean procedimientos bajo el principio de legalidad para limitar las actuaciones de quienes ejercen dicha potestad para evitar arbitrariedades. Cada uno de estos Tribunales actúa bajo el Principio del debido proceso y demás principios constitucionales que le asisten a las partes intervinientes, emitiendo en cada uno de ellos sentencias que legitiman derechos y obligaciones para las partes, para que dicho órgano judicial resuelva lo que conforme a derecho corresponda y efectuando así la legalidad de lo controvertido en cada Tribunal, de esta manera el órgano judicial cumple con el mandato constitucional de sancionar esas conductas antijurídicas que surgen entre las relaciones de los individuos.

El DA es una de las ramas del derecho que busca regular otras áreas del derecho que permitan un desarrollo transparente de la administración pública en general, volviéndose la administración pública como principal ente regulador y controlador de la legalidad de los actos administrativos, embestido por una figura de tribunales administrativos, como es el caso del CSSP, siendo esta una Institución Autónoma que tiene su origen constitucional en el artículo 68, en el que permite la creación de leyes secundarias que regulen tanto su organización y su competencia funcional y territorial, para que el administrado tenga claro las instancias a las que están sometidas sus actuaciones, así como el marco legal de las mismas y sus

respectivas sanciones ante un incumplimiento, muchos autores administrativo consideran que el derecho administrativo crea las posibles conductas contrarias a la norma, mientras que el Derecho Penal recae sobre acciones consumadas.

Cabe mencionar, que el referido Art. 14, extiende la facultad sancionadora a la administración pública, en este orden de ideas, es aquí en donde se faculta constitucionalmente a la administración pública, esta base constitucional da origen a la creación de entidades administrativas que ejercen control sobre diferentes áreas de la sociedad que no controla el órgano judicial. Por ejemplo el área de Salud Pública, a simple vista erradamente puede considerarse que es un área en la que si bien se promueve y se reclama el derecho a la salud como un derecho fundamental del individuo tutelado paralelamente en su Art.2 CN, el ejercicio de este derecho no genera un peligro para los demás seres humanos, esta visión es escueta al no considerar quien ejercen o brindan la salud, el ser humano por sí mismo posee un nivel de salud determinado, pero existen factores externos e internos del mismo ser humano que pueden afectar una “buena Salud” ya que salud, no simplemente es estar sano, es decir sin ninguna enfermedad, dicho termino es más extensivo en cuanto a una salud física y psicológica, por lo que es necesario la existencia de normativas e identidades que ejecuten esas normas jurídicas para limitar las actuaciones de aquellos que pueden afectar este derecho fundamental tan importante.

De conformidad a ello, podemos decir que es esta la motivación del Estado para la creación de una institución como el CSSP, cuya finalidad es velar por la salud del pueblo, creando una puerta en el referido artículo, para la creación de una legislación secundaria que le permita actuar en la sociedad

ejerciendo un mandato constitucional, de igual manera que el órgano judicial; asimismo la SCA, en sus Líneas Jurisprudenciales afirma que “*todas las actividades públicas implican necesariamente el ejercicio de potestades dentro de los límites del ordenamiento jurídico*”⁶⁶, es el caso, que la A.L. por decreto crea el Código de Salud, que regulara las actuaciones tanto de la Administración del sector de la Salud, así como, confiere derechos a los administrados en esta rama del Derecho por lo que el referido Consejo, que crea una normativa especial para organizar y ejecutar su facultad sancionadora en la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y su respectivo Reglamento de Aplicación.

Esta se configura como una brecha en la que la administración impone sanciones, la SCA de la CSJ, en sentencia con Referencia 149-M-99, emitida a las doce horas del diecinueve de julio de dos mil, explica de manera extensa la interpretación del Art. 14 del referido cuerpo normativo, en dicha interpretación se toma en cuenta un principio el de la unidad de la constitución, la cual recae en la supremacía de la norma constitucional, que actúa de manera sistemática y armoniosa con los otros cuerpos normativos, que integra reglas y principios, en la constitución en otras disposiciones se reafirma la potestad sancionadora como en el Art. 68, en dicha disposición se le confiere específicamente al CSSP, potestades administrativas que limitan actividades de la administración. Según la SCA algunos tratadistas consideran que el enfoque que posee el Art.14, reviste de un principio de unidad de la constitución, por el hecho de que la mejor manera de interpretar la constitución es considerándola como un todo orgánico y sistemático...integrado por reglas y principios racionales e inseparablemente vinculados entre sí... por lo cual ninguna de sus cláusulas debe considerarse

⁶⁶ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 2007, Pág. 67.

aísla ni superfluamente sino como parte de un sistema...”⁶⁷ hemos retomado este criterio jurisprudencial para no perder de vista la base constitucional, el CSSP al aplicar su normativa secundaria en institucional, lo hace de manera sistemática y orgánica, ya que en sus resoluciones expresa en sus considerandos la facultad o potestad conferida por dicha norma constitucional, y sistematiza la constitución, el código de salud, la ley del consejo superior y sus respectivo reglamento si así lo requiere el hecho controvertido, aquí es una clara aplicación de esta interpretación constitucional sobre la forma de entender el ejercicio de la potestad sancionadora, siendo el CSSP una de las instituciones que conforman la administración pública.

El Art. 68 Cn. Faculta al CSSP, a suspender en el ejercicio profesional a los miembros del gremio bajo su tutela, cuando ejerzan su profesión con manifiesta inmoralidad o incapacidad”⁶⁸ curiosamente pareciera que únicamente por estas dos causales podría imponérseles la sanción de suspensión más sin embargo en el CS en el “Art. 282. *Serán sancionados con suspensión en el ejercicio profesional, los profesionales de salud que cometan las infracciones establecidas en el Art. 284 de este Código o fuere una falta grave establecida en los reglamentos respectivos... Art. 284.- Constituyen infracciones graves contra la salud: 1) Provocar y causar daño, impedimento temporal o permanente, o la muerte de una persona por error, negligencia, impericia, abandono inexcusable o malicia durante el ejercicio de su profesión.*”⁶⁹ Esta última disposición establece en veintitrés numerales las causales por las que se puede aplicar la suspensión, es decir que

⁶⁷ Op.Cit. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Pág. 30

⁶⁸ Ibídem, *Constitución de la Republica de El Salvador*, Pág. 58.

⁶⁹ D.L. 955, CODIGO DE SALUD, 22 de abril de 1988, publicado en el D.O. Nº 86, Tomo 299, del 11 de Mayo de 1988. Pág.54.

la potestad administrativa se puede ejercer una vez se cumplan estos supuesto en el hecho reclamado.

Asimismo existen otras sanciones como la multa que también se delimita cuando se tendrá por cumplida la situación para imponer esta infracción en las menos graves por ejemplo.

CAPÍTULO DOS

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

2.Exordio; 2.1.Nociones Generales del Procedimiento Administrativo Sancionador; 2.2.Concepto del Procedimiento Administrativo Sancionador; 2.2.1.Infracción Administrativa; 2.2.2.Sanción Administrativa; 2.3.Potestades Sancionadoras de la Administración Pública y su Aplicación en el Proceso Administrativo Sancionar del CSSP; 2.4. Potestad Reglada; 2.4.1.Potestad Discrecional; 2.4.1.1.Discrecionalidad y Legalidad; 2.4.1.2.Limitación de las Actividades Discrecionales; 2.4.2.3.Discrecionalidad e Interpretación; 2.5. Límites Constitucionales y Jurisprudenciales de la Potestad Sancionadora; 2.6.Estructura del Procedimiento Sancionador en la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y Conocimiento del Consejo Superior de Salud Pública; 2.6.1.Inicio; 2.6.2.Fase Probatoria; 2.6.3.Conocimiento de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios en Junta de Vigilancia de la Profesión Médica; 2.6.4.Emisión de la Resolución Administrativa por parte de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica; 2.6.5.Conocimiento en Segunda Instancia en Revisión por el Consejo Superior de Salud Pública; 2.7.Recursos Administrativos; 2.7.1.Recurso de Revisión; 2.7.2.Recurso de Apelación; 2.7.3.Procedimiento Contencioso Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

2. Exordio.

Una vez que sea desarrollado la forma en que se instaura en un Estado de Derecho la Potestad Sancionadora de la administración, resulta de

importancia conocer el campo o la forma en que esta se ejerce y se tiene por efectiva la acción, por lo que dicha potestad se enmarca en un Procedimiento Administrativo Sancionador.

Este procedimiento también se retoman las nociones que ha tenido y la forma en que el procedimiento se conceptualiza por la doctrina, la ley misma, en especial lo que se determina en el Código de Salud y la Ley del Consejo Superior de Salud, Pública.

Obteniendo con ello una visualización del procedimiento administrativo sancionador que se ejecuta en la administración pública (CSSP), y la forma en la que dentro del mismo se identifica la aplicación de los CJI, además de mantener en la lectura y el análisis posterior sobre la plataforma en la que se aplican estos conceptos y la forma en que inciden en la aplicación del procedimiento mismo.

Las etapas que comprende este procedimiento son fundamentales retornarlas con los criterios que la SCA ha determinado con anterioridad y así plantear un análisis idóneo sobre el estado actual de dicho procedimiento en el CSSP.

2.1. NOCIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La doctrina en términos generales no plantea un concepto específico de proceso administrativo sancionador, más bien se refiere a él como un proceso que puede iniciarse de oficio, a petición de otros órganos, órdenes superiores o denuncias, todo dependerá de lo planteado por cada ordenamiento jurídico aplicable a cada circunstancia específica; este proceso

sancionador tiene por objeto imponer sanciones a aquellas conductas o actos que hayan repercutido en una infracción administrativa (obviamente tales infracciones deben estar claramente estipuladas en el ordenamiento positivo; de lo contrario existiría una violación evidente al principio de legalidad administrativo), vale la pena mencionar que cualquier persona en el cumplimiento de un deber legal puede poner en funcionamiento el órgano administrativo advirtiendo la existencia de un hecho que puede tipificarse eventualmente como una infracción administrativa.

Según MERKL el procedimiento administrativo se enmarca en la teoría del Derecho de que tanto el procedimiento judicial, como legislativo y el administrativo serían simples especificaciones, vendría a ser el ítem jurídicamente regulado a priori a través del cual la manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica de un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo). Conlleva al modo de producción de los actos.⁷⁰

Al respecto la sala de lo contencioso administrativo de la corte suprema de justicia establece los siguientes parámetros: “los procedimientos sancionadores pueden iniciarse de oficio, por acuerdo de órganos competentes, ya sea por propia iniciativa o por acuerdo de una orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia, es decir, según lo establezca el ordenamiento jurídico aplicable. Por iniciativa propia la actuación deriva del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituirse en infracciones por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación; y ocasionalmente por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección,

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Capítulo XXII, *El Procedimiento Administrativo, II Procedimiento Administrativo como Institución Jurídica. Concepto y Clases de Procedimientos*, Pág. 454.

averiguación o investigación, por orden superior de un órgano administrativo cuya jerarquía administrativa lo constituye como órgano competente para la iniciación y que expresara en la medida de lo posible la persona o personas presuntamente responsables, la conducta o hechos que pudieran constituir la infracción administrativa y su tipificación, aun como el lugar, fecha o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

Por petición razonada el procedimiento se inicia a propuesta de cualquier sujeto que forma parte del órgano administrativo competente o que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción por tener funciones de inspección, averiguación o investigación.

Finalmente por denuncia de cualquier persona en cumplimiento o no de una obligación legal, puede poner en conocimiento al órgano administrativo competente sobre la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir una infracción administrativa.”⁷¹

La doctrina da un tratamiento diferente al procedimiento sancionador separándolo del ejercicio exclusivo del IUS PUNIENDI, por el poder jurisdiccional; es decir que advierte la existencia de infracciones administrativas que deben ser sometidas de acuerdo al principio de legalidad, como conceptos independientes de los injustos penales e infracciones penales; es decir que la administración pública puede imponer sanciones que no siempre impliquen privación de libertad.

Al respecto el TCCE en una sentencia meritoria de referencia 77/1983

⁷¹ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL, CSJ, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 2000- 2002, Pág. 113.

expresa la separación del monopolio del castigo de las infracciones atribuidas exclusivamente al derecho penal (*ius puniendi*) y expone que también pueden ser objeto de castigo por la administración pública, refiere lo siguiente: “ no cabe que duda que un sistema que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración, pero un sistema semejante no ha funcionado históricamente y es lícito dudar incluso que fuera viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle; pero entre las que se puede citar: la conveniencia de no recargar con exceso la actividad de la administración de justicia como consecuencias de ilícitos de menor gravedad, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.”⁷²

DROMI, nos brinda una postura sobre el concepto de procedimiento y proceso administrativo, refiriéndose que un proceso es una unidad teleológica hacia un fin en cambio el procedimiento es una unidad formal es decir un medio,⁷³ cabe aclarar que el proceso administrativo se confunde con el procedimiento administrativo, ya que el procedimiento se nos presenta como actos concatenados entre sí, que llevan consigo un fin, este fin según DROMI puede tener lugar en sede judicial o administrativa, cuando se refiere a la sede administrativa es cuando se lleva a cabo el procedimiento administrativo, y el fin al que se refiere dicha postura es a regular la preparación e impugnación de la voluntad administrativo, esto le da al administrado la posibilidad real de ejercer un control sobre aquellos actos

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA, Sentencia Definitiva de Ref. 77/1983.

⁷³ DROMI, Roberto, *El Procedimiento Administrativo*, Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999. Pág.32-33.

que afecten su esfera de bienes jurídicos protegidos tanto por el derecho administrativo en general como de aquellos actos que puedan conducirlo a la sede judicial, en donde dejara de ser un procedimiento administrativo para convertirse en un proceso administrativo, en la que se juzgara una actividad administrativa que lesiono el bien jurídico más allá de lo tutelado por el derecho administrativo, “el procedimiento administrativo traduce en la práctica a la relación jurídica sustantiva entre administración y administrado”⁷⁴ esta práctica claramente se refiere al derecho que se otorga por parte de la administración al administrado, a quien le surge el derecho de exigirlo, en posteriores capítulos se ampliara sobre el principio de Legalidad, pero es claro mencionar que dichas actuaciones, deben encontrarse en un marco legal, a la administración como una figura reguladora le surgen voluntades, que llamaremos voluntades administrativas, que sugieren, crean, modifican conductas en este caso el CSSP, en las leyes respectivas ha sugerido, creado y modificado conductas que afectan el bien jurídico salud, es decir estas manifestaciones de voluntad recaen sobre los administrados que son los profesionales de la salud, en el ejercicio de sus profesiones, las autoridades del sector salud, y los más importantes, los usuarios del sistema de salud en el salvador, en estos últimos sujetos los derechos sobre los cuales se reclama la actuación administrativa son derechos públicos y fundamentales que pueden ser exigidos algunos de ellos en sede administrativa y en sede judicial, convirtiéndose esta en palabras de DROMI “una situación subjetiva pública de la Administración y los administrados en la relación jurídica que los une”⁷⁵, dicho autor resalta como finalidades del procedimiento las siguientes: “1. *Participación* Individual y colectiva de los interesados- titulares de situación subjetiva- en la preparación de la voluntad administrativa; 2. *Protección* amplia y eficiente de los administrados

⁷⁴ Ibídem, DROMI, Roberto, Pág. 33

⁷⁵ Ibídem, DROMI, Roberto, Pág. 34

mediante un sinnúmero de instrumentos procesales: peticiones, recursos, reclamaciones, quejas, denuncias y otros medios de impugnación que sirven para la mejor defensa de sus derechos: 3. *Colaboración* del administrado en la preparación y ejecución de la voluntad administrativa. El particular no es- o no debe ser- un litigante en el procedimiento administrativo; 4. *Ejecución* eficaz de la actividad administrativa, para la real y correcta satisfacción de las necesidad pública debe obrarse conforme a pautas de: racionalización, operatividad, ordenación, probidad y moralidad, así se logrará una optimización de la conducta administrativa; 5. *Sistematización*, simplificación y eficacia en los medios consagrados para la defensa de la autoridad(por ejemplo, presunción de legitimidad, ejecutoriedad, procedimiento reservado) y de la libertad(por ejemplo, recursos y reclamaciones, vistas de actuaciones, etc); 6. *Jurisdicción* de la Administración Pública, vale decir, sumisión de las partes- administración y administrado- a reglas de Derecho, que garantizan la regularidad y racionalidad del poder estatal y del deber particular.”⁷⁶

Estas funciones que resalta el autor son una guía de la manera en que se manifiesta dicho procedimiento administrativo, cada una de ellas son importantes para desarrollar la tutela de derechos, esta es la manera de proteger los derechos bajo el camino de la legalidad, en donde se produce una certeza en las actuaciones y el rol que toma cada una de las partes pues dichas funciones las podemos separar en las funciones que atañen al administrado y las que corresponden a la administración pública propiamente, en la primera función se refiere a la participación; le corresponde al administrado poner en movimiento a la administración al reclamar el cumplimiento y tutela de sus derecho tiene la facultad de

⁷⁶ Ibídem, DROMI, Roberto, Pág. 35

realizarlos forma individual si dicha afectación a recaído sobre sus derechos individuales, pero si las referidas afectación son sobre derechos de la colectividad, esta puede actuar en conjunto ante una determinada administración pública, configurándose según esta función la relación subjetiva que recae sobre los derechos controvertidos, en relación a la colaboración; se refiere específicamente a que su actuación ha provocado una actuación administrativa, en cuanto a la función a la sistematización en relación a la defensa de la libertad que tiene el administrado de reclamar a través de la vías creadas por el derecho administrativo, y el Protección la administración público, es la encargada de crear procedimientos que regulen sus actuaciones y las del administrado ante la misma, dichos procesos deben ser eficaces para cumplir con sus fines, ya sea de inicio del procedimiento de prueba, de controversia, y de los recursos administrativos para impugnar las actuaciones de la administración, esto está vinculado con la cuarta función del procedimiento en la ejecución eficaz, que se verá a través del resultado sobre la tutela de los derechos y finalmente la jurisdicción, que hace referencia a que tanto la administración como el administrado sien las reglas del derecho administrativo , para regular el poder de la administración evitando con ello las arbitrariedades en las manifestaciones de voluntad de la administración pública y que la forma de actuar del administrado tampoco se convierta en una actuación antojadiza más bien las mismas normas dictaran los momentos precisos y ante quien recurrirán, como un deber ejercido bajo la legalidad.

Cabe mencionar, que en relación a la función de colaboración en el desarrollo del Derecho, es aceptable que el administrado recura en ocasiones a abogados que ejercen por ellos la defensa de los derechos controvertidos, en representación del administrado a quien se le violentaron

sus derechos propiamente, esta versatilidad del derecho adecua las actuaciones de la administración pública, para el caso del CSSP, en cuanto a su posibilidad de ir creando procedimientos más eficaces, que requieran de menos pasos y que estos se conviertan en menos engorrosos para los administrados, agilizando la justicia, y adecuando el derecho administrativo a las necesidades de esta área de salud, es importante recalcar que el procedimiento administrativo que se desarrolla en el CSSP, es un procedimiento con etapas comprensivas, como se explicaran en apartados posterior, esta administración posee los pasos concatenados para obtener una opinión administrativa ante una situación de controversia, que debido al ejercicio de la profesión médica por ejemplo, esta actuación lesione la vida de una persona o su salud, ya desde la base constitucional al crear esta institución, genera un marco de tutela administrativa, sobre la lesión causada, que en un momento puede remitirse ante sede judicial, por la gravedad causada, pero es en un primer momento de acercamiento al procedimiento administrativo sancionador, al que se sujeta en este ejemplo el médico y el paciente (a quien se le han violentado derechos o trasgredido bienes jurídicos tutelados).

Finalmente hay que advertir que el DAS, se adecua perfectamente al procedimiento administrativo sancionador y este con las garantías constitucionales que hacen perder todo tipo de interés de que únicamente el Juez penal es el encargado de sancionar las infracciones; cuando bastamente este criterio ha sido superado con la plena Asunción del sistema sancionador administrativo.

2.2. CONCEPTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Establecer un concepto de procedimiento administrativo sancionador requiere de entender su finalidad, semántica como funcional; la doctrina define que el procedimiento administrativo sancionador es aquel “Conjunto concatenados de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa”⁷⁷, cabe resaltar que dentro de esta definición se establece como un “deber para”, como los peldaños a escalar para obtener un fin llamado “sanción Administrativa”, es conjunto quiere decir que al hablar de procedimiento, son pasos a desarrollar por el administrado ante la administración, la sentencia lo cita como una corrección administrativa a efecto de comprobar si existe una infracción y sancionar al presunto infractor, este ejerce su derecho de defensa y prueba lo que le resulte favorable, paralelamente se regula la actuación administrativa.⁷⁸

Según el Manual de Derecho administrativo, el procedimiento administrativo es una determinada y normativa combinación de actos con efectos jurídicos causalmente vinculados entre sí; una combinación que determina una precisa y ordenada sucesión de dichos actos, constitutiva del cauce a través del cual se cumple la actividad de la administración pública dirigida directamente en producir consecuencias en el mundo jurídico.⁷⁹

MERKL quien es citado en la obra Curso de Derecho Administrativo de GARCIA DE ENTERRIA, se esfuerza en aislar los conceptos de procedimientos tanto el legislativo, judicial y administrativo, serian simples especificaciones, así entendido, el procedimiento vendría a ser el camino, el *inter* jurídicamente regulado *a priori*, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una

⁷⁷ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 9 de julio de 2007, Ref. 31-2005, Cfr. Pág. 13.

⁷⁸ *Ibidem*, Ref. 31-2005, Cfr. Pág. 14.

⁷⁹ *Op.cit.* AYALA, José María, Pág. 66.

manifestación jurídica en un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo). El procedimiento en general se singularizaría, por lo tanto, en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos.⁸⁰ En dicha apreciación del respecto al procedimiento administrativo, se demuestra que es un modo de acceder a la administración pública, una serie de pasos concatenados entre sí persiguen un fin o propósito. Regulado en una norma jurídica, es a partir de la norma que permite la movilización de los sujetos en dicho procedimiento.

El procedimiento mismo es considerado como ya enunciamos como una garantía procedimental, además dentro de la percepción de una justicia administrativa ENTERRIA, existe una cierta irremediable, una cierta inefectividad residual, cuya eliminación solo posible si y cuando las garantías fundamentales que consagra la constitución en cuanto a intereses y derecho legítimos que como en la legislación argentina como la nuestra es la constitución quien acoge estas premisas y allí se determinan las diversas regulaciones, como vías de garantías, como establecer esas cláusulas pétreas e inamovibles que pretenden resguardar la gama de derechos conferidos a los seres humanos a través de las luchas sociales, acuerdos internacionales y su propia manifestación constitucional, el procedimiento solo determina las actuaciones de cada interviniente, y permite la impugnación de aquellos actos administrativos de los actuales el administrado no está conforme.

“El procedimiento no es un acto complejo, sino más propiamente como ya tuvimos ocasión de notar, un complejo, sino, ms propiamente, un complejo

⁸⁰ Op.cit. GARCÍA De ENTERRIA, Eduardo, Pág.454.

de actos”⁸¹ esta fue la concepción que domino en Italia, durante los años según GARRIDO.

Asimismo, de lo anterior podemos definir que el PAS es un conjunto de actos amparados en el derecho administrativo de carecer público, que ocasiona la tutela legal efectiva de derechos fundamentales y de bienes jurídicos tutelados, que culmina en una resolución que controla las actuaciones de la administración pública y de aquellos sujetos a su control, consideramos que de acuerdo a lo ya referido en los temas anteriores, este procedimiento no solo recae en la restricción de la facultad sancionadora de la administración, también sobre aquellos sujetos que desempeñan alguna función administrativa o en su caso alguna profesión, en las que dichas actuaciones de estos sujetos generan afectaciones a bienes jurídicos protegidos, según jurisprudencia de la SCA el ejercicio del IUS PUNIENDI Estatal, dichas manifestaciones se condicionan con la prueba⁸², por lo que en la resolución que se emita la doctrina como la jurisprudencia señala que debe existir certeza sobre los hechos, al respecto se considera sustentada las decisiones, ya que se ha verificado por parte del administrado y de la administración la prueba vertida en el procedimiento, aunque no exista un juez en este tipo de procedimientos si existe un cuerpo colegiado de expertos en la materia sobre la cual recae la controversia, quienes están llenos de experiencia práctica y profesional por lo que a ellos es a quienes se debe de convencer sobre la certeza o no de un hecho, para nuestro estudio el CSSP cuenta con esos entes colegiados, que someten a conocimiento diversos casos, y en diversas instancias, en primera instancia conoce por ejemplo las juntas directivas de cada Junta de Vigilancia, y en segunda instancia o de

⁸¹ Op.Cit. GARRIDO FALLA, Pág.460.

⁸² Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha nueve de julio de dos mil siete. Referencia 31-2005, Pág. 13- 14.

oficio conoce el CSSP, integrado por la representación de cada profesión médica; de ello es claro observar que se manifiesta un principio fundamental el principio de Presunción de inocencia, por lo que el investigado dentro de la JVPM, es inocente durante todo el procedimiento hasta que no se demuestre lo contrario, sobre ello la jurisprudencia de la SCA, ha sentado un criterio en “el sentido que la Administración debe probar en forma directa, fehaciente y rigurosa con los medios probatorios idóneos, la conducta reprochable del Administrado. La prueba de la infracción no puede fundamentarse en suposiciones o sospechas, no debe inferirse o intuirse sino que obtenerse directamente. Para la aplicación de una sanción, no basta que los hechos constitutivos de infracción sean probables o verosímiles sino que deben estar debidamente acreditados para ser veraces”.⁸³

Por lo que en la doctrina siempre se discute la diferencias o semejanzas entre el proceso y procedimiento, una de las diferencias que resalta ENTERRIA, es que el proceso persigue la averiguación de la verdad y la satisfacción de pretensiones ante una instancia neutral e independiente que vendría siendo el juez o el tribunal en cambio al referirnos al proceso administrativo, dicho autor recalca que constituye una garantía para los administrados, no a agota en ello su función y lo más importante de un procedimiento que se asegura de que prevalezca con prontitud un interés general que permita la satisfacción de necesidades... es decir que dicho procedimiento permita la satisfacción de necesidades publicas sin olvidar las garantías debida al administrado.

⁸³ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 16 de marzo de 2001, Ref.166-M-99, Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.117-R-99 citadas en Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo de del 21 d agosto de 2001, Ref.31-2005. Págs.13-14.

2.2.3. Infracción Administrativa.

En el DAS, por su característica de sancionador mentalmente se proyecta un acto contrario a derecho que conlleva a una recompensa directa el mismo, partiendo de esa idea ese acto puede ser positivo o negativo, si es positivo peculiarmente en el derecho podemos decir que se convierte en un acto apegado a la Ley, por lo que al encontrarse en un íntima armonía con la Ley no es necesario castigarle, sin embargo si dicho acto es un acto negativo en el cual se identifique al sujeto infractor y al sujeto u bien jurídico afectado por el referido infractor, al encontrarse dicha conducta en desarmonía con lo establecido en la Ley, esta se convierte en infracción “**infractio**”, y si la rama del derecho sobre la cual recae la infracción es de carácter administrativo, se le conoce como una infracción administrativa de un acto administrativo o por un incumplimiento a un ejercicio público.

En el estudio del derecho administrativo sancionador, este se aplica en las administraciones públicas, el mismo a través de cláusulas constitucionales permite la creación de normas jurídicas especiales, tal es el caso del código de salud, el cual en su ámbito de aplicación tenemos las instituciones que brindan el servicios médicos, así como la vigilancia y control de todas las actuaciones de los habitantes que puedan poner en peligro el bien jurídico salud.

En este orden de ideas, el CSSP según lo dispuesto en la constitución y en la legislación secundaria posee facultades para sancionar, aquellas infracciones que se encuentran tipificadas en la norma, se rigen por la delimitación que el Código de Salud ha realizado a partir del artículo 281 y siguientes catalogando las infracciones en graves, menos graves y leves.

Esta graduación de las infracciones no solo se da en el derecho administrativo, dichas categorías se aprecian en el derecho común, debido a que dependiendo de la gravedad del daño, relativamente se aplica el castigo que sea proporcional. Según la doctrina infracción significa la vulneración a una norma jurídica establecida previamente en la ley.

2.2.3. Sanción Administrativa.

La palabra sanción proviene del latín “**La Sactio**” que son las consecuencias que se derivan de la violación de una norma o “**premissum**”, que significa consecuencia de un acto realizado, la sanción en su carácter punitivo se refiere sobre todo a un castigo, la misma se encuentra establecida en virtud a una ley y es en base a ella que se ejecutan las mismas, debido a que la conducta se reprende para evitar daños futuros a los mismos bienes jurídicos.

Podemos decir que una buena aplicación de sanciones en proporción a la infracción cometida dejará un precedente y un ejemplo para las posteriores. El artículo 14 de la Constitución de la República el cual prescribe que «Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad»⁸⁴. dentro de los órganos aplicadores de sanciones la norma constitucional norma a la administración como una de las instancias en las cuales pueden aplicarse sanciones, la facultad ha sido conferida por la

⁸⁴ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 31.

máxima expresión de leyes, como lo es la constitución, asimismo, instaure que para la aplicación de las mismas debe haber un debido proceso, circunstancia que nos lleva que desde la norma jurídica suprema se establece una forma idónea de resguardo del Estado de Derecho, en nuestro país. Recordando que por mucho tiempo sufrimos un irrespeto constante a los derechos humanos, derechos que están vinculados a bienes jurídicos protegidos, en el desarrollo de nuestro estudio queremos llegar a un punto en el cual exalte el respeto a la salud, por una sola razón la salud del ser humano es fundamental para el desarrollo de la subsistencia del individuo en una sociedad determinada.

La SCA establece que en la norma referida expresa el *principio de exclusividad*, este como el que respalda la actuación sancionadora de la potestad administrativa de la administración pública.⁸⁵ Respecto a la sanción administrativa la SCA, define que por su naturaleza jurídica la sanción indica que es un acto de gravamen, un acto, por tanto, que disminuye la esfera jurídica de los particulares, en el momento en que se privan ciertos derechos o en la prohibición en la realización de una actividad determinada, a esto último la doctrina lo denomina sanción interdictiva bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (sanción pecuniaria).⁸⁶

“Es decir, la sanción administrativa es un acto que implica punición por una actuación u omisión que la Administración determina como contraria a la ley”⁸⁷.

⁸⁵ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA. 2009, Pág. 31.

⁸⁶ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 31

⁸⁷ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 30-31.

Siempre al referirse a la sanción, se liga al principio de legalidad, este rige en todas sus partes al derecho mismo, la ley es fundamental, sus normativas, su expresión tacita y explicita de la regulación de las conductas del indicio hacen que esté vinculado ante las actuaciones del ente aplicador de la ley como la sujeción de los subordinados de las normativas específicas, por lo que el CS, es el cuerpo base de regulación que aplica el CSSP, en el están reglados los bienes jurídicos protegidos, si se infringen las normas que protegen a dichos bienes, la misma norma impone sanciones, por lo que el derecho administrativo sancionador aplicado cumple con presupuestos de hecho y de derecho, debido a que se manifiesta que el derecho administrativo sancionador es un derecho que configurara las infracciones, por el hecho que prevé conductas, a esta revisión de conductas se le llama tipificación, es decir un esquema estructural, de los presupuestos que deberá poseer los hechos realizados por los médicos (por ejemplo), que se adecuen a la prohibición, si dicha adecuación es positiva, se procede aplicar la ley administrativa, aplicando el respectivo procedimiento, sin extinguir el derecho de elevar dicha conducta a otras instancias jurídicas⁸⁸

2.3. POTESTADES SANCIONADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONAR DEL CSSP.

2.3.1. Potestad Reglada.

La conexión entre el derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a desplegar sus actos. Según el tratadista Eduardo García de Enterría "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..."Esta Sala se

⁸⁸ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 30-31.

ha pronunciado en el sentido que si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente-atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba" (Sentencia Definitiva, ref. 139-S-2002 del veinte de abril de dos mil cinco.)

En vista que las actividades que cumple la Administración Pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales ésta debe actuar en su quehacer cotidiano. Es por ello que el ordenamiento jurídico le atribuye dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

La Potestad Reglada, es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina una conducta, establece las características que cumplirá el sujeto que la norma presupone debe reunir para ser considerado o enmarcado en una infracción administrativa, por lo que concretamente la conducta que la Administración ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder, y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, ya que la decisión que emita la Administración no puede configurarse libremente pues su cumplimiento es obligatorio, estableciéndose con ello una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma ley establece.

Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad, pues la valoración a la cual se hace referencia la misma norma ya da lugar a que se realice por el funcionario competente resguardando los demás factores que inciden en la misma.

Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en el art. 3 literal a) que procede la acción contenciosa "contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, incurriendo en desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico".

La atribución de potestades regladas o discrecionales depende de la mayor o menor exhaustividad determinada por la Ley en los supuestos que rigen la actuación de la Administración. En la atribución de potestades discrecionales el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, operación que puede desembocar en diversas decisiones igualmente justas.⁸⁹ aunque se desarrolle la potestad discrecional siempre será en un marco legal, por todas las actuaciones administrativas, están enmarcadas en el ordenamiento supremo la ley, esta nos condiciona nos determina nuestra manera de actuar ante un hecho determinado, es importante no olvidar que la discrecional versa en la forma de apreciación de la solución dentro del mismo marco legal o en su consecuencia con la aplicación de un marco legal complementario, que legitime, ayude o fundamente dicha actuación.

De ello, se desprende que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino ejercicio de una potestad legal, ya que de lo contrario se cae en el ámbito de la Desviación de Poder. Por lo que es importante destacar que la motivación del acto administrativo es la que permite ejercer un control, constatando si las razones que llevaron a la Administración a tomar una decisión están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. Esto permite descubrir un posible vicio

⁸⁹ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 48

de desviación de poder, entendido como el ejercicio de la potestad para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (Sentencia Definitiva ref. 99-P-2000 del diecinueve de diciembre de dos mil uno y ref. 105-P-2000 del dieciséis de octubre de dos mil uno). De ahí, el acto discrecional es controlable a través de los elementos reglados, y la figura específica de la desviación de poder, que no es más que un control del fin, como elemento del acto⁹⁰.

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

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

2.3.2. Potestad Discrecional.

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

⁹⁰ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Cfr. Pág.50.

Para HANS KELSEN: "La facultad discrecional es la libre actividad dentro del marco de la Ley."⁹¹ Muchas veces se entiende la discreción como la libertad de decidir, si existe un cierto grado de valoración pero es mínima debido a que siempre la actuación administrativa es previamente citada en la ley.

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

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

MARIENHOFF nos dice: "Discrecionalidad Administrativa pura o Política es aquella en que para que el acto que se emita quede adecuado al interés público, la Administración no tiene otro guía que criterios de equidad, oportunidad y conveniencia".⁹²

⁹¹ Dr. ROBERTO OLIVA, Cit. por KELSEN, Hans, en *Copias de Clase de Derecho Administrativo*, 1973. Pág.125.

⁹² MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª. ed., Buenos Aires 1975, Pág. 429.

RAFAEL ENTERA CUESTAS “una facultad es discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establece cuando debe ejercitarse como debe ejecutarse y en que siendo se debe ejercitar. Ello puede obedecer a una de dos circunstancias a que no exista una Ley que regule los tres aspectos o momentos citados o que existiendo en aras de la eficacia administrativa, permita la discrecionalidad de los tres o alguno de aquellos.

GARACIA DE ENTERRIA, la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.

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

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

Según FORSTHOFF en su obra Tratado de Derecho Administrativo, manifiesta que la "Potestad Discrecional es, pues, elección de comportamiento en el marco de una realización de valores.... y por tanto

significa, que el orden jurídico presta validez jurídica a todo medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate"; cada vez se otorgan mayores potestades discrecionales a la Administración, dada la complejidad de los problemas que se suscitan hoy en día y que tienen relación directa con los intereses de los Administrados.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en todas las Leyes de carácter Administrativos, normas legales que otorgan al funcionario público facultades discrecionales.

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

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

MARIENHOFF expresa: "que las potestades discrecionales son como los metales, nunca se encuentran en un estado de pureza".⁹³ Siempre, en un acto administrativo, hay elementos reglados y elementos discrecionales.

Del estudio efectuado consideramos que la característica principal de la potestad discrecional, es el margen de elección, enmarcado en el principio

⁹³ Op.Cit. MANIENHOFF, M., Pág. 422.

de legalidad, que a diferencia de la potestad reglada, esta permite tomar en cuenta factores de hecho siempre y cuando los sustenten factores de derecho, por lo que consideramos que estas características son:

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

En un momento determinado no se obtiene certeza sobre lo “que quiso decir el legislador”, en una disposición determinada, no sabemos en ocasiones si estamos en presencia de una actividad reglada o discrecional; lo que debemos hacer, es interpretar, para ello MARRIENHOFF, explica que debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- La vinculación entre el orden jurídico vigente y la actividad a realizar por el Administrador Público.
- Si el acto emitido tiene la característica de estar subordinado a la apreciación subjetiva de los hechos o circunstancias por parte del órgano que lo emite.

- La existencia de forma y de un procedimiento especial para la emanación de un acto, no es razón valedera para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea "discrecional".
- Sin más elementos de juicio, la forma en que está redactada la disposición legal nos da la pauta para comprender si estamos ante una actividad reglada o discrecional.
- Si con los actos a realizar se pretende restringir las libertades públicas, en caso de duda, debemos estar en contra de una actividad discrecional.

La actividad discrecional se da generalmente en los actos que realiza la Administración; pero ello no quiere decir que todos los actos que realiza la Administración son actos discrecionales, para determinar con certeza cuando se da la discrecionalidad, debemos tener presentes fundamentalmente dos cosas: la forma y la competencia.

Cuando el precepto legal expresa los procedimientos a seguir para resolver determinada situación entre la Administración y el particular; cuando la ley expresa que órgano o que funcionario es el competente para fallar o dilucidar un conflicto jurídico de carácter administrativo, lógicamente no estamos en presencia de una actividad discrecional, sino ante una potestad reglada, como dice GARCÍA OVIEDO estamos ante "una voluntad vinculada".⁹⁴ La discrecionalidad siempre está vinculada a un acuerdo al interés público.

⁹⁴ GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 8ª, Madrid, Pág. 261.

Como dice el mismo autor "No puede hablarse de una actividad completamente discrecional de la Administración puesto que tiene que realizar, quiera o no, el interés público, actúa siempre éste como espejo de vinculación para ella. Sólo que esta conformidad de la actuación al interés público puede ser completa o incompleta. Es completa cuando no solamente se pueden fiscalizar las razones de interés público que obliga a actuar, sino también la oportunidad y la conveniencia de la medida".

La potestad discrecional, por el contrario, otorga a la Administración un margen de libre apreciación, a efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, como ha de obrar, o en si debe o no obrar, o que alcance ha de dar a su actuación siempre respetando los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.⁹⁵

Debe además tenerse en cuenta que al ejercer esta potestad, la Administración puede arribar a diferentes soluciones igualmente justas, sin embargo debe entenderse que aquélla que se adopte tiene necesariamente que cumplir la finalidad considerada por la ley, y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés general.

El margen de libertad del que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la misma, y que cuenta además con ciertos

⁹⁵ Op.Cit., Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA, 2009, Pág.48.

elementos reglados que restringen esa libertad del órgano actuante, revisables por la jurisdicción. Así, la potestad discrecional es tal, sólo cuando y en la medida que la norma legal la determina, y en ningún momento implica un círculo de inmunidad para la Administración (Sentencia definitiva, ref. 104-B-2004 del quince de agosto de dos mil cinco.)

Los actos discrecionales son actos administrativos dictados en ejercicio de la mencionada potestad habilitada por el legislador. Uno de los puntos más álgidos y polémicos en la doctrina es la definición de potestades discrecionales, algunos autores centran la discrecionalidad en la posibilidad de valoración o apreciación por la Administración del interés público, otros, en el margen de apreciación que el legislador otorga al aplicador.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha dejado establecido que quedaron superadas las posturas en base a las cuales, ante cualquier vicio de un elemento discrecional en la potestad, el juez se abstenía de conocer. La discrecionalidad es una forma de subsanar dudas o problemas interpretativos.

2.3.2.1. Discrecionalidad y Legalidad.

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

Cuando se emiten las leyes, al legislador escapan determinados hechos concretos, por tanto no quedan comprendidos dentro del supuesto jurídico en forma precisa; pero dada la generalidad de la norma jurídica y mediante la potestad que ella misma señala, deja al Administrador la facultad de obrar discrecionalmente; y esto es así, porque aunque se dicten muchas normas

de carácter administrativo, dada la compleja actividad de la Administración, para satisfacer el interés público y siendo la única responsable de llevar a feliz término los planes que el Estado se traza para realizar el bien común, es necesario reconocerle a la misma un poder de iniciativa. Dentro de dicho poder se encuentra el reconocimiento de una esfera discrecional.

Ahora bien, este poder discrecional dentro de la iniciativa de la Administración Pública, siguiendo a GARRIDO FALLA, podemos decir que se encuentra doblemente limitada: 1º) por que la actividad administrativa debe ser lícita y en la mayoría de los casos, debida; y 2º) Porque el criterio del fin puede servir de base para calificar la actividad administrativa de correcta o incorrecta, jurídicamente.

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

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

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

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

Como dice DROMI: "Siempre existe alguna norma que fija un marco de acción y deja un margen de libertad para actuar. El acto discrecional como acto puro, es utópico".⁹⁶

2.3.2.2. Limitación de las Actividades Discrecionales.

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

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

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

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

⁹⁶ DROMI, Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, Pág. 95.

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

Los límites de la discrecionalidad son los siguientes:

a) Razonabilidad.

La potestad discrecional de la administración pública se tendrá por ilegítima si va contra el principio de razonabilidad.

La voluntad del órgano administrativo, debe ser razonable y debe estar conforme a la ley; AGUSTÍN GORDILLO señala "que la decisión discrecional será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma, si es irrazonable, lo que puede ocurrir; a) cuando no dé los fundamentos de derecho que la sustentan; b) cuando no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente o públicos y notorios y se funde en hechos o pruebas inexistentes; c) cuando no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva, en relación a lo que se quiere lograr." ⁹⁷

b) Desviación de Poder.

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

⁹⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1974, Pág. VIII-30.

c) Buena Fe.

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

d) Discrecionalidad Técnica.

Cuando las reglas técnicas sean claras, precisas, uniformes, el administrador no debe actuar en su contra, la discrecionalidad otorgada por la norma jurídica no debe contradecirlas y esto debe ser así porque la administración pública se basa en principios generales de administración. Si una técnica es científica, necesariamente tiene que ser cierta, objetiva, universal, conforme a reglas uniformes independientes del sujeto que lleva a cabo el acto discrecional, si la técnica es errada sólo por ello es antijurídica.

2.3.2.3. Discrecionalidad e Interpretación.

La SCA en este sentido, en reiteradas ocasiones ha establecido que la potestad discrecional de la Administración, implica el poder de libre apreciación que ésta tiene por facultad de ley, a efecto de decir ante ciertas circunstancias o hechos cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación, debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan; esta potestad afirma la SCA no es extralegal, La discrecionalidad configura entonces, el ejercicio de una potestad previamente atribuida, no existe una inmunidad para la administración⁹⁸.

⁹⁸ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Cfr. Pág. 237.

2.4. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La constitución misma como ya lo hemos recalcado es la norma fundamental, un límite constitucional del procedimiento administrativo sancionador parte de la delegación de las facultades, pues dicho procedimiento únicamente se verá delegado a la administración pública.

"Art. 14. Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad."⁹⁹

El primer límite es el debido proceso como un principio fundamental de un Estado de Derecho y así mismo, se liga a lo precisamente dispuesto en la ley, a través de las demás leyes con las que se desempeña de manera general cada acto administrativo.

La forma en que emitirá unas sanciones será únicamente a través de un acto reglado llamado resolución, emitida por la autoridad administrativa (CSSP), en primera instancia instruye informativo la Junta de vigilancia respectiva
"Art. 20. La sustanciación del informativo será llevada por el Presidente de la Junta. La sentencia será pronunciada por la Junta de Vigilancia, a más tardar dentro de los diez días siguientes de concluido el término probatorio"¹⁰⁰, en dicha disposición ya le limito a la administración pública a través de las Juntas de vigilancia, que esta es la forma en que harán de conocimiento al

⁹⁹ Op.Cit. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Cfr.Pág.29.

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Medica, Odontológica y Farmaceutica, 1958. Pág. 14

administrado la decisión tomada en base a todos los elementos de inspección prueba que han sido discutidos y analizados por el órgano competente establecido en la ley y que en caso de no estar conforme pasa a conocer el órgano superior el consejo superior de salud pública, en caso de no recurrir siempre se remite las diligencias ante el consejo para que este ratifique o modifique la resolución emanada de la instancia a inferior, es decir el consejo en pleno *“Art. 22.- De las sentencias definitivas pronunciadas por las Juntas de Vigilancia, se admitirá el recurso de apelación para ante el Consejo Superior de Salud Pública, dentro del plazo de tres días a contar del siguiente de la notificación. Caso no recurriere de la sentencia, se remitirán las diligencias en revisión al Consejo con noticia de los interesados a más tardar dentro del mismo plazo ya señalado para la apelación”*.¹⁰¹

Del estudio efectuado se determina que sus atribuciones y facultades están delimitadas por la ley, por lo que el límite es de legalidad, es un límite normativo tanto material como formal, porque en él se detalla el ámbito de actuación y el alcance o consecuencia que tendrá la realización de estos actos administrativos. Los límites judiciales se refieren a la jurisprudencia emanada por la entidad superior que es la SCA, que define el procedimiento y detalla el criterio sobre cada uno de los principios que lo rigen para no interpretar de manera errada las disposiciones que involucran el desarrollo de la potestad sancionadora de la administración pública.

2.4.1. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA JUNTA DE VIGILANCIA DE LA PROFESIÓN MÉDICA Y CONOCIMIENTO DEL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.

¹⁰¹ *Ibíd*em, Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Médica, Odontológica y Farmacéutica, Pág.14

En dicho apartado se desglosara las etapas que en las que se desarrolla el procedimiento administrativo sancionador en general en el CSSP, debido a que en cada junta el procedimiento administrativo es el mismo, debiendo cumplir con los principios y derechos otorgados tanto en nuestra Carta Magna como en la misma doctrina administrativa.

2.4.2. Inicio.

Es importante reiterar que el inicio de todo procedimiento tiene sus cimientos en nuestra carta magna. Abordando la idea principal de este capítulo podemos decir que la base para la realización del procedimiento sancionatorio en materia de salud la encontramos en el artículo 68 en el cual se faculta al CSSP la imposición de sanciones a todas las personas, instituciones u organismos que prestan servicios de salud.¹⁰²

El CS en su artículo 315 contempla el procedimiento sancionatorio y en el cual literalmente dice: “para la averiguación de las infracciones contra la salud e imposición de las sanciones se iniciaran de oficio, sin perjuicio de las denuncias o avisos que podrán formular los particulares...”¹⁰³.

La primera de las fases bajo las cuales está estructurado el procedimiento administrativo sancionador en el CSSP y específicamente el que conoce la junta de vigilancia de la profesión médica responde a la etapa de inicio la cual tal y como su nombre la describe es donde inicia el procedimiento administrativo para la averiguación de las infracciones, el cual puede iniciarse de oficio cuando el CSSP o la junta de vigilancia médica tenga conocimiento que un profesional de la salud haya

¹⁰² Op.Cit.CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Pág.58.

¹⁰³ Op.Cit.CODIGO DE SALUD, Pág. 64

cometido alguna infracción, también cuando se haya tenido conocimiento por medio de denuncia y aviso por parte de los particulares, *“Art. 17.- Al tener noticia de una infracción cometida, la respectiva Junta de Vigilancia instruirá informativo, por denuncia o de oficio, oyendo al imputado dentro del término de tres días, contados desde el siguiente a la notificación”* a la lectura de esta disposición de la LCSSP, establece las formas en las que se tiene por iniciado el procedimiento sancionador en las Juntas de Vigilancia, para el caso de la JVPM, en el Art. 326 CS *“Cualquier persona mayor de dieciséis años que resultare perjudicada por una infracción contra la salud o que la presenciare o tuviere conocimiento de ella, podrá denunciarla ante la autoridad de salud competente; asimismo, los representantes legales, tutores o curadores podrán hacer las denuncias referidas, cuando éstos representen a sociedades, menores o incapaces.*

Los funcionarios o empleados técnicos del Ministerio que por razón de sus cargos presenciaren o tuvieren conocimiento de una infracción por comisión u omisión contra la salud, están obligados a ponerlo en conocimiento inmediatamente ante la autoridad de salud competente; si ellos mismo no lo fueren. De no hacerlo o de no iniciar el procedimiento, en su caso, podrán ser sancionados, siguiendo los procedimientos establecidos por la Ley del Servicio Civil. Se presumirá que se ha presenciado o tenido conocimiento de la infracción por parte del funcionario o empleado, cuando ésta fuere cometida en la propia dependencia u organismo en el cual tal funcionario o empleado presta sus servicios. Constituirá prueba fehaciente del conocimiento; si constare en forma evidente que otra persona con anterioridad le denunció el hecho o le dio aviso del mismo, habiendo transcurrido un día hábil sin que el funcionario o empleado a su vez hubiere puesto en conocimiento tal hecho a la autoridad correspondiente o no

*hubiere iniciado el informativo.*¹⁰⁴ Cabe mencionar que en el Código de Salud se encuentra en detalla la forma en que se puede poner en movimiento a la administración pública (CSSP) o mejor dicho iniciar el procedimiento, debido a que su creación según sus considerandos fue para adecuar la ley existente (LCSSP) a la realidad del país ya que dicha norma se dictó en 1958 y ya no se encontraba en concordancia con la realidad actual del año 1988, año en que se dictó mediante decreto legislativo la creación del Código de Salud, complementando de esta manera la normativa existente que por mandato constitucional debía regir la forma de actuar del CSSP, y con la creación de este código le permitía tipificar las conductas que no podían sancionar con las leyes que tenían hasta ese momento, el CS en su Art. 327. La denuncia podrá presentarse por escrito o en forma verbal. La denuncia que se hiciere por escrito deberá ser firmada por el denunciante o por otra persona a su ruego si aquel no supiere o no pudiere hacerlo; y será ratificada de inmediato ante la autoridad de salud competente que la recibiere.

Cuando la denuncia fuere verbal se recibirá por medio de acta en la que, en forma de declaración, se asentará lo expresado por el denunciante en relación al hecho denunciado y al infractor, en su caso, debiendo firmar el acta el denunciante; si supiere o pudiere. La autoridad de salud que recibiere la denuncia verbal o escrita hará constar la identidad de la persona del denunciante por medio del documento respectivo...¹⁰⁵ como ya hemos disertado sobre la sanción administrativa estamos claros que deberá existir

¹⁰⁴ Op.cit. CÓDIGO DE SALUD, Pág.66.

¹⁰⁵ Ibídem, CODIGO DE SALUD, Pág. 49, Además, en su Art. 238 del CS, detalla los requisitos formales que “La denuncia por escrito deberá contener; en cuanto fuere posible: a) La relación circunstancial del hecho, con expresión del lugar, tiempo y modo como fue perpetrado; b) El nombre del infractor o infractores y demás partícipes, así como los de las personas que pueden aportar datos del hecho o pudieren tener conocimiento de su perpetración; y c) Todas las indicaciones y demás circunstancias que puedan conducir a la comprobación del hecho denunciado”.

una norma previa en que respalde las condiciones o causas acaecidas por las cuales se impondrá la misma al administrado, en la Constitución con Jurisprudencia establece un comentario importante en cuanto a que la existencia de un procedimiento administrativo previamente establecido permite que el administrado haga un uso efectivo de su derecho de Defensa de sus derechos, teniendo así la misma oportunidad procesal para exponer sus razonamientos. Asimismo, la SCA manifiesta que en nuestro país el inicio de todo procedimiento administrativo sancionatorio tiene sus cimientos en el Art. 14 de nuestra carta magna, en donde se le confiere a la administración pública la facultad de ejercer el ius puniendi del Estado. En materia de salud la encontramos en el artículo 68 de la Constitución de la República, en el cual se faculta al CSSP la imposición de sanciones a todas las personas, instituciones u organismos que prestan servicios de salud.¹⁰⁶

Al tener conocimiento de la supuesta infracción la J.V.P.M, tiene que hacer la valoración de los hechos adecuándolos a la norma legalmente establecida verificando si el acto descrito es constitutivo de infracción, ya que estos pueden ser acontecimientos que no tengan relevancia jurídica en el marco normativo del Código de Salud; es decir, puede tratarse de hechos atípicos o infracciones que se encuadran en tipos penales y no administrativos, saliendo de esta manera de la competencia que tiene el CSSP para conocer de ellos.

La SCA advierte que: Para que la actividad sancionadora de la Administración sea legal, necesita primeramente, verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico; sólo acertado esto, debe adecuar las circunstancias

¹⁰⁶ Op.cit. CONSTITUCION POLITICA DE EL SALVADOR. Pág.58.

objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad¹⁰⁷. Este criterio jurisprudencial respalda la actuaciones previas o bien podría llamársele gestiones preliminares realizadas por la Junta en referencia para admitir la denuncia, o para proceder ante un hecho que ha sido de oficio, una vez constatada la procedencia de la denuncia se le notifica al sujeto contra quien se realiza el proceso, la infracción o el ilícito que se le atribuye, facilitándole de esta manera, el uso de los medios de defensa.¹⁰⁸

2.5.2. Fase Probatoria.

En este momento del proceso lo que se busca es encontrar sustento en los argumentos expuesto por el denunciante si lo hubiere, así como sustentar los argumento que la JVPM, utilizo para abrir informativo por un hecho que fue por conocimiento de oficio de la Junta, es en esta etapa procesal en donde se consolidan o desvirtúan los argumentos de las partes intervinientes, a efecto de comprobar la comisión de la infracción por el sujeto pasivo (administrado), la referida infracción deberá estar enmarcada en las ya previstas por las leyes respectivas(CS), para la comprobación de que se ha cometido o no la infracción contra la salud, la JVPM ordena las diligencias pertinentes para el esclarecimiento del hecho, según el Art. 316.(CS) "La autoridad competente abrirá el respetivo expediente al tener conocimiento, por cualquier medio, de haberse cometido alguna infracción

¹⁰⁷ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 16 de enero de 2006, Ref. 176-S-2006.

¹⁰⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ en su obra "El Procedimiento Administrativo Sancionador", señala que: "el derecho de defensa, en su acepción más rigurosa, constituye el derecho público constitucional que asiste a toda persona a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible (...)mediante cuyo ejercicio se le garantiza la capacidad de postulación necesaria para que, (...)pueda oponerse eficazmente al ejercicio del "ius puniendi" de los Poderes públicos, y hacer valer dentro de cada instancia sancionadora los derechos afectados por la imputación". (José Garberí Llobregat: "El Procedimiento Administrativo Sancionador" Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Edición 2001, pág. 225).

contra la salud, ordenando en el acto las primeras diligencias conducentes a la comprobación del hecho y de los responsables; y en todo caso, se tomarán las medidas preventivas adecuadas con el fin de proteger la salud. Son primeras diligencias las indagaciones más urgentes e indispensables que no deben diferirse para la comprobación de la infracción; por el medio y forma que su naturaleza exija y para el descubrimiento de los infractores. Si de la práctica de las diligencias anteriores se presume una infracción por comisión u omisión podrán dictarse las medidas preventivas que a juicio de la autoridad de salud deben aplicarse en cada caso.” En esta disposición podemos resaltar que hace referencia a las diligencias de indagación ¿Quiénes realizan esas diligencias?, dentro del CSSP, como ya lo relacionamos en apartados anteriores funcionan siete Juntas de Vigilancia, cada una de ella está conformada por una Junta Directiva, conformada por un secretario(a), un presidente(a), tres propietarios y tres suplentes, quienes realizan sesiones una vez por semana para evacuar y razonar los casos que se presentan en las Juntas de Vigilancia, para nuestro estudio nos hemos enfocado en una Junta en específico que es la JVPM(Junta de Vigilancia de la Profesión Médica), las indagaciones a las que hace referencia el artículo son realizadas por los inspectores de esta Junta (de igual manera trabajan el resto de Juntas de Vigilancia que conforman el Consejo), por lo son ellos los facultados por esta disposición aunque no sea en forma expresa y detallada, quienes se encargan de ir al lugar en donde se tiene conocimiento se ha cometido una infracción a la salud, levantando un acta de inspección, para ser discutida en la sesión de la junta directiva, sustentando en ella todos los elementos de hecho y de derecho que confirman o desvirtúan la infracción que ha sido de su conocimiento, cualquiera que haya sido la legal establecida para iniciar el informativo, por lo que con el informe de los caso la junta directiva diserta y es aquí donde se realiza la valoración de la

prueba aportada por las partes intervinientes, el sujeto activo a través de los inspectores, y del administrado para desvirtuar lo que se le acusa, por lo que en dicha etapa medular se ve ejercitado el derecho de Defensa, el principio de presunción de inocencia, y sobre todo el derecho de audiencia, porque dándole fiel cumplimiento al principios del debido proceso y las reglas del derecho común (CPrCyM, en relación al procedimiento sumario que se desarrolla en la junta respetando los plazos que ya determinó la LCSSP).

Con respecto a la etapa probatoria en el proceso administrativo la Sala de lo Contencioso Administrativo ha reiterado en repetida jurisprudencia: “Que la Administración debe probar en forma directa, fehaciente y rigurosa con los medios probatorios idóneos, la conducta reprochable del Administrado. La prueba de la infracción no puede fundamentarse en suposiciones o sospechas, no debe inferirse o intuirse sino que obtenerse directamente. Para la aplicación de una sanción, no basta que los hechos constitutivos de infracción sean probables o verosímiles sino que deben estar debidamente acreditados para ser veraces (Sentencias 166-M-99 de las once horas con cinco minutos del día dieciséis de marzo del año dos mil uno; 117-R-99 de las nueve horas del día veintiuno de agosto del año dos mil uno)¹⁰⁹ (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 31-2005 de las 14:00 horas del día 9/7/2007). Porque las acusaciones no pueden ser antojadizas, deben surgir por el cumplimiento de un supuesto legal y luego comprobar la realización y la individualización del mismo, la conducta ser ejerce por un individuo, al igual que el derecho penal también deberá individualizarse la acción cometida y solo por la acción u omisión consumada que haya causado daño al bien jurídico o comprobar que no existe

¹⁰⁹ Op. Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 2007 y Líneas y criterios jurisprudenciales Sala de lo Contencioso Administrativo 2007 / Corte Suprema de Justicia, 18. ed. San Salvador, El Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2008. Pág.68.

responsabilidad del administrado ante la situación que se le atribuye; entonces, podrá considerarse que la etapa probatoria cumplido con su finalidad

Un punto importante a resaltar en esta fase, es que con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, debe de observarse lo establecido en el régimen para la realización de la prueba, el cual se aplica de manera supletoria, a aquellos procesos que se iniciaron antes de la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento civiles y mercantiles, deberán continuar en dicho marco legal hasta su fin según el Art. 276 del referido cuerpo normativo, los procesos que iniciaron con la vigencia del código actual, se aplicara supletoriamente.¹¹⁰

También es necesario hacer énfasis en que al supuesto infractor deben conferírsele todos los derechos y garantías constitucionales para que pueda ejercer su legítima defensa durante el proceso. Con respecto a este punto la sala de lo constitucional en sentencia de amparo, ha emitido criterio expresando que “Entre los aspectos esenciales del derecho de audiencia, de modo genérico y sin carácter taxativo, están: a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso, que no necesariamente sea especial sino establecido para cada caso por las disposiciones infra constitucionales respectivas...b) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales...” en conclusión la sala ha expresado que: “existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha

¹¹⁰ Según el Art. 333 del CS, Pág. 68. “En todo lo que no estuviere previsto en el presente Código se aplicarán las normas procesales civiles, cuando no se opongan a la naturaleza de las actuaciones administrativas. En lo que respecta a decisiones o resoluciones que deban tomar las autoridades de Salud correspondientes y que no estuvieren expresamente previstas en este Código, se aplicarán las normas propias de la materia de Salud o las de Deontología en su caso, como también las de doctrinas que fueren aplicables.”

tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales -procesales o procedimentales-establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia"¹¹¹

Así las cosas, es pertinente señalar que la valoración que se efectúe de la prueba presentada en un procedimiento sancionador, debe ajustarse a la lógica y a un criterio racional, en tal sentido la Administración está obligada a realizar una actividad probatoria tendiente a esclarecer los puntos en cuestión, de tal suerte que los resultados del análisis no lesionen el derecho de presunción de inocencia del administrado. La jurisprudencia reiteradamente ha dicho al respecto que "si en la valoración de la prueba que se produce un error de derecho en la apreciación de la misma cuando el juzgador aprecia incorrectamente una prueba, dándole un valor distinto al que le asigna la ley, negándole todo valor, desestimando una prueba producida, aplicando incorrectamente el sistema preferencial de pruebas que establece la legislación procesal, o cuando la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador ha sido arbitraria, abusiva o absurda; todo en relación con el sistema de prueba no tasada".¹¹² La misma genera una lesión al administrado ante ello está facultado a recurrir una vez la misma ley le habilite ese derecho, ante la resoluciones emitidas por la instancia correspondiente.

Es pertinente señalar que para condenar y sancionar se exige la certeza de la culpabilidad obtenida en la valoración de la prueba existente, por ende la aplicación de una sanción solo puede estar fundada en la seguridad de la

¹¹¹ Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del día 13 de octubre de 1998, Ref.150-97, considerando II.

¹¹² Op.cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 105 y 106.

existencia de un hecho sancionable, a contrario sensu, la falta de certeza imposibilita a la Administración a destruir la presunción de inocencia que por ley ampara al denunciado, por lo que no puede sancionársele.¹¹³ ***in dubio pro actione*** (en caso de dudas, a favor de la acción).

2.5.3. Conocimiento de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios en Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.

La Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, conoce de las infracciones contra la salud en primera instancia, debido a que es la instancia en la cual su labor prima en la vigilancia y control del ejercicio de la profesión médica, ante ella se interpone la denuncia o aviso, pues es quien tiene la facultad de instruir informativo de ley, tal como lo establece la LCSSP, que consiste en el expediente en el cual se irán archivando uno a uno los procedimiento u actos que emita la junta en relación al administrado que se presume ha cometido una infracción a la salud, haciéndole de conocimiento, la denuncia o aviso instruido en su contra a través del acto de comunicación, que es la notificación, en donde se le informa sobre el proceso iniciado en su contra junto con la copia de la denuncia o copia de la cabeza del informativo(si se ha iniciado de oficio), para que el administrado se encuentre habilitado por la administración y en el resguardo de sus derecho y garantías fundamentales ejerza el derecho de Defensa, de audiencia, se le resguarde la presunción de inocencia y se trate con igualdad ante la ley.

Es la junta quien se encarga de calificar en un momento previo si el hecho de la denuncia, puede ser evacuado en vía administrativa, pues si las lesiones ocasionadas a un paciente por mala praxis son graves y ha causado la muerte del mismo, por ejemplo se acepta la denuncia y se informa sobre el hecho a la Fiscalía General de la Republica, claro está que el hecho que se

¹¹³ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2009, Pág. 106.

sancione penalmente no exime de la responsabilidad administrativa al profesional en la salud, pues la esfera de afectación que causa la administración pública es menor a la afectación de derechos en instancia penal, como sabemos la potestad administrativa tiene límites y la sanciones que impone deben ser de carácter administrativo, dichas sanciones no están facultades para restringir el derecho de libre circulación, que es el derecho que se restringe en instancia penal al comprobarse que es el responsable del hecho que se juzgará. Si no existieren suficientes elementos que constataran el cometimiento de la infracción la Junta fundamentará su pronunciamiento con respecto a la no procedencia de la denuncia. El profesional instruido tendrá derecho a presentar las pruebas de descargo que estime pertinentes en su defensa, para lo cual tomará conocimiento de los antecedentes que dan lugar al proceso.¹¹⁴

2.5.4. Emisión de la Resolución Administrativa por parte de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.

Una vez para dar por concluido en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador, se remiten las investigación a conocimiento de la junta directiva de la JVPM, para que se le de lectura al expediente y sea en congruencia con la prueba aportada adecuar la conducta que le atribuye al administrado para obtener una resolución sobre el caso,¹¹⁵ según la doctrina ENTERRIA manifiesta que la resolución en el sentido estricto es el modo normal de terminación del procedimiento administrativo, en estricta

¹¹⁴ Art.17. Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Médica, Odontológica y Farmacéutica, Pág.13.

¹¹⁵ Op.cit. Arts.22,23 y 24 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Médica, Odontológica y Farmacéutica, Pág.14.

congruencia con la prueba, por lo que resulta inexcusable y la administración no podría abstenerse de dictarla “so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales al caso”¹¹⁶ debido a que en un primer momento se admite o no la denuncia, porque esta reunía los requisitos legales y de fondo, es decir que presentaba los indicios necesarios para considerar que en ese momento existía una violación a la salud, una vez ingresado a la Administración Pública la misma se encuentra en obligación de pronunciarse ante ello, como es de esperarlo el trámite a esta altura del proceso termina normalmente con la imposición o absolución de responsabilidad para el supuesto infractor.

El principio de congruencia exige que tal como se formula en el ámbito del proceso civil exige que las sentencias guarden la debida correspondencia con las pretensiones ejercitadas por las partes (*sententia debet esse conforme libello*)¹¹⁷

La Junta determina la sanción a aplicarse apegado a lo dispuesto en las normas, la cual será ejecutada por esta misma, acorde al tema de la motivación de las resoluciones la SC ha expresado que la motivación de las resoluciones judiciales reflejan las razones que han llevado al juzgador a fallar en determinado sentido. En virtud de ello, es que el incumplimiento a la obligación, de motivar, adquiere connotación constitucional, pues su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa, ya que ese vacío en las resoluciones, no le permite a los administrados observar el sometimiento de las autoridades a la ley, ni permite el ejercicio de medios de defensa, especialmente el control por la vía de los recursos (Amparo 20-2000, veintitrés de febrero de dos mil dos). (Sentencia Definitiva

¹¹⁶ Op.cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Pág. 517.

¹¹⁷ Ibídem, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Pág. 517

de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 26-N-2004 de las 11:00 del día 29/5/2006). Dicho criterio añade dos principios más de los que la doctrina remite, que son el de Seguridad Jurídica y Defensa, tanto la administración pública como el administrado deben tener certeza de las actuaciones recíprocas encaminadas en el desarrollo de referido procedimiento, por lo que la ley y administración es garante del cumplimiento de estos preceptos, no puede ser ella la primera en violentarlos ya generaría un estado desigual y falta de credibilidad en sus actuaciones, afectando al estatus quo de la administración pública.

No obstante de lo dicho anteriormente, es necesario manifestar que la potestad administrativa sancionadora de la JVPM, se encuentra plasmada en la LCSSP, en su Capítulo III, que refiere a las atribuciones de las Juntas de Vigilancia y de manera específica en su artículo 10 literal k); en el cual de forma manifiesta dice: que son atribuciones de las Juntas de Vigilancia” imponer las sanciones que la ley determine” lo cual se materializa de forma expresa el acto administrativo obtenido del procedimiento administrativo que es la resolución administrativa emitida por la JVPM, de forma expresa y explícita porque en ella en el “por tanto” se relacionan los preceptos legales correspondientes a la infracción y el acuerdo de junta directiva mediante el cual declara y determina la sanción a imponerse al administrado o la absolución del mismo si fuese el caso.

2.5.5. Conocimiento en Segunda Instancia en Revisión por el consejo Superior de Salud Pública.

Una vez emitida la resolución en la JVPM, se somete a conocimiento del Consejo para que este de igual forma efectúe su análisis y ratifique o modifique la resolución emitida por la instancia anterior, es importante recalcar que si el Consejo ratifica la resolución esta se tiene por definitiva

mientras el consejo no ratifique no puede exigirse ni por la JVPM, ni por el mismo Consejo, que se ejecute la sanción impuesta.

En este caso si el consejo considera necesario podrá solicitar pruebas, debido a que la resolución sobre la cual se pronunciara, ha sido sustentada en un expediente administrativo, por lo que dentro del procedimiento ya se realizó la debida inspección, y en conformidad a los hallazgos obtenidos de la misma, esta Junta de Vigilancia se pronunció a favor o desfavorablemente contra el administrado.

En este análisis efectuado por el consejo de alguna manera se aplican los CJI, porque es en este preciso momento, en que el Consejo interpreta y analiza, los considerandos planteados en la resolución y el ¿porque? Llevo a la JVPM a tomar dicha decisión, se palpa claramente la discrecionalidad de la administración, limitada por la Ley y por los CJI, pues el consejo si ratifica dicha sanción impuesta (si fuere el caso), significa que la acción u omisión constitutiva de una infracción se cumplió de manera inequívoca, si el Consejo modifica la sanción agravándola o atenuándola, significa que la acción u omisión no se cumplió en su totalidad, por lo tanto la acción u omisión deberá ser proporcional a la sanción establecida en la ley, y si el consejo decide no sancionar es decir que dicha acción no se cometió, de la valoración efectuada determino que hacían falta elementos de hecho y derecho que sustentara la infracción, teniendo en cuenta que todo informativo elaborado en la JVPM, deberá ser conforme a ley y en el Art. 17 de la LCSSP, ya se encuentra establecido la forma en que la Junta tiene que ejecutar estos actos administrativos.

El consejo también posee la facultad de conocer directamente, en ocasiones se da cuando es de oficio que conoce, y es necesario iniciar la investigación sobre una posible vulneración a la salud, se auxilia siempre de las inspecciones realizadas por la JVPM, para que estas emitan su informe que sirva de fundamento para la imposición de sanciones, un ejemplo de ello podemos citar cuando el Ministerio de Educación ha recibido denuncias de profesional médico, por lo que se remite a la Junta de Vigilancia, respectiva.

Finalmente el consejo conoce en revisión cuando el administrado que se siente agraviado por la resolución de JVPM, recurre para ante el Consejo, y este realiza el análisis del caso del cual emitirá sentencia definitiva en sede administrativa, dejándole a salvo del derecho al administrado en el caso de encontrarse inconforme con esta segunda resolución, a someter la misma a conocimiento de la SCA.

2.6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

El vocablo recurso, proviene del latín *recursus*, que significa: acción o efecto de recurrir, vuelta y retorno de una cosa al lugar donde salió.¹¹⁸

FRAGA, establece que el recurso administrativo “constituye un medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en términos legales de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin Son los medios de impugnación idóneos para recurrir ante un acto administrativo, dichos recursos se encuentran previamente establecidos en la ley, una vez producido un acto administrativo es el ordenamiento jurídico reconoce a

¹¹⁸ Vid. ESCOBAR MENALDO, R., Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España, en AA. VV., “Los Recursos Administrativos en Guatemala Manuel Ballbe y Martha Franch Sagner(Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2002, Pág. 22, citado en MEJIA, Henry Alexander, Artículos del Autor, *Los Recursos Administrativos*, consultado en <http://henryamejia.site11.com>, Pág.3.

sus destinatarios la posibilidad de impugnarlo, bien ante la propia administración de quien el acto procede o bien ante un orden especializado¹¹⁹

Todo acto requiere de un control judicial y extrajudicial, asimismo, la observancia del administrado en la ejecución y aplicación de los actos administrativos, puesto que estos afectan su esfera jurídica de un individuo determinado, la importancia es la existencia de un control ineludible, de las provisiones emitidas por la administración, es importante aclarar que el CSSP, en la LCSSP se consigna la facultad para recurrir al administrado en el Art. 24, establecido que existen dos tipos de recursos, el recurso de revisión y el recurso de apelación.

Ante ello la SCA ha reiterado en su jurisprudencia que los recursos administrativos son instituidos por el legislador con el objeto de ser utilizados por el administrado que se considere agraviado por un acto de autoridad; es decir, son previstos en beneficio del administrado. De ahí que las reglas que regulan su funcionamiento han de ser interpretadas en forma tal que faciliten su aplicación; sin que esto signifique que pueden ser tenidos como una herramienta procesal a disposición del libre arbitrio de las partes. Fundamentalmente es el principio de seguridad jurídica el que exige que los recursos sean utilizados con plena observancia de la normativa que los regula, esto es, respetando los requisitos de forma y plazo. El Art.7 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa exige que, para la procedencia de la acción contencioso administrativa, debe agotarse la vía administrativa. El agotamiento de la vía, para el caso, conlleva la utilización en tiempo y forma de los recursos pertinentes. De ahí que el uso de los

¹¹⁹ *Ibidem*, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Pág. 527.

recursos pertinentes, mientras sea posible, se convierte en una obligación previa para acceder al proceso contencioso.¹²⁰

DROMI, manifiesta en su obra que el control administrativo ejercido por los recursos, tiene por finalidad la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados con el interés público que gestiona la administración, por lo que denota que recurso es el medio por el cual se acude a un juez o a otra instancia superior, con una demanda o petición para que sea ruleta, el recurso es el remedio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o interés legítimos.¹²¹ De dicha definición podemos decir que la emisión de un acto favorece una parte y perjudica a otra, la parte perjudicada no puede reclamar por el simple hecho que no se le favoreció en la emisión del acto para acceder al remedio que proporciona la administración deberá reunir ciertos requisitos, que sus derechos hayan sido dañados sin fundamento legal, y que aun existiendo fundamento legal, exista un vicio material o formal en la emisión del mismo, por lo que se deuda de la imparcialidad de la administración por ejemplo, que el interés que lo mueve a recurrir el acto administrativo le pertenece, no se puede recurrir por un interés de otra persona, si se hiciera siempre deberá estar legitimada por aquella a quien la ley le confiere directamente el ejercicio de esos derechos y que por justa causa o fuerza mayor no puede ejercerlo le delega un poder de representación a otra para que en nombre ella manifieste su inconformidad de la actuación administrativa, como podemos observar siempre se encuentra ligado a legitimar la calidad en la que actuar el recurrente.

¹²⁰ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 9 de enero de 2007, Ref. 199-2006.

¹²¹ Op.Cit. DROMI, Roberto, Págs. 253 y 254.

2.6.3. Recurso de Revisión

El recurso de revisión como doctrinariamente se expone que es realizado o interpuesto ante la instancia que emitió la providencia, es decir ante la JVPM, por lo que esta evalúa el recurso interpuesto, este Recurso de Revisión procede para todas aquellas decisiones emitidas por la Administración que afecten a los particulares (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 272-2007 de las 10:00 horas del día 19/12/2007) Relaciones: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 59-2007 de las 15:25 horas de fecha 19/12/2007.

Uno de los requisitos formales que debe cumplir este recurso en su operatividad es que el mismo debe interponerse ante la misma autoridad que pronunció el acto que se recurre, por lo que la misma se vuelve juez y parte, según SANTAMARÍA, este recurso viene a ser heredero de los viejos recursos de nulidad y revisión, como un remedio excepcional frente a ciertos motivos esgrimirles en contra de acto recurrido.¹²² Esto en relación al Art. 22.de LCSSP, “de las sentencias definitivas pronunciadas por las Juntas de Vigilancia, se admitirá el recurso de apelación para ante el Consejo Superior de Salud Pública, dentro del plazo de tres días a contar del siguiente de la notificación. Caso no recurriere de la sentencia, se remitirán las diligencias en revisión al Consejo con noticia de los interesados a más tardar dentro del mismo plazo ya señalado para la apelación.”¹²³

2.6.4. Recurso de Apelación.

El recurso de apelación es el que se ejerce ante un órgano superior al que emitió el acto administrativo también se le llama recurso de alzada,

¹²² Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2006. Pág. 78

¹²³ Op.cit. Ley del Consejo Superior de Salud Pública, Pág. 14,

mientras que a la Administración le ofrecen la oportunidad de subsanar los errores en que se hayan incurrido al dictar los actos, constituyendo por tanto la vía por la cual el administrado legitimado pide a la autoridad superior en jerarquía la revocación o modificación de una resolución que se reputa ilegal. En dicho sentido, es lógico pensar que si el administrado no tuvo la oportunidad de defenderse frente al que ostenta la competencia para valorar y pronunciarse sobre su pretensión, se le debe posibilitar la actuación ante dicho funcionario, con la finalidad que sea revisada la actuación del que emitió el acto que le causó agravio.¹²⁴

A través del recurso de apelación contra actos administrativos, el funcionario que emite el acto que se adversa, o el ente superior jerárquico, conocen de la resolución impugnada a fin de confirmarla, modificarla o revocarla.¹²⁵

El recurso de apelación- es el único medio de impugnación "reglado", que la ley ha establecido para atacar las decisiones del Concejo Municipal, quedándole al interesado expedito su derecho de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa. Hay que aclarar que el acto que declara sin lugar el recurso de apelación constituye en materia administrativa un acto definitivo, en cuanto pone fin al procedimiento, y éstos no pueden ser impugnados mediante recursos creados para impugnar sentencias interlocutorias, pues un acto definitivo causa estado y queda al administrado únicamente la opción de impugnado ante este Tribunal. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido el criterio que "la facultad de impugnación de un acto administrativo determinado se encuentra limitada en el sentido que, únicamente resultan admisibles los recursos que el ordenamiento jurídico autoriza deducir, entendido que, cuando no exista disposición legal que

¹²⁴ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2007, Pág. 115-116.

¹²⁵ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales SCA 2007.Pág 116.

establezca recursos respecto del acto de que se trate, se encuentra agotada la vía administrativa, por lo que se toman impugnables mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa"¹²⁶. (Sentencia del 24/06/97, ref. 108-A-96)

2.6.5. Procedimiento Contencioso Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Según la doctrina misma, es partir de la revolución Francesa que se introduce el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos y el de libertad, en el siglo VIII, se creaba la figura de consejo de Estado como una figura superior a la administración, ante el llegaban peticiones de anulación de actos administrativos en los que se denunciaban vicios manifiestos de legalidad, incompetencia, vicios de forma, exceso de poder etc., por lo que lo contencioso administrativo se volvió un cuerpo mismo del Derecho administrativo como un sector especial al ordenamiento y como ciencia jurídica singular.¹²⁷ Por lo tanto se constituye como el primer sistema contencioso administrativo, que tenía como principio *jugar i'administration cést encore administrer*, juzgar a la administración sigue siendo administrar.

De esta premisa podemos determinar que el procedimiento administrativo no es simple, debido a que al finalizar la vía administrativa común se somete a un control jurisdiccional que lo ejerce en nuestra legislación la SCA, dicha institución jurídica como vemos se ve reflejada desde la antigüedad por la necesidad del ser humano de controlar aquellas acciones que perjudican los derechos, según ENTERRIA, la objetividad del sistema y el cuidado que

¹²⁶ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 24 de junio de 1997, Ref.108-A-96.

¹²⁷ Op.cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Pág. 573.

posee el ente superior a mantenido en no interferir el funcionamiento de la administración, sino depurarlo a través del control abstracto de la legalidad, mediante un control más especializado en el cual se puedan anular dichos actos administrativos que contrarían con el DAS, con un precedente en este sistema en el derecho español recibe del francés en el siglo XIX, el modelo de un sistema contencioso-administrativo edificado a la vez sobre la doble línea aparentemente contradictoria de un aseguramiento efectivo del principio de legalidad¹²⁸. Hacemos esta mención histórica para efectos de realzar la importancia del control contencioso administrativo como un parámetro de regulación ante la administración pública, GAMERO CASADO en su obra derecho administrativo compara los modelos de administración pública del modelo anglosajón “common law” y el modelo francés, manifestando que este último se construye bajo una jurisdicción especial distinta a la común, y en cambio el primero de ellos, como ya su nombre lo menciona, se refiere a una administración judicial en términos generales.

En nuestra jurisdicción contenciosa administrativa salvadoreña el referido autor manifiesta que se considera a esta como una inserción dentro de la jurisdicción general del estado debido a que está compuesta por tribunales especializados como lo son las diferentes salas que componen al órgano judicial consolidando así un sistema judicial de control de la administración garantizando con plenitud los derechos y garantías constitucionales de los individuos, así como dotando a la administración de leyes especiales que permitan la actividad jurisdiccional de estos entes especializados, una vez que dentro de la administración pública (CSSP) se haya agotado la vía administrativa podrá recurrirse dichas actos administrativos ante la SCA, atendiendo la doble delimitación que establece la LJCA, debido a que por

¹²⁸ *Ibidem*, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Págs. 573, 574

una parte establece quienes pueden ser demandados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo y por otra parte sobre que materias puede conocer este orden, GAMERO CASADO en su obra delimita este doble ámbito de jurisdicción a través de dos delimitaciones, la primera de ella; delimitación objetiva material¹²⁹:

- a) Inclusiones: actos administrativos, reglamentos, actos políticos del gobierno, contratos administrativos, contratos privados suscritos por la administración, responsabilidad patrimonial de la administración, cuestiones perjudiciales incidentales, otras materias expresamente atribuidas por la ley.
- b) Exclusiones: cuestiones atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, cuestiones atribuidas a jurisdicciones específicas (jurisdicción militar), conflictos de jurisdicciones, conflictos de atribuciones entre órganos, de una misma administración.

En el segundo de ellos establece una delimitación subjetiva u orgánica:

- a) Administraciones territoriales: órgano ejecutivo y dependencia, gobierno local, gobernaciones y municipalidades, instituciones autónomas y demás entes descentralizados
- b) Órganos constitucionales, poder legislativo, poder judicial, corte de cuenta, ministerio público.
- c) Actos de concesionarios de servicios públicos.

¹²⁹ Op.Cit. GAMERO CASADO, Eduardo, Págs. 32-33.

Como podemos apreciar el recurso que se interpone ante la SCA, podría contener ambas delimitaciones cuando el recurrente ataque el acto administrativo es decir la resolución emitida por el CSSP y por ser este un ente descentralizado del gobierno central quien emitió el acto administrativo (resolución), al cumplir estos requisitos previos para la admisión de este recurso en esta instancia, la LJCA se encarga de delimitar las fases del procedimiento ante la SCA.

En el CSSP se suele recurrir por el retardo de la justicia, debido a la existencia de una mora administrativa en cuanto al trámite de los procedimientos, asimismo, el continuar en una instancia superior refleja el derecho a expresar la inconformidad, ante el acto administrativo pronunciado.

CAPITULO TRES

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU APLICACIÓN EN EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA.

SUMARIO

3. Exordio; 3.1.Principios Administrativos; 3.1.1.Principio de Legalidad. 3.1.1.1.Reserva Legal; 3.1.1.2.Tipicidad; 3.1.2.Principio de Inocencia; 3.1.3.Principio de Culpabilidad; 3.1.4.Principio del Debido Proceso; 3.1.5.Principio de Proporcionalidad; 3.1.6.Principio de Seguridad Jurídica; 3.1.7.Principio de No Bis In Ídem o Ne Bis In Ídem.

3. Exordio.

Los principios constitucionales que se encuentran en el DAS, son fundamentales para el desarrollo del Derecho Administrativo, porque en ellos descansa un orden supremo, que constitucionalmente se encuentra protegido, al retomarse en otra rama del derecho indica la importancia de los

mismos como fundamento de las actuaciones de los sujetos que esta rama administrativa tratara vigilar.

También se habla de principios peculiares del Derecho Penal que son retomados por el DAS, porque este último adquiere un carácter sancionador, tomando como guía los referidos principios al momento de ejercer la potestad sancionadora.

A través de los principios se pretende resguardar los derechos del administrado y demás garantías que la constitución misma le confiere, todos estos principios son aplicados en el Procedimiento Administrativo Sancionador que se lleva en el CSSP, por lo que es importante recalcar en este apartado los criterios jurisprudenciales emitido por la SCA nos administra y que son de una aplicación constante en dicho procedimiento.

3.1. Principios Administrativos.

Los principios vistos de forma general según DROMI, considera que “los principios son una especie de ideas pétreas inmodificables por la regulación formal que explican el contenido del procedimiento”; de ello podemos decir que los principios cumplen una función rectora y básica en cualquier Rama del Derecho, en el Derecho Administrativo puede ejemplificarse como un edificio en el cual las columnas son los principios, por lo tanto si alguna de estas columnas sufre fracturas o se derrumban, la edificación se viene abajo, el referido autor nos ayuda a clasificar estos principios en sustanciales y formales. los primeros son aquellos de jerarquías normativa superior y

constitucional preexistentes y los segundos son justificativos de la finalidad primaria del procedimiento administrativo.¹³⁰

Doctrinariamente la mayoría de los autores convergen en que es el Principio de Legalidad, es el principio rector de toda rama del Derecho, compartimos dicha postura debido a que el derecho realmente surge a partir de una Ley Previa, los Derechos son reconocidos en las leyes, aunque los mismos ya existen y se ejercitan por la sociedad, sin que esta los hay reconocido aun, LUIS VIGO explica que los principios se encuentran intrínsecamente en el hombre, en su relación social en la que exterioriza derechos los cuales se convierten en principios, y que el ordenamiento legal únicamente los reconoce y los plasma en una ley para que exista un respeto general de los mismos, el referido filosofo aclara que no significa que la ley crea derechos o principios; asimismo, en el Art.19 de la Constitución de Argentina, cita que “nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni a privarse de lo que la Ley no prohíba”¹³¹, dicha disposición no es nada distante a lo que nuestra Constitución Salvadoreña regula en el Art.8 en el cual establece “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”, de esta disposición nace el principio de legalidad, constitucionalmente es aplicado para la creación de las leyes mismas que dotan de derechos a los administrados y que limitan los derechos de los mismos, dentro de un orden social, específico, por lo que la SC, se ha pronunciado al respecto en cuanto al sentido expreso de "ley", en relación a como entenderemos el significado de la Ley “ha afirmado que en ocasiones la Constitución puede exigir explícita o implícitamente que la disposición infra constitucional que limita el ámbito de actuación de los particulares o habilita la actuación de los órganos estatales y entes públicos sea necesariamente la ley formal, es decir, la que cumple con el procedimiento de formación

¹³⁰ Op.Cit. DROMI, Roberto, Pág.60.

¹³¹ Ibídem, DROMI, Roberto, Págs.62-63.

prescrito en los Arts. 133 a 143 Cn. (...). Ahora bien, debe señalarse desde ya que en la Constitución Salvadoreña, esa exigencia no es explícita; por ello, y teniendo en cuenta que la Ley Suprema utiliza dicho término en innumerables disposiciones y no siempre en el mismo sentido, no puede concluirse que cada vez que utiliza el vocablo 'ley' se está refiriendo a los decretos de contenido general emanados de la A. L. En consecuencia, la determinación de en qué casos existe reserva de ley debe hacerse caso por caso, verificando la existencia de los supuestos que priorizan a la A. L. sobre los otros órganos y entes investidos de potestades normativas (...). Por ello, debe concluirse que el vocablo 'ley', a una disposición jurídica emanada de los órganos estatales o entes públicos investidos de potestades normativas reconocidas por la Constitución, y que en esa connotación, el concepto desempeña una importante función en cuanto implica la exigencia que toda actuación de los poderes públicos esté basada en una disposición jurídica previamente promulgada" (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VIII 2).

Dicho criterio jurisdiccional nos permite ampliar la concepción de la legalidad y esclarecer de alguna manera la forma efectiva de la interpretación de la palabra "ley" la misma se referirá siempre a una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico específico, ya sea este civil, mercantil o administrativo, para efectos de nuestro estudio el principio de legalidad proviene desde el Art.86 Cn, pero al referirnos al Principio de Legalidad administrativa se menciona específicamente a la Administración Pública, haciéndole saber que los funcionarios no podrán actuar sino es conforme a lo establecido en la ley, como una habilitación jurídica a la administración pública para ejercer la potestad sancionadora, en el CSSP, la Sala en reiterada jurisprudencia ha indicado que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en

materia penal, encausando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía a los derechos de los administrados.¹³²

Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran: principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, derecho a la presunción de inocencia y prescripción.¹³³

Los principios del DAS, vienen siendo la cara de la potestad sancionadora de la administración pública, dicho principios originalmente como lo hemos expuesto, provienen del derecho penal y luego se han adaptado al derecho administrativo es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.¹³⁴

La potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado

¹³² Op. cit. Líneas Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 31 y 32.

¹³³ Ibídem, Líneas Jurisprudenciales de la SCA, 2009, Pág. 31 y 32.

¹³⁴ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Págs. 213- 214.

de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental.¹³⁵

La aplicación de estos principios se configura en un acto administrativo emanado de una administración pública, dicho acto en sus elementos recoge la motivación, por lo que exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron adoptar su decisión.¹³⁶ a la vez que se vuelve un elemento intrínseco del acto, este es reconocido por la ley como un derecho a una decisión fundada, es uno de los derechos que contempla la doctrina en el derecho administrativo sancionador, a fin de que en la imposición de una sanción, no sea un acto deliberado de la administración, si la administración no encuentra o sostiene de manera vez las acusaciones no puede restringir derechos ni afectar la esfera jurídica del administrado mientras la ley no le faculte hacerlo.

Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y, si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. La doctrina coincide en otorgarle a la motivación como principales finalidades las siguientes:

- a) Desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; y,
- b) Desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda.

¹³⁵ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 224

¹³⁶ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Págs. 224-225

Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.¹³⁷

En este orden de ideas, la falta de motivación o la motivación defectuosa no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo que adolezca de tal vicio, ya que ésta consecuencia queda condicionada a valorar si la falta de fundamentación quebró el orden interno de formación de voluntad de la Administración, produjo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió en la posibilidad de control judicial.

Lo anterior implica que no basta la falta de motivación per se, o la motivación defectuosa, para dictar como regla general la ilegalidad de una decisión de la Administración. Es necesario establecer en cada caso si una motivación distinta hubiese generado un cambio en la decisión de la Administración y en la esfera jurídica del administrado. En el caso sub júdice, la resolución de la Administración Pública, no ha quebrantado la garantía del administrado, pues en la misma se han consagrado las razones en las cuales se fundamenta la decisión y con ello ha sido objeto de impugnación en esta sede judicial, mostrando a este Tribunal los fundamentos por los cuales la parte actora considera que la Administración ha actuado de forma ilegal, atacando las bases en que se funda dicha actuación.¹³⁸

El CS en específico no contempla entre sus disposiciones de manera explícita los principios que rigen su nacimiento y aplicación de la normativa, más bien refiere en su Art. 1 lo siguiente “el presente Código tiene por objeto

¹³⁷ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 225

¹³⁸ Ibídem, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 225.

desarrollar los principios constitucionales relacionados con la Salud Pública y Asistencia Social de los habitantes de la República y las normas para la organización, funcionamiento y facultades del CSSP, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia social y demás organismos del Estado, servicios de Salud privados y las relaciones de estos entre sí en el ejercicio de las profesiones relativas a la salud del pueblo”; como se puede apreciar a diferencia de otras leyes secundarias (códigos), que en su primer título, retoman los principios constitucional y principios generales del derecho, por lo cuales se regirán las actuaciones de determinada índole, en el caso del CS lo expresa de una manera extremadamente generalizada, en la que si bien es cierto detalla que la base de dicha ley son los principios constitucionales, estos los limita a aquellos principios que están vinculados con la salud, lo cual acorta el ámbito de aplicación en un primer momento del CSSP, puesto que este no solo está encargado de promover y resguardar la salud del pueblo, sino también la constitución le ha conferido la facultad de castigar y ante ello se aplican o se equiparan principios del DAS, que son algunos principios básicos por no decir todos, los que se vinculan al Derecho Penal como ya lo hemos expresado anteriormente.

Con estos principios del Derecho Penal que se trasladan al derecho administrativo sancionador lo que se busca es el principio de unidad, que quiere decir, que habrá un único proceso por el cual se determinara la imposición de una sanción, encontrando así como el cauce idóneo el procedimiento administrativo sancionador, en el CSSP como ya hemos referido el procedimiento es un proceso sumario que se rige tanto por lo dispuesto en el Art. 7 y s.s. de la LCSSP, así como por reglas comunes del CPr.C y Mr.

3.1.1. Principio de Legalidad.

Respecto al existen diversas posturas y una vasta doctrina que se enmarca en desarrollarlo en cuanto a su origen, desarrollo y límites en todo ordenamiento jurídico, llama la atención porque se considera como el principio fundamental, por lo general ha existido un Estado de Derecho Legalista y un estado de derecho constitucional, en el primero de ellos se establece o tiene como eje fundamental que toda actuación será fundamentada en una ley previa, con la Revolución Francesa prevalecía el Estado de Derecho Legal, pues es la Ley el orden supremo y no existe nada más si no es la ley, a su vez con las transformaciones de la sociedad misma se instruye un Estado de Derecho constitucional, un tanto no tan pragmático, un tanto más flexible en cuanto a la adopción e principios y derechos que se reconocen en el desarrollo de las sociedades, por lo que existen principios generales y principios constitucionales, es decir que estos últimos, no necesitan estar expresamente establecidos en la ley secundaria basta con ser enunciado en la constitución de cada país e incluso con la adopción de convenios y tratados para que estos se conviertan en exigibles tanto de la administración hacia el administrado como del administrado hacia la administración.

El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el bloque de la legalidad o principio de juridicidad de la

administración.¹³⁹

Este principio se entiende desde dos puntos de vista: En un sentido material y en un sentido formal.

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

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

Como se expuso antes el Principio de Legalidad en nuestro orden jurídico se aplica en sentido formal; asimismo, encontramos otros puntos de vista sobre el principio de legalidad que son los siguientes:

“En su dimensión política, la legalidad regula las relaciones que se establecen entre gobernantes y gobernados; en esta dimensión adopta una relación muy estrecha con el concepto de legitimidad y democracia; en su dimensión jurídica, regula como debe estar conformado y establecido el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo fija las características que deben presentar las normas; y

¹³⁹ GORDILLO, Agustín, *Legalidad y Urgencia del Derecho Administrativo* consultado en <http://www.gordillo.com>, Texto de la Conferencia dictada en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica y la Universidad de Costa Rica, septiembre de 1981. Pág. VI-1.

Finalmente, su dimensión ética, la cual inserta los valores de justicia e igualdad en las dos dimensiones anteriores.”¹⁴⁰ Además, se agrega que “La existencia de normas precisas e inequívocas, es el primer paso para garantizar la seguridad y certeza jurídica a los individuos sometidos a un ordenamiento jurídico penal determinado. Un cuerpo normativo claramente delineado, permite a los sujetos conocer con anterioridad a la realización de sus acciones las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas. En este sentido, la Constitución, como norma primaria, cobra un papel fundamental al definir los límites de la actividad estatal y establecer los derechos y garantías básicas de las personas a quienes se les imputa una acción prohibida por la ley penal; es por ello que “la mayoría de autores modernos consideran que el elemento característico de un Estado moderno es el constitucionalismo, ya que es expresión y garantía del principio de legalidad.”¹⁴¹

Por lo tanto este principio es considerado como la columna vertebral de la actuación administrativa, en todo esto se habla principalmente de este principio como vemos no solo es relevante para el Derecho Penal también en el Derecho Administrativo Sancionador se puede identificar en este principio la concurrencia de condiciones como las que nos cita DROMI a) delimitación de su aplicación (reserva Legal), b) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley, c) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto y d) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración. Con la existencia de la legalidad paralelamente existe la justicia dentro del funcionamiento administrativo. De la idea anterior

¹⁴⁰ RAYMUNDO AYALA, Juan Fernando y otros, *El Delito Impropio de Omisión: Una Forma de Vulnerar El Principio de Legalidad en la Legislación Penal Salvadoreña*” trabajo de investigación para obtener el grado y título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas en Ciudad Universitaria, San Salvador, febrero 2010, Pág.10.

¹⁴¹ Op.Cit. RAYMUNDO AYALA, Juan Fernando, Págs. 11-12.

DROMI reflexiona al manifestar que el procedimiento es sin duda instructor, de impulsión de oficio y con objetivos de la verdad material.¹⁴²

No encontramos un concepto específico de lo que se entiende por Principio de Legalidad en los tratadistas de Derecho Administrativo; en los sistemas de derecho escrito, el precepto legal tiene una jerarquía superior a todas las demás fuentes del Derecho, la norma jurídica o regla jurídica, como ya sabemos, es un precepto general, imperativo, Inter subjetivo y coercible; pero dentro de la dinámica de la norma jurídica cobran mayor importancia, los caracteres de inoperatividad y legalidad.

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

El principio de Legalidad lo identificamos con todo el orden jurídico positivo, por lo que concierne a toda la acción administrativa y no solamente a los actos administrativos, fundamentalmente del principio de legalidad consiste en que toda decisión individual o administrativa debe ser conforme a la regla general, preestablecida.

Es decir, que el Principio de Legalidad es aquél que condiciona todos los actos de la Administración Pública y del Estado en general, por lo que resulta indispensable que todo acto Administrativo que se encuentre dentro del marco del derecho positivo; asimismo, dicho principio se caracteriza siguiendo la postura de FIORINI “que dentro del Derecho Administrativo el Principio de Legalidad tiene ciertas derivaciones jurídicas, lo que permite

¹⁴² Op.Cit, DROMI, Roberto, Pág.63.

determinar sus características”, las cuales analizaremos:

a) Normatividad Jurídica.

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

Según DROMI manifiesta que toda Administración se sustenta o descansa en una Norma Jurídica, por lo que cabe mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico salvadoreño la principal fuente del derecho descansa en la Ley.

Esta característica se ve reflejada en el marco legal del CSSP debido a que posee su base constitucional en los Arts. 14, 68 y 86, de las cuales se desprende la creación de una ley secundaria que permite dar cumplimiento al mandato constitucional, creándose así la Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia Médica, Farmacéutica y Odontológica, en 1988 nace la referida ley bajo un D.L., y de igual manera se crea el Código de Salud, que su finalidad era armonizar la ley, dotándole de la tipificación de las infracciones administrativas a las cuales la ley manifestaba que se sancionaban, para ser coherente con la realidad ya que el Código de Salud se creó después de que se había creado la LCSSP, y su respectivo Reglamento, el CSSP no solo se encuentra regulado por esta normativa interna también adopta normativas internacionales que le permiten extender el ámbito de protección a la salud del pueblo, por ejemplo El Salvador está suscrito a un Reglamento Internacional Sanitario (respecto a

las pandemias y la forma de proceder ante el surgimiento de una de ellas en el país)

b) Jerarquía Normativa.

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

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

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

DROMI, manifiesta que el orden jerárquico de quien emana la decisión es fundamental porque lo superior no puede modificarse por una decisión de un inferior.

Respecto a esta característica la jerarquía de la normativa permite que la delegación de poder sea gradual, dotándole por cada rango cierto grado de poder coercitivo frente al administrado, esto ayuda a delimitar el ámbito de actuación y las leyes aplicables para el control de los actos administrativos emanados de la Administración Pública, procurando evitar con ello la Desviación de Poder.

c) Igualdad Jurídica.

Significa que la Administración Pública debe actuar equitativamente, imparcialmente, es decir conceder por igual, prerrogativas o privilegios, sin negar en forma arbitraria derechos a quienes en justicia corresponden. DROMI manifiesta además, que se puede identificar un interés público en controlar los actos de la referida administración por lo que este principio permite que la administración actúe igual en situaciones iguales.¹⁴³

Permite que todos y todas estemos sometidos bajo un mismo ordenamiento jurídico, para el caso en el ámbito de la ley delimita que el objeto del CS es para todos aquellos profesionales, técnicos, auxiliares que su profesión esté relacionada con la salud, es decir que el Código tiene un carácter general y en el régimen sancionatorio lo restringe a quienes están bajo su cuidado (ejercicio de las profesiones de salud), para evitar que las actuaciones de estos profesionales no estén fuera de un control legal especializado.

d) Razonabilidad.

Los actos que realiza la Administración deben manifestarse razonablemente, deben tener su justificación en normas jurídicas anteriores al acto, lo mismo que en hechos, conductas y circunstancias que lo originen. Esta justificación permite que exista el motivo evidente por el cual se aplica dicho procedimiento o dicho acto administrativo, esto está íntimamente ligado a la proporcionalidad la razonabilidad deviene de una razón por la cual la administración aplica una sanción, autoriza una situación, se da por enterado de hechos acaecidos, toda decisión administrativa tiene un precedente material que es el hecho realizado por el sujeto “administrado” el cual hemos explicado en apartados anteriores; con ello se valor el tiempo, el espacio y el momento en que sucede el hecho para que proporcionalmente se aplique

¹⁴³ Op. Cit. DROMI, Roberto, Pág. 64

un derecho, se le extinga o modifiquen los mismos

La razonabilidad consiste en el hecho de que el acto responde al proceso de la realización de los hechos que lo justifican. Como dice DROMI: "Debe haber una relación lógica adecuada y proporcional entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin".¹⁴⁴

En esta característica se refleja la interpretación que realiza la administración a través del ente encargado de emitir opinión jurídica sobre un hecho determinado, configurando un acto administrativo (resolución), dicho acto deberá contener todos sus elementos desde sus sujetos, objeto, causa, forma y termino, para imponer la sanción.

e) Control Judicial.

Todos los actos de la Administración deben controlarse por medio del Poder Jurisdiccional. Así mismo, refiere a que la validez de todo ordenamiento jurídico se debe a la existencia de una subordinación al orden político plasmado en la Constitución, respetándose entre sí el orden de prelación, como hace referencia la pirámide de Kelsen, en donde como norma jurídica superior tenemos la Constitución, luego los Tratados y Convenios internacionales, Leyes Secundarias y demás ordenanzas, reglamentos.

VIDAL PERDOMO nos dice: "En el derecho moderno se considera que la actividad de la Administración debe estar permanentemente sujeta a un ordenamiento jurídico, esto es que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores."¹⁴⁵

¹⁴⁴ DROMI, Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973. Pág. 120

¹⁴⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1975, Pág. 419.

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

En los Estados Modernos la exigencia de que todos los actos a realizar por la Administración deben estar previstos o autorizados por una norma jurídica es absoluto, principio al que nos sería imposible hacer una excepción, porque para nosotros aún la potestad discrecional debe estar enmarcada dentro de la norma jurídica, no cabría una facultad discrecional fuera de lo normativo, porque entonces estaríamos dentro de la arbitrariedad o sea el desconocimiento total del precepto legal, como nos dice GARRIDO FALLA "El poder discrecional no es sino una delimitación del principio de legalidad"¹⁴⁶

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

La Administración está regida por leyes formales. Esto es en opinión de algunos autores, porque en nuestro sistema jurídico, la Administración se rige además por reglamentos emanados del Poder Ejecutivo, los cuales constituyen ley en sentido material, en virtud de no ser emitidos por el Poder Legislativo y ser sin embargo normas de carácter general y abstracto.

Lo que significa que no debe limitarse a ejecutar las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo, como se dice en doctrina y en la legislación española. MARIENHOFF nos dice:

¹⁴⁶ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1976, Pág. 258.

I) El principio de la legalidad en la Administración no sólo requiere que ésta quede sometida a las normas que le sean impuestas reglas "exteriores" o leyes" formales", sino también a las reglas que ella misma se imponga: verbigracia, "reglamentos".¹⁴⁷

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

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

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

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

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

Según MARIENHOFF "legitimidad debe entenderse como sinónimo de perfección, como equivalente del acto perfecto".¹⁴⁸

La legitimidad comprende la competencia de quién efectúa el acto, el objeto del mismo y la forma en que se emita dicho acto; se presume que todos los actos realizados por la Administración son legítimos, porque la misma está sometida al bloque de la legalidad, la razón de ser de la anterior presunción

¹⁴⁷ Op.cit. Citado en MARIENHOFF, M. Pág. 70.

¹⁴⁸ *Ibidem*, MARIENHOFF, M. Pág. 369.

de legitimidad radica fundamentalmente, no sólo en el hecho de que la actuación de los órganos Administrativos deben actuar conforme las reglas legales, sino, y esto es lo más importante, en las garantías de carácter subjetivo y objetivo que siguen a la emisión de los actos Administrativos; ahora bien, debemos tener presente que todo acto Administrativo para que sea perfecto debe ser válido y eficaz.

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

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

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

a) Todo acto de la Administración debe ser realizado conforme a Derecho para que sea válido.

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

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

La organización, estructura y desenvolvimiento del Estado, se exterioriza a través de ciertas formas jurídicas, vinculadas en forma compleja e íntima con los principios jurídicos.

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

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

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

3.1.1.1. Reserva Legal.

El principio de reserva legal, está íntimamente ligado al principio de legalidad, por la misma razón la ley, en ella y en virtud de ella se crean cuerpos normativos que coadyuvan al Estado a mantener un control sobre su población, en el caso del derecho administrativo también es la ley la que otorga, restringe y elimina responsabilidades, por lo que una vez que se ejecuta el principio de legalidad dentro de la administración podemos observar que es una disposición constitucional la cual le otorga facultades, para ejecutar sanciones y aplicar la Ley.

El CSSP a través del Art. 209 Cn. que genera su existencia, y la regulación de una normativa especial, se crea por mandato constitucional, creándose una ley especial que respalda la creación de este organismo, el que tiene por objeto velar por la salud del pueblo, señalando su esencial composición y su atribuciones, y es hasta 1988 que se crea CS, por mandato constitucional del Arts. 65, 67, 68, de la Cn., en el primero de ellos establece que la salud de los habitantes de la República, constituye un bien público y que el Estado y la personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. Que el Estado determinará la política nacional de salud, controlará y supervisara su aplicación; en el Art. 67 establece quienes ejercerán los servicios de salud y finalmente en el Art.68 establece como estará conformado el CSSP, por todo lo anterior vemos que es a través de esta ley que se regula las actuaciones administrativas desde su conformación.

La reserva legal es un respaldo a las actuaciones de la administración pública. La SCA, ha emitido criterio sobre la reserva de ley asegurando que “existen dos categorías de reserva de Ley Material y reserva de Ley Formal, la primera se constituye sobre la base de una reserva constitucional, es decir

la Constitución estable determinados ámbitos que solo podrán ser regulados por la Ley emanada de la A.L.

En ese sentido, esta Sala expreso que en el Art. 246 Cn. Inciso primero “únicamente se podrán limitar derechos fundamentales establecer impedimentos o restricciones para su ejercicio por la Ley en sentido formal, pero que la regulación de derechos que comprende la titularidad, condiciones de ejercicio, manifestaciones y alcances de derecho, así como garantías pueden hacerse por cualquier norma de carácter general, impersonal y abstracta”, “se justifica que las limitaciones o restricciones a los derechos es decir, aquellos aspectos de la regulación normativa que implican obstaculización o reducción de posibilidades de ejercicio, sean encomendadas al órgano legislativo, pues tal se encuentra regido por in estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores, tal es el democrático, el pluralista, el de publicidad, el de contradicción, y libre debate y la seguridad jurídica; principios que legitiman la creación normativa por la A.L. y que a través del procedimiento legislativo se busca garantizar” de ello podemos determinar que en consecuencia la sala establece que en el DAS, es una materia en la que la reserva de ley es relativa, porque permite la colaboración reglamentaria¹⁴⁹, a efecto de complementar su forma de ejercicio y su ámbito de aplicación de esta forma existe una ley habilitadora para la ejecución de la facultad sancionadora de la Administración Pública (CSSP).

3.1.1.2. Tipicidad.

La tipicidad es uno de los principios primordiales, para la imposición de las sanciones, en la administración pública, este se ve reflejado en el procedimiento administrativo sancionador, al referirnos a la tipicidad consiste

¹⁴⁹ VAQUERANO GUITIERREZ, Nelson Armando, Compilador, *Guía Jurisprudencial de Derecho Administrativo Sancionador, (DAS)*, San Salvador, 2009. Págs. 9-11.

en adecuar el acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura escrita por la ley, por lo tanto es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario a lo que la norma regula, es decir, que si la conducta se adecua, es indicio de que se cometió una infracción a la ley, pero si la adecuación no es completa no hay infracción, criterio que la SCA ha determinado, asimismo, la tipicidad de la infracción al imponer la sanción, es un requisito que responde a una exigencia de seguridad jurídica que tiene como finalidad que los administrados sepan cuáles son los hechos sancionables y cuáles son sus consecuencias a efecto de evitarlos.¹⁵⁰

Este principio esencialmente se refiere a la tipificación que se considera como el tipo normativo de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica, sobre la prohibición de determinadas conductas y su posterior sanción como consecuencia, dicha descripción, incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley, ya sea la conducta que lo genere una acción u omisión del sujeto pasivo y activo de la infracción, así como el bien jurídico tutelado¹⁵¹“...De ahí que para el ejercicio de la potestad sancionadora conferida a la Administración, es imprescindible que se configuren inexcusablemente todos y cada uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho descrito por el legislador...”¹⁵² por lo que en el Código de Salud, se detallan los tipos de infracciones y una descripción técnica de los mismos, para facilitar su adecuación de la conducta lesiva al momento de la aplicación de la ley, establecida las infracciones referidas en el Art. 278 al Art. 288 del Código de Salud.

¹⁵⁰ Op.cit., Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág.444.

¹⁵¹ Op.cit, Comp. VAQUERANO GUTIERRES, Pág.12.

¹⁵² Op.cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág.444.

3.1.2. Principio de Inocencia.

El principio de inocencia, está relacionado al debido proceso y al de tipicidad, por la razón que debe considerársele inocente al instruido hasta no comprobar lo contrario en el CSSP, se garantiza a través de la aplicación del PAS porque en este proceso se le concede al instruido formalmente por la administración (administrado), audiencia, y la oportunidad de alegar o refutar lo que se le acusa, como podemos apreciar este principio tiene su origen una base penal, debido a que se ejercen sanciones, pero para aplicar las mismas debe haberse comprobado inequívocamente la calidad de actor directo del sujeto, en el hecho que se está sancionando y que la ley previamente a establecido, por lo que la Sala manifiesta que la potestad penal de la judicatura y sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales¹⁵³.

Respecto a este principio la Sala ha dicho que es aplicable en su medida al PAS, constituye un derecho del que son titulares los sujetos a quienes la Administración impone la infracción, y además confiere a los administrados el derecho de que se les considere inocentes mientras no quede demostrada su culpabilidad, e impone a la Administración la carga de probar los hechos y de sustentar la resolución emitida, para efectos de determinar la responsabilidad del presunto infractor por medio de la realización de una actividad probatoria de cargo. Lo anterior se resume en que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no

¹⁵³ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 409.

existe una actividad probatoria de cargo que destruya la presunción de inocencia. De ahí que se atenta contra este principio, cuando la Administración fundamenta la resolución en la cual se impone una sanción basada en una presunción de culpabilidad carente de elemento probatorio y es que la culpabilidad del infractor, y con ello la posibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia, ha de establecerse con la prueba recabada en el procedimiento sancionador, en el que deberá garantizarse al infractor el derecho a defenderse de las imputaciones que se le atribuyen.¹⁵⁴

Según se ha visto, constituye una obligación impuesta por el principio de presunción de inocencia el que todas las pruebas encaminadas a establecer la culpabilidad del sujeto a quien se imputa una infracción se practiquen cumpliendo con las reglas del principio de contradicción.

Es un principio de inocencia, porque es de carácter general su respeto y aplicación, está sujeto a la culpabilidad o no del infractor, por el hecho que deberá ser oído y vencido en juicio, el procedimiento administrativo sancionador si bien es cierto su finalidad es aplicar sanciones ante las infracciones, el CSSP, por ello no puede imponer sanciones a los administrados de forma antojadiza deberá sujetarse a las leyes y a los parámetros que determinaran si la conducta ha sido lesiva y si la misma la cometió la persona que está siendo señalada como principal infractor.

3.1.3. Principio de Culpabilidad.

Este principio se encuentra vinculado con el de tipicidad únicamente podrá sancionarse a aquel que haya cometido una acción típica antijurídica y culpable, dicha premisa refiere a que existen elementos necesarios para

¹⁵⁴ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 411.

considerar a una persona en autora de infracciones, la conducta como ya lo hemos establecido deberá estar detallada en cuanto más minucioso se pueda e la ley, para lograr determinar la culpabilidad o no de un sujeto determinado.

Este es un principio que se amarra a la proporcionalidad de la pena, pues en la culpabilidad de un sujeto se pretende establecer el grado de responsabilidad, así como el grado de a participación sobre el hecho que se está investigando, nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en tiempo, por lo que la culpabilidad como principió depende de las investigaciones realizadas en que la culpabilidad puede volverse positiva y negativa, ambas situaciones tienen consecuencia jurídica, previamente dispuesta en la ley. Según criterio emitido por la SCA el Principio de Culpabilidad se rige en el DAS¹⁵⁵, alegando que toda conducta que pueda ser reprochable deberá estar conectada con la tipicidad y la culpabilidad del autor de la misma para poder justificar la imposición de una sanción de índole económica

3.1.4. Principio del Debido Proceso.

El debido proceso constituye un principio que legitima y regula la actuación de la administración pública, es importante aclarar que en manifestaciones de la SCA, establece que nuestra normativa constitucional recoge principios y limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria, destacándose entre otros el debido proceso.

Asimismo, la SCA, define como "debido proceso" una categoría genérica, en la cual se identifica un proceso constitucionalmente configurado, la cual

¹⁵⁵ Op.Cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la sala de lo Contencioso Administrativo 2009, Pág.14.

incluye una serie de derechos conectados entre sí -audiencia, defensa, presunción de inocencia, juez natural, irretroactividad de las leyes, entre otros- (Sentencia de Amparo Ref. 332-2006 del diecinueve de julio de dos mil siete), es claro que el debido proceso sirve para el resguardo de las garantías y derechos fundamentales, en el CSSP se ha establecido un procedimiento sumario, en el cual se rige en su forma por las directrices del derecho común, en el resguardan estos principios de audiencia y defensa del instruido.

Su base constitucional se enmarca en el Art. 11, según el cual "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa", y en el Art. 12, conforme al cual "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa".¹⁵⁶

En relación al debido proceso la referida SC en la Sentencia de Amparo Ref. 708-99, dictada el veinte de Septiembre de dos mil uno, expresó: "Para considerar que existe un debido proceso, es necesario que aquél sea sustanciado conforme a la Constitución, y además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que dicho derecho es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los impetrantes". Por lo que manifiesta que el derecho de audiencia es en su contenido " en el Art. 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida normativamente- necesariamente

¹⁵⁶ Op.cit. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009. Pág. 410

debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a ley. por lo que la exigencia la irrestricto respeto del derecho de audiencia está conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infra constitucionales respectivas-; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales y las normas constitucionales procesales y procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución". (Sentencia de Amparo Ref. 167-97, dictada el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve). Sobre el debido proceso, esta SC ha expresado en diversas ocasiones, que en sede administrativa éste se enfoca en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo. La SCA ha expresado bastamente lo que es el contenido del debido proceso, nuestra norma constitucional desde un inicio prevé la regulación necesaria para ejercer los derechos frente a la autoridad en este caso el CSSP.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Literalmente la SCA, explica que el debido proceso encuentra concreción cuando los administrados plantean sus alegatos, y tienen una real oportunidad de probarlos, y consecuentemente son tomados en cuenta por la Administración Pública al momento de resolver. Ello se verifica cuando las pruebas son valoradas, aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convezan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio lógico que la fundamenta. En relación al principio garante de la presunción de inocencia, se ha sostenido en jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que: "Toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal dentro de los mismos, mientras no se su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria, y con el respeto a los principios constitucionales procesales, por lo tanto no puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de presunciones de culpabilidad, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba" (Sentencia de Amparo ref. 332-2006 del diecinueve de julio de dos mil siete).

Todo informativo instruido en la Junta de Vigilancia cumple con el procedimiento establecido en la LCSSP, y en las sanciones recaen sobre las infracciones descritas en el CS.

3.1.5. Principio de Proporcionalidad.

Es aquí donde entra en juego otro de los principios del DAS, como es el principio de proporcionalidad que alza para las autoridades correspondientes una frontera o límite a su actuación represiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, de forma que cuando los fines buscados con su adopción puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá de imponerse la utilización de estas últimas¹⁵⁸

El relacionado principio cuenta con presupuestos y requisitos en la estricta esfera del Derecho Administrativo Sancionador, los cuales son: a) Que cuenta con dos distintos presupuestos -la legalidad y su justificación teleológica- y b) con diversos requisitos, extrínsecos los unos -la competencia administrativa sancionadora y la motivación del acto-, intrínsecos los restantes -la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva de los derechos individuales-; siendo imprescindible tomar en consideración que la naturaleza de la represión de las infracciones administrativa adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la

¹⁵⁸ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Págs.32-33.

sanción a la gravedad del hecho. Los mencionados perfiles o circunstancias son los llamados criterios de dosimetría punitiva, mediante cuyo establecimiento en la norma sancionadora y mediante cuya aplicación concreta por parte de la Administración se intenta adecuar la respuesta punitiva del poder público en la entidad exacta del comportamiento infractor cometido. La imposición de la multa no debe ser excesiva y esta imposición deberá respetar los principios básicos del Derecho administrativo Sancionador como son el de tipicidad o legalidad material y proporcionalidad, y sin tomar en cuenta los parámetros de la dosimetría punitiva, esto quedara constancia en un expediente administrativo, como el la JVPM se instruye un informativo en contra del infractor, en el cual se realiza la investigación para determinar la existencia de una infracción, para que consecuentemente se sancione con la clase de multa que la misma ley establezca.¹⁵⁹

En los criterios jurisprudenciales de la SCA encontramos que hace referencia que doctrinariamente el Principio de Proporcionalidad se ha entendido como "un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio (...)".(JAVIER BARNES, "El Principio de Proporcionalidad", Cuadernos de Derecho Público número 5, Septiembre Diciembre, 1998, INAP).Se afirma también que es un principio de carácter relativo, ya que compara dos magnitudes y se concentra en confrontar los medios previstos por la norma jurídica y su correlación con los utilizados por los poderes públicos. La Administración Pública se encuentra indudablemente circunscripta al Principio de Proporcionalidad, en el sentido

¹⁵⁹ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales 2009 Pág. 34.

su injerencia en la situación jurídica de los particulares está limitada atendiendo a su competencia y además, al respeto a los derechos concedidos a los mismos.¹⁶⁰ De las ideas expuestas se puede colegir que, la proporcionalidad es un instrumento que el ordenamiento jurídico establece para controlar que los límites y controles a la actividad estatal se ejerciten adecuadamente. En virtud del Principio de Proporcionalidad, toda limitación a derechos fundamentales debe respetar a su vez, la existencia de una relación medio-fin en la que el primero, cumpla con las características de idoneidad, es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar, necesidad que es que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo, y finalmente que no se cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.¹⁶¹

Como podemos observar la proporcionalidad será la balanza en la que en un lado se coloca la acción posiblemente infractora y en el otro extremo se coloca la sanción considerada como la consecuencia al cometimiento de la infracción buscando entre ellas un equilibrio, puesto si la infracción es mayor la sanción es mayor, si la infracción es menor la infracción es menor, con el fin del que el llamado “un mal externo”, cumpla con su finalidad de castigo y prevención ante una reincidencia como ejemplo para terceros para no cometer dicha conducta reprochable.

3.1.6. Principio de Seguridad Jurídica.

Dicho principio nos permite tener una certeza sobre los procedimientos a seguir, sobre una norma aplicable en una rama del derecho determinada, la seguridad es parte de todos los principios y fuente

¹⁶⁰ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Pág. 35.

¹⁶¹ *Ibidem*, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la SCA 2009, Págs. 135 y 138.

del procedimiento, porque en ella recaen las actuaciones mismas de una administración.

Doctrinariamente el principio de seguridad jurídica ha sido concebido como: "La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a previsibilidad de las conductas propias y ajenas de sus efectos; b. protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico"¹⁶²

Desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado de Derecho. Es decir, el individuo tiene la certeza que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente¹⁶³

El Art. 1 de nuestra Constitución establece que "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común", desde su inicio, nuestra Carta Magna establece que la "seguridad jurídica" de los habitantes constituye uno de los fines del Estado. Este concepto podemos interpretarlo muchas veces como la actividad preventiva y represiva de las conductas antijurídicas que realizan las

¹⁶² BIDART CAMPOS, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1989, Págs. 439 – 440.

¹⁶³ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 10 de marzo de 2006, Ref. 25-N-2003, relacionada con la Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 7 de marzo de 2006, Ref. 99-E-2003.

instituciones públicas, dentro de las cuales podemos ubicar al ministerio de salud pública, el cual en su artículo uno reconoce "que tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales relacionados con la salud pública".

Una de las primeras condiciones para la existencia de la seguridad jurídica en materia de salud es la existencia del CS, el cual debe ser lo suficientemente claro, para que el infractor no tenga dudas sobre los derechos y obligaciones dentro de un procedimiento sancionatorio. Ya que un ordenamiento confuso y contradictorio hace desaparecer la seguridad jurídica. Otra de las condiciones es la garantía que se le da al indiciado de que los actos que se realizan durante el PAS se encuentran bajo el marco legal vigente y aplicable al tipo que se ha infringido.

Otro punto importante a destacar dentro de esta temática es que en ningún momento la seguridad jurídica debe de entrar en conflicto con la justicia, para lograr esto las instituciones públicas han creado un procedimiento cumpliendo con los estándares requeridos por la constitución para hacer valer la justicia por medio de mecanismos legales. Es decir, que la consecución del principio de la seguridad jurídica, en inicio, no entra en contradicción con la justicia ni con otros valores jurídicos, si éstos se hacen valer en el equilibrio que debe existir entre la administración y el infractor de las normas.

El principio de seguridad jurídica que se aplica en el PAS en materia de salud, se encuentra íntimamente ligado el principio de legalidad, ya que estos comparte una misma finalidad y fundamento, siendo uno de sus aspectos fundamentales, en que el infractor de las normas de salud que se le ha iniciado un procedimiento sancionatorio, tengan la certeza que la sanción que reciban esté acorde a lo que la ley y las normas de salud

prescriban, lo que implica que en el ámbito del DAS exista una ley o norma que sea anterior al hecho sancionado y que esta describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), por consiguiente que el transgresor tiene que tener certeza de la sanción impuesta sea de acuerdo a la infracción que se ha cometido en contra de la salud. Además, que la causa en conocimiento adquiera la calidad de cosa juzgada, lo que implica que esta resolución sea inamovible; es decir, que dicha resolución administrativa no pueda ser modificada, ante ninguna instancia administrativa, ni penal; o en el caso de no haber adquirido la calidad de cosa juzgada, esta pueda ser modificada por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. En todo caso, nuestro ordenamiento jurídico ha querido asegurar que la regulación de los ámbitos de la imposición de sanciones administrativas correspondan exclusivamente a la administración pública, esta para garantizar que toda sanción es de acuerdo a lo que las leyes prescriben y que debe seguirse el procedimiento de acuerdo a las garantías y principios que la constitución manda a cumplir.

Esta certeza de la ley, que conlleva como contenido esencial el principio de seguridad jurídica, en los términos que hemos referido, puede verse amenazada por una arbitrariedad por parte del ente administrativo en la imposición y ejecución de la sanción esto debido principalmente por la discrecionalidad que se otorga a la Administración Pública.

La SC ha manifestado que “La seguridad jurídica como categoría jurídica, no obstante su autonomía y sustantividad propia, regularmente tiene un carácter genérico en cuya virtud se resguardan los demás derechos, ya sean previstos o no en la Constitución, y sus efectos se discurren sobre el ordenamiento jurídico de manera directa y en especial sobre el poder

público. Para que exista seguridad jurídica no basta que los derechos aparezcan en forma enfática y solemne en la Constitución, sino que es necesario que todos y cada uno de los gobernados tenga un goce efectivo de los mismos. Por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente”¹⁶⁴.

También la sala de lo constitucional ha manifestado que: La seguridad jurídica constituye un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernador, entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, a fin de que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida, esto quiere decir que los gobernados tengan un goce efectivo y cabal de sus derechos.

La seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro; es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos.

Para que exista una verdadera seguridad jurídica, no basta que los derechos aparezcan en forma enfática o solemne en la Constitución, sino que es

¹⁶⁴ Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del 25 de abril de 2000. Ref. 28-99

necesario que todos y cada uno de los gobernados tengan un goce efectivo de los mismos¹⁶⁵

3.1.7. Principio de NO BIS IN ÍDEM o NE BIS IN ÍDEM

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio non bis in ídem es una de las garantías procesales indispensables para el mantenimiento de la seguridad jurídica reconocida por la carta magna de nuestro país.

Conforme a lo establecido en el Art. 11 de la Constitución de la República, "nadie puede ser sancionado dos veces por la misma causa". Conforme al principio non bis in ídem, no pueden imponerse dos o más sanciones por un mismo hecho, siempre que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Dicho principio es coincidente al texto del Art. 11 inciso 1° parte final de la Constitución supra relacionado, el cual establece que ninguna persona "puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa", disposición que busca evitar duplicidad de decisiones sobre el fondo de una controversia.

Este principio, significa en su vertiente material, la garantía, para quien comete un acto ilícito, de que no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho y en su aspecto procesal, que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, constituyendo, en todo caso, un límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración¹⁶⁶

La SC de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado al respecto que: " lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un "derecho a no ser juzgado dos veces por una misma causal", es establecer

¹⁶⁵ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del 15 de Junio de 2004 Ref. m-117-2003.

¹⁶⁶ Citado en MALJAR, Daniel, Págs. .245-246.

la prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión, decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando - también en forma definitiva- la esfera jurídica del "procesado". En efecto, el principio "non bis in ídem", en esencia, está referido a aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, entendiendo por "misma causa" –aunque no tengamos una definición natural- una misma pretensión: eadem personas (identidad de sujetos), eadem res (identidad de objeto o bien de la vida) y eadem causa petendi (identidad de causa: sustrato fáctico y fundamento jurídico); es decir, que está encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia...¹⁶⁷.

Lo anterior implica, que para que exista doble enjuiciamiento es preciso que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más infracciones, y por tanto, susceptible de dos sanciones distintas a la misma persona, pero además; las dos sanciones deben tener el mismo fundamento es decir, encauzadas a la protección del mismo bien jurídico.¹⁶⁸

Podemos decir que non bis in ídem es la garantía que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, en armonía con la cosa juzgada y la litispendencia.

¹⁶⁷ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 4 de mayo de 1999, Ref. 231-98.

¹⁶⁸ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 28 de noviembre de 2007, Ref. 87-T-2003.

La doctrina ha establecido que para la configuración de un doble juzgamiento, se hace necesario la concurrencia de una triple identidad: de persona, de objeto y de causa de persecución.¹⁶⁹

Esto supone la imposibilidad de que recaiga una duplicidad de sanciones administrativas y penal sobre los mismos hecho, en los casos que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.¹⁷⁰

Es innegable que la figura del non bis in ídem se puede presentar entre dos trámites, uno desarrollado por un juez penal y el otro por la Administración en el ejercicio de potestades sancionadoras. Sin embargo, ésta posibilidad no implica que en ocasiones, por la concurrencia imperfecta de las identidades procesales, no se logre perfilar la coexistencia de una doble perspectiva punitiva.¹⁷¹

La aplicación de este principio dentro del PAS en el CSSP, tiende a ser de suma importancia para el proceso, ya que se evita que la Administración Pública no realice un doble juzgamiento ya que el hecho que dio lugar a la imputación de dicha infracción se ve como un acontecimiento real que se produjo en un momento determinado y no puede cuestionarse ante la misma o diferente competencia por la misma causa, evitando de esta manera la duplicidad de decisiones sobre el fondo de una misma controversia.

Es decir que todo infractor que haya actuado en perjuicio del derecho a la salud debe iniciársele un PAS o un proceso penal, de acuerdo al tipo de

¹⁶⁹ EDWARDS, CARLOS ENRIQUE, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Astrea, 1996, Pág. 99

¹⁷⁰ Op. Cit, MALJAR, Daniel. Pág. 246.

¹⁷¹ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 8 de febrero de 2007, Ref. 318-M-2004.

infracción o delito que este haya cometido, pero en ningún momento debe iniciársele doble proceso por la misma causa, en cumplimiento a la prohibición del doble enjuiciamiento. Esta como medida para salvaguardar la esfera jurídica del indiciado, garantizándole el derecho a que tenga toda persona y en este caso como profesional de la salud a no ser objeto de una doble decisión por la misma pretensión.

La única manera para que un transgresor de una norma de salud pueda iniciársele un doble enjuiciamiento, se necesita que concurran en el mismo hecho dos o más infracciones a la normativa de salud, por lo tanto será susceptible de dos sanciones distintas para el mismo infractor, pero debe cumplirse la premisa que ambas infracciones deben haberse cometido mediante el mismo hecho.

Finalmente estos principios son principios constitucionales que sobre pasan lo delimitada en la ley secundaria por la supremacía de los mismo que lleva a que estos se aplique en el ordenamiento jurídico secundario sin que este lo disponga explícitamente, pues así se protege la esfera jurídica del administrado y el fiel cumplimiento a un Estado de Derecho constitucional.

CAPITULO CUATRO

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y SUS VERTIENTES TEÓRICAS.

SUMARIO

4. Exordio; 4.1.Generalidades del Surgimiento de los Conceptos Jurídicos Indeterminados; 4.2.Definición de Concepto; 4.2.1.Diferentes Denominaciones; 4.2.2.Clases de Conceptos Jurídicos Indeterminados; 4.3.División de los Conceptos Jurídicos Determinados e Indeterminados; 4.3.1.Determinados; 4.3.2.Indeterminados; 4.3.3. Por su referencia a la

realidad; 4.3.4.Por la función que cumplen; 4.4.Teorías Aplicables a los Conceptos Jurídicos Indeterminados; 4.4.1.Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados; 4.4.2.Teoría de la unidad de la solución justa; 4.5.Críticas a las Diferentes Teorías que Explican la Indeterminación de Conceptos; 4.5.1. Teoría de los Conceptos Indeterminados; 4.5.2. Teoría de la solución justa; 4.6. Utilización del Sentido Común o Natural sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados; 4.7.El Problema que Genera la Indeterminación de Conceptos en los Ordenamientos Jurídicos; 4.8.Diferencia entre Potestad Discrecional y Conceptos Jurídicos Indeterminados.

4. Exordio.

Hemos llegado a un punto importante a considerar en el desarrollo de esta investigación como lo es el enfoque doctrinal que merecen los CJI, porque es aquí en donde se fundamenta la importancia de la existencia de los CJI para limitar lo que en apartados anteriores hemos desarrollado como la potestad administrativa discrecional, de la administración pública, potestad que merece ser limitada para evitar la desviación de poder y así cumplir con el respeto a los principios fundamentales consagrados en la constitución. Si bien es cierto la doctrina y la jurisprudencia no apartan a la potestad discrecional que posee la Administración Pública, por la misma característica de emitir una decisión sobre un campo amplio de posibles soluciones, los CJI pretenden por naturaleza otorgar al juzgador una única solución justa.

Por lo que se desarrollan las generalidades de los CJI como su definición doctrinal, división de este tipo de conceptos, las diferentes teorías que rodean la existencia de estos conceptos en los ordenamientos jurídicos en general, así mismo las críticas que se le hacen a dichas teorías, determinando cual es la importancia y aplicación de los requeridos conceptos. En este apartado se busca obtener claridad sobre la evolución y aplicación de los conceptos de CJI.

4.1. GENERALIDADES DEL SURGIMIENTO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Para entrarnos en el tema de los CJI es necesario hacer un breve estudio del contexto histórico en el cual surge esta teoría. Al respecto, hay quien afirma que este término es utilizado periódicamente como principio jurídico general en el Derecho Privado de España y en el mundo occidental desde hace veinticinco o treinta años aproximadamente¹⁷². Es decir, es un término relativamente nuevo en el espectro jurídico.

Por ser un tema relativamente nuevo en el ámbito jurídico, los teóricos del derecho no han establecido a ciencia cierta el momento exacto en el que nace esta teoría; pero el doctrinario TAMAYO YAÑEZ, en su obra *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*¹⁷³, ha querido establecer con más certeza el momento preciso en el que se desarrolla en el mundo jurídico la expresión de “Conceptos Jurídicos indeterminados”, para esto tomaremos de su obra lo que literalmente dice: Muchos de los que habitualmente se consideran conceptos indeterminados, como por ejemplo: buen padre de familia o criterio del hombre medio, son expresiones que se usan desde el Derecho Romano. Así, *bonus pater familias o arbitrum bonus vir*, son frases muy anteriores al surgimiento de la teoría que estamos estudiando. Este recurrir a fórmulas abiertas es muy propio del derecho clásico, que confiaba – más que en la rigurosidad de un bloque legislativo- en las decisiones de sus jueces y pretores. Las frases muy generales eran bien consideradas y se asumía como correcta la generalidad de la ley. De lo anterior podemos determinar que en el mundo jurídico casi siempre las instituciones jurídicas se utilizan mucho antes de lo que el mismo

¹⁷² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, Pág. 23.

¹⁷³ TAMAYO YAÑEZ, Sergio, *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*. 1ª edición, ARA. Lima, 2009, Págs. 37-40.

ordenamiento jurídico las reconoce para su aplicación esto es debido a que la sociedad es un mundo cambiante por lo que cada vez surgen más necesidades de control compaginadas con el pensamiento del ser humano, se van creando situaciones jurídicas con un mayor alcance en cuanto a la interpretación de ciertas conductas humanas.

Así pues con el advenimiento de la ilustración, las ideas de la antigüedad fueron en muchos casos dejadas de lado. La Revolución Francesa trajo, entre otras, la firme creencia de que las normas podían ser siempre muy claras y completas, relegando al juez a un mero papel de “boca de la ley”, como diría Montesquieu. La máxima expresión de la certeza y univocidad de las normas sería el Código. El Código Civil Francés de 1804 fue un símbolo del pensamiento de inicios del S.XIX donde, aparentemente, todos los conceptos eran “Determinados” y primaba “el ideal de la determinación plena y el ideal de la plena adecuación”. Como anécdota, se encuentra que STENDHAL, autor de estilo parco y conciso, admiraba el Código de Napoleón por su “extraordinaria claridad” y hasta lo usaba como su inspiración para sus obras. Un ejemplo por esta obsesión con la claridad y la determinación es el código de Prusia de 1794, el *Allgemeine landrecht fur die preufischen staaten* (Derecho general de los Estados), que llegó a tener el increíble número de 19 mil artículos, con pleno convencimiento de que se podía regular de forma inequívoca toda la realidad.

Sin embargo esta concepción de “determinación absoluta” fue perdiendo terreno a lo largo del S.XIX. a finales del mismo, el positivismo venía siendo atacado desde todos los ángulos: por la jurisprudencia de intereses, por el antiformalismo, por el realismo en sus diversas variantes, por el derecho libre, etc. Ante estos embates, no quedaba otra alternativa que aceptar que el texto de la ley nos es tan claro como parecía y el ocasional intérprete se

podía ver en apuros para resolver un caso, se observa que la ley por su carácter de coercitividad como un instrumento rígido dentro de una sociedad pues en ella se trata de corregir aquellas conductas desviadas de la armonía social, al interpretarla como “boca de la ley” en un primer momento no dejaba lugar a ningún tipo de interpretación del juzgador pues se limitaba a adecuar las conductas a las ya dispuestas en el orden jurídico, pero como hemos mencionado el juzgador se enfrentaba ante conductas que dañaban el orden social pero la ley aun no las consideraba como conductas contrarias a esa armonía, en esta coyuntura se van creando necesidades que la ley como instrumento necesita acoger para regular la violación de bienes jurídicos protegidos y reconocidos por los ordenamientos jurídicos.

Concluyendo ese siglo, otro Código sería el gran hito del Derecho positivo: el BGB alemán. Pero- a diferencia de su par Francés- en los trabajos preparatorios de esta norma ya se tenía en cuenta que no todos los conceptos son definibles o determinables. Los autores del Código Civil germano tuvieron que reconocer que los elementos de figura legal con límites borrosos son indefinibles y da el ejemplo del concepto de “culpa burda”; este giro se vio reflejado también por la doctrina. Es así como surge la teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados, en el seno del Derecho Administrativo, debido al tema de la discrecionalidad y su control.

No hay que olvidar que el principio de la vinculación de la administración a la ley es básico en el enfoque del positivismo legalista. Esta fue una de las razones de importancia del debate y la ferocidad de la polémica. La instalación de la jurisdicción contenciosa administrativa también fue un hecho clave para el desarrollo de la doctrina de “los conceptos jurídicos indeterminados”. Fue MAYER, en 1862, quien plasmo la primera exposición

sistemática sobre el problema de la discrecionalidad.

En 1875, se promulgo una ley en Austria que autorizaba la libre discrecionalidad en algunos temas. Esto también influyó para que otros autores se pronuncien al respecto. Así, tanto BERNATZIK, en 1886 como TEZNER, en 1888, desarrollarían el tema desde diversos ámbitos. En 1902, HECK insistía en la imposibilidad de alcanzar la completa determinación de todos los conceptos. Pero sería JELLINEK, en 1913, quien mejor describiría la estructura lógico semántica de los conceptos indeterminados.

Además de los autores citados, ULE, JESCH, BACHOF, MARTENS, FLUME, RUPP, entre otros, desarrollaron esta teoría y colaboraron en su consolidación. Así, la Teoría de los *unbestimmte rechtsbegriffe* (Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados) como se llamó en alemán fue expandiéndose por el resto de Europa. Más aún si consideramos que durante el régimen nazi se abusó de la indeterminación de los conceptos para adaptarla a la ideología dominante, con lo que aumentó la preocupación por controlar la discrecionalidad del juez.

Al no existir un control sobre el poder este puede desviarse y dejara de ser la forma mediante la cual el Estado ejerce un control sobre sus subordinados y pasaría a ser la forma mediante la cual el Estado satisface sus intereses particulares, políticos, ideológicos e incluso económicos relegando con ellos la función primaria del Estado que es velar por el interés público o colectivo, como sabemos, que quien dirige un Estado es una persona, llena de ideales, propósitos particulares y otros factores que pueden incidir en su imparcialidad, la ley es el medio que regula esta desviación de poder, en el DAS, utiliza esta figura de los CJI.

Para reducir el espacio a esta discrecionalidad, se postulaba que “los conceptos jurídicos indeterminados” tenían una y solo una “solución justa”. Es decir, uno de estos conceptos jamás podrá dar pie a que el juez use sus valoraciones personales para resolver un caso, sino que se tenía que descubrir esta solución justa. Como contraparte a esta hipótesis, en Alemania también se difundió la idea de que la discrecionalidad estaba limitada solo a la consecuencia jurídica de la norma, no al supuesto de hecho. Este postulado es la teoría del *Rechtsfolgeermessen* (*consecuencia jurídica de la discreción*), que sirvió también para reforzar la idea de que los conceptos jurídicos indeterminados eran lo opuesto de la discrecionalidad. Cabe mencionar que el término “conceptos jurídicos indeterminados”, en su simple lectura crea en el pensamiento una definición a priori que dichos conceptos son vagos o no tienen una definición concreta, al adentrarse al estudio de estos conceptos se determina que poseen una solución justa, ligando a ello el principio de justicia en el cual se desarrolla una administración imparcial.

Esta doctrina impactó también en España, si hubiera que elegir una fecha exacta para determinar el surgimiento de la misma en el país ibérico, esta sería sin duda el 02 de marzo de 1962. Ese día el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA daba una conferencia titulada “La lucha contra las inmunidades del poder” dentro del curso “El poder y el derecho” organizado por la promoción Manuel Ballbé, de la Universidad de Barcelona. Esta conferencia fue publicada a los pocos meses en la Revista de Administración Pública y su influencia en la doctrina a partir de esta fecha ha sido notable. Esta posición también ha sido compartida por la jurisprudencia de esa nación, y fue asumida por primera vez por su Tribunal Supremo en la sentencia del 28 de abril de 1964. El objetivo era combatir la temida

discrecionalidad, algo muy comprensible en el contexto dictatorial de la España de Franco. Este gran respaldo logró que esta doctrina sea tomada en cuenta en Latinoamérica.

4.2. DEFINICIÓN DE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.

Para conocer el mundo de los CJI tenemos que enfocarnos primero en la generalidad y es por eso que nos enfocaremos en investigar como punto de inicio en la definición de lo que es un concepto.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua, lo define como una “idea que se concibe o forma el entendimiento.” Otra de sus acepciones es “pensamiento expresado con palabras”, si bien hasta ahora no se ha resuelto el tema de la relación entre palabras y el pensamiento, no obstante, se puede llegar a conocer el significado de las mismas¹⁷⁴

En el análisis del lenguaje es bien conocida la tesis de Saussure y su estructura lingüística de “significante”-“significado”, con respecto al siglo¹⁷⁵. Dentro de este esquema, los conceptos se encuentran en el “significado”, pues no son meras palabras o sonidos, sino ideas que se tienen sobre un objeto. Estos objetos no tienen que existir necesariamente en la realidad. Es el caso de términos como “unicornio” o “justicia”. Estos ejemplos quizás no existen en el mundo real, pero eso no quiere decir que no tengan un significado y, por ende, sean conceptos, pues refieren a algo que si bien no es una cosa, opera como cosa.¹⁷⁶ Lo que queremos resaltar aquí es que un concepto siempre trata de expresar algo, es decir, no es solo un sonido inconexo sin sentido, sino un término con un significado, porque se refiere a

¹⁷⁴ Op.cit, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.25.

¹⁷⁵ SAUSSURE, Ferdinand de, Curso de lingüística general, trad. de Amado Alonso, Alianza, Madrid, 1978, pp.87-90. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Págs. 37-40.

¹⁷⁶ SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.p 40. Citado por TAMAYO YÁÑEZ, Págs. 25-26.

un objeto¹⁷⁷.

Los conceptos son una definición de la percepción del individuo sobre las cosas por lo que muchas veces las situación que resultan ser inmateriales suelen tener diferentes acepciones, que son condicionadas por el modus vivendi de las personas en una determinada sociedad, es más fácil que para todos los seres humanos signifique lo mismo un “semáforo”, que a que un objeto que es perceptible por los sentidos, que se conoce su función, que no varía la misma en ningún lugar del mundo, a diferencia de pretender que todos le otorguen la misma significación al término “justicia”, ya que en países del medio oriente en comparación a países anglosajones o latinos, la “justicia” es diferente, en el medio oriente la justicia se basa en aspectos morales, religiosos e ideológicos en cambio en los países anglosajones o latinos podemos decir que la justicia se basa en un estado de derecho, que la misma está regulada por un ordenamiento jurídico preestablecido y que existe un órgano determinado por la ley que se encarga de aplicarla.

Es bueno resaltar que los conceptos no dejan de ser conceptos por ser confusos u oscuros, pues en general, todos los conceptos sufren de cierto grado de indeterminación¹⁷⁸

Teniendo ya la noción de lo que es concepto, debemos precisar a qué nos referimos con “conceptos jurídicos”. Podemos admitir que es todo concepto que se usa en el derecho (es decir en las leyes, la jurisprudencia la doctrina, etc.) a pesar de esto existen autores que postulan que algunos conceptos jurídicos no tiene ningún significado¹⁷⁹ y que serían “meras fórmulas

¹⁷⁷ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Lógica del concepto jurídico*, Fondo de cultura económica, México D.F, 1959, Págs. 14-15

¹⁷⁸ *Ibidem*, GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Pág. 30.

¹⁷⁹ HABA, Enrique Pedro, *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico*. Universidad de Costa Rica, San José ,2004, Pág. 245

vacías.”¹⁸⁰

Los CJI son todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, a priori, un cierto margen de impresión, margen que se denomina halo del concepto.¹⁸¹

Para García de Enterría los CJI son “conceptos en los que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata”¹⁸². De la misma manera en otra obra Enterría y Fernández Rodríguez, han manifestado su opinión afirmando que: los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refiere de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo “la mayoría de edad se produce a los dieciocho años” de manera que su aplicación a la realidad requiere una simple constatación, por el contrario con el concepto jurídico indeterminado la ley refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado; no obstante, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto...¹⁸³; GARCÍA TREVIJANO afirma que son los que se aplican según las circunstancias del lugar y del momento¹⁸⁴ otros los definen como “aquellos elementos legales cuyo contenido solo queda fijado con exactitud a través de la concreción judicial,”¹⁸⁵ en cambio el TSE los ha definido como aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a

¹⁸⁰ OLIVERCRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, P.25 Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Pág. 27

¹⁸¹ ALONSO MAS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 274

¹⁸² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima, Pág.43

¹⁸³ Citado en ALONSO MAS, María Págs. 274-275.

¹⁸⁴ GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo, revista de derecho administrativo*, Madrid, 1964, p.374. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Págs.40-41.

¹⁸⁵ HENKE, HORST EBERHARD, *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, traducción de Tomas A. Banzahaf, colección ciencia del proceso n°66, EJE, Buenos Aires, Págs.1-2.Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 41.

la que ha de otorgarse alcance y significación específica a la vista de unos hechos concretos¹⁸⁶

4.2.1. Diferentes denominaciones.

Durante el desarrollo de la teoría de los conceptos indeterminados ha habido una amplia gama de acepciones que se le han atribuido empezando por la del autor MARTIN GONZALEZ, quien lo ha designado como conceptos jurídicos indirectamente determinados¹⁸⁷

Otro doctrinario los ha denominado como Conceptos legales indeterminados o mejor aún conceptos normativos indeterminados, pues no se considera que este tipo de normas se encuentren solo en las leyes, sino en todas las normas jurídicas en general.¹⁸⁸ , de la misma manera, se ha hablado de normas jurídicas abiertas, conceptos imprecisos, conceptos ampliables, conceptos generales de ámbito amplio, conceptos en blanco, conceptos elásticos, conceptos válvula, disposiciones de caucho, fórmulas de goma, órganos respiratorios del derecho, conceptos incluidos en el esquema de la ley a manera de ventanas, robots jurídicos que sirven para formar normas en ausencia de reglas fijas, recetas sacadas de la práctica; de esta manera seguiríamos con una larga lista de intentos de solución a la indeterminación de conceptos jurídicos¹⁸⁹

Según GAMERO CASADO, los CJI, en el ordenamiento se refieren a una realidad extra jurídica remitiendo a un concepto de carácter técnico, social, no precisado en normal alguna, el termino en cuestión describe un concepto

¹⁸⁶ Op.cit. PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, Pág.98.

¹⁸⁷ Citado en ALONSO MAS, María José, Pág. 279, Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 41.

¹⁸⁸ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.40.

¹⁸⁹ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 36

concreto que no puede ser precisado por la ley. Así mismo relaciona que en el derecho administrativo abundan los conceptos de CJI debido a su vocación reguladora en todos los ámbitos y actividad con relevancia general, el derecho administrativo penetra en multitud de sectores y para dotarlos de normación sirve el léxico propio de cada uno de ellos.¹⁹⁰

Aunado a nuestra investigación el referido autor cita el Art.5 del CS, en el cual se recoge un elenco de actividades que considera relacionadas de modo inmediato con la salud del pueblo, consignando una serie de profesiones que contiene conceptos meta jurídicos propios de la ciencia de la salud, como profesiones médicas, odontológicas, farmacéuticas, medico veterinaria, enfermería, etc. Y otras que considera la ley como actividades especializadas, técnicas y auxiliares que sean complemento de dicha profesión por lo que los conceptos a utilizar en esta área del derecho únicamente existen en ciencias meta jurídicas, por lo que la diferencia de un CJI con la potestad discrecional, es que, el CJI aunque no esté definido en la norma puede precisarse en cada caso concreto mediante la simple operación intelectual (interpretativa)¹⁹¹.

Por lo que se verifica es la necesidad de interpretar dichos conceptos, este tipo de conceptos permite la interpretación de la norma y que se aplique el resultado previsto en ella, los CJI tienen diversas denominaciones según el autor que los refiere pero todo en su esencia delimitan la solución justa, como el objeto que enmarcan estos conceptos.

4.2.2. Clases de Conceptos Jurídicos Indeterminados.

Así como cualquier figura jurídica, este también posee clases que

¹⁹⁰ Op.cit. GAMERO CASADO, Pág. 51

¹⁹¹ Ibídem, GAMERO CASADO, Págs. 51-52

atiende a su contenido o forma de ejecución para el teórico TAMAYO YÁÑEZ, quien es el que más refiere sobre la existencia y el contenido de estos conceptos, manifiesta que no pueden ser limitados a un bloque monolítico sino plantear que existen muchos tipos o clases de los mismos. “No se puede hablar del concepto jurídico indeterminado”. Los hay de carácter empírico o descriptivo de la naturaleza valorativa o normativa. A estos últimos les falta conexión con la realidad e incorporan a la norma conceptos meta jurídicos y no se pueden integrar con la experiencia¹⁹²

Es decir que su contenido sobrepasa la ley y el mundo jurídico, porque suelen ser de aplicación común, sin embargo la ley ¿Qué regula la ley? La ley regula conductas en una sociedad determinada por lo que el contenido de la norma utiliza conceptos que le permitan limitar el ejercicio de conductas que sean una posible fuente de peligro, por ejemplo en materia de salud, lo regulado por la ley serán todas aquellas conductas que lesionen el bien jurídico salud, controlando desde las actuaciones de los médicos, como insertando en la norma conceptos como urgencia y daño que si bien es cierto poseen su definición común, también puede ampliarse con un criterio médico, que permita determinar en la valoración de un caso si el profesional médico actuó con negligencia o impericia, o si su accionar estaba enmarcado en los parámetros de la ley. Estos conceptos cierran esas puertas de poder administrativo sancionador, limitando en el caso concreto al legislador a determinar si la conducta se realizó o no se realizó.

Algunos autores han clasificado a los CJI, en dos grupos: conceptos-clase (aplicables por clasificación) y los conceptos tipo (aplicables por tipología); siguiendo el orden de ideas los primeros son los que presentan dos

¹⁹² Ibídem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 49.

opciones; es decir, o se da o no se da el hecho, pero no pueden ser ambos, en cambio en los conceptos tipo son los que no se limitan a dos alternativas sino que se permiten decisiones graduales diferentes de acuerdo al caso.¹⁹³

Sin duda alguna la clasificación que hasta el momento ha sido la más acertada es la que tiene que ver con el origen de la teoría de los conceptos indeterminados y la distinción con la discrecionalidad es la planteada por Otto Bachof, que divide a los conceptos jurídicos indeterminados en conceptos de valor (Wert Begriffen) y los conceptos de experiencia (Erfahrungsbegriffen).¹⁹⁴

Conceptos de valor:

Estos no responden al principio de unidad de solución justa, pues cabría la posibilidad de que su aplicación a un mismo supuesto, diversos aplicadores pudieran llegar a soluciones diversas pero igualmente sostenibles. Ello radicaría en la esencia de unos conceptos que remiten, precisamente, aun juicio valorativo del propio aplicador de la norma.

Respecto a los conceptos jurídicos indeterminados de valor, no se controlan únicamente por la apreciación de los hechos, sino que implican juicios, como su nombre lo indica, de valor, que pueden ser técnicos, políticos. En este caso proporciona a decisoria apreciación por parte de la Administración Pública, una cierta presunción a favor de su juicio (realizado con fundamento en los medios técnicos y de criterios políticos, que solamente apartados del ordenamiento jurídico, pueden ser controlados y variados por el juez).¹⁹⁵ Este

¹⁹³ HENKE, Horst Eberhard, *La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, traducción de Tomas A. Banzahaf, colección ciencia del proceso n°66, EJE, Buenos Aires, Págs.1-2. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.49

¹⁹⁴ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.50.

¹⁹⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús, y la Asociación de Derecho Público y Administrativo de

tipo de conceptos es aplicado por la Administración a través de su facultad discrecional observando cómo se hace efectiva la limitante en cuanto a la valoración que se realiza de un CJI que solo posee una solución.

Conceptos de experiencia:

Se caracterizan porque en ellos sí rige el principio de unidad de solución justa, pero, dada la dificultad de reconocerla- con seguridad suficiente- que se deriva, en los casos dudosos, de los límites intrínsecos a los que está sometida la capacidad cognitiva del aplicador de la norma restaría en su aplicación un inevitable ámbito de juicio.¹⁹⁶ Estos se ventilan en la apreciación de los hechos y la competencia del juez es ilimitada¹⁹⁷

GARCIA DE ENTERRÍA coincide en que existen los conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones) o de valor (buena fe, justo)...¹⁹⁸

Podemos decir que en el CS y demás leyes aplicables en el CSSP, consiste una mezcla de estos tipos de concepto debido a que por el ámbito de aplicación de la leyes en materia de salud, hay cierta terminología tal como lo refiere CASADO que es propia de la ciencia médica, pero a su vez esa acción enmarcada en dichos conceptos como por ejemplo “daño” “urgencia” poseen su connotación médica, por lo que para este tipo de conceptos requiere de conocimiento técnico de una materia o ciencia en específico, que

Costa Rica, *Revista Iberoamericana de Derecho Público Administrativo*, año 7, número 8, 2007, Pág.323.

¹⁹⁶ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Cit. por BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa: Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Págs. 194.

¹⁹⁷ Op.Cit. GONZALEZ PEREZ, Jesús, Pág.323.

¹⁹⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Rama, Madrid, 1995, Pág.105.

nos permite entender el contenido del mismo su aplicación y el momento en se causó o origino el hecho a este concepto. Puesto que la “urgencia”, por ejemplo no nace por sí sola, puesto que por sí sola no tendría connotación ni relevancia jurídica, pero al aplicar este término en una persona que se encuentra herida de bala y es llevada a un centro hospitalario, este término adquiere relevancia jurídica, condicionada por la conducta de un fuente de garante, atender al paciente le corresponde al médico, para evitar un daño mayor, por lo tanto al analizar si dicha conducta del médico fue realizada solo se evoca a una solución “atendió la urgencia del paciente” o no atendió la urgencia del paciente”, si lo hizo resguardo un bien jurídico y en la valoración del legislador nos lleva a entender que existía una solución justa, y si no atendió la urgencia, muy probablemente agravo la situación médica del paciente y en el peor de los casos su omisión o falta de cuidado ocasiono la muerte, por lo que en el análisis de este tipo de CJI, inmerso en un conducta, la misma se vuelve una infracción que será el ente encargado, es decir el CSSP, el que aplicará una sanción administrativa y la FGR de aplicar una sanción penal, si el daño fuese irreparable.

4.3.DIVISIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DETERMINADOS E INDETERMINADOS.

La teoría acerca de esta Institución de Derecho Público y más de Derecho Administrativo es reciente, es moderna ha sido creada para clasificar los conceptos jurídicos, para ver el grado en que la norma jurídica se determina en relación con la discrecionalidad, antes de hablar en forma específica de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesario, hacer la clasificación que da origen a los mismos conceptos jurídicos se dividen en determinados e indeterminados.

La división que se hace en estos conceptos jurídicos es necesaria para poder identificar las características específicas de cada uno de ellos, existe un único símil entre ellos y es que su significado tiene en un momento determinado relevancia jurídica, es por ello que nos interesa el estudio de esta división, en relación a su aplicación en el PAS.

4.3.1. Determinados.

Estos coinciden con las facultades regladas ejercidas por el Administrador, algunos conceptos jurídicos se definen en la norma jurídica, claramente. Estos son los conceptos jurídicos determinados directamente.

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

Cuando la definición hecha en la norma es igual a la común o la científica o técnica, se debe tener en cuenta, la forma en que se ha determinado el concepto, la que pudo hacerse por el ordenamiento jurídico, explícito o implícitamente, la primera se denomina formulación expresa del concepto, que está más o menos de acuerdo con los criterios sociales o técnicos extrajurídicos, contribuyendo muchas veces la jurisprudencia a que se perfile dicho concepto.

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

conceptos, no tienen otro sentido que el definido por la norma: es susceptible de descomposición en sus diversos elementos.

4.3.2. Indeterminados

Los CJI anteriormente se confundían con la discrecionalidad, pero ambas instituciones tienen diferencias substanciales, estos conceptos los encontramos en todos los cuerpos legales que pertenecen a distintas ramas del Derecho, el contenido de los Conceptos Jurídicos Indeterminados hacen a la norma jurídica flexible y permiten que en determinado caso concreto, al que aplica el precepto legal le dejan libertad para apreciar la medida que debe dictarse para resolver el conflicto surgido entre los particulares y la Administración, para ser más específica, ya que la ley no ha previsto el caso taxativamente.

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

Según algunos autores a estos conceptos se les denomina también "conceptos imprecisos", "conceptos generales", "de ámbito amplio", "conceptos elásticos", etc., la discrecionalidad y los CJI tienen algo en común y es el hecho de que ambos tienen un ámbito que la ley no puede determinar; ahora bien, hay algo que diferencia a la discrecionalidad y a los CJI y es que este se compete con nociones extrajurídicas ya técnicas, ya científicas.

Los CJI llevan imbuída una valoración deseada por la ley, por lo que se hace necesario hacer uso de la teoría general de la interpretación, al hacerse el proceso de integración de un CJI constituye un juicio de valor, un juicio de

estimación, de comprobación, tomando en cuenta circunstancias reales aplicables al caso concreto y de acuerdo al sentido jurídico dado por la ley, dado el carácter reglado de dichos conceptos, le permite al intérprete llegar a una solución justa.

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

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

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

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

a) El acto jurídico indeterminado en cualquier rama del ordenamiento jurídico, para aplicarse sólo permite una sola solución justa, el administrador no tiene

ningún margen para escoger entre varias determinaciones posibles en su comportamiento, porque sólo hay una que responde a los fines señalados por la ley y se deja al funcionario público determinar este comportamiento; en cambio, en el ejercicio de una potestad discrecional, se permite la posibilidad de varias soluciones justas, siempre enmarcadas dentro del Derecho.

b) El CJI tiene que respetar el procedimiento disciplinario en cuanto a elegir una única solución que tendrá que ser justa; en cambio en la discrecionalidad hay libertad de selección entre varias alternativas que son igualmente justas, ya que el poder discrecional es una elección de comportamiento, en el marco de una realización de valores.

c) Los CJI se aplican en circunstancias reales determinadas, en la que no interviene la decisión voluntaria de la autoridad, en cambio, en la discrecionalidad, está la voluntad decisoria del aplicador de la norma jurídica.

La institución de los CJI, se encuentran en todas las ramas del Derecho vigente, es decir en el Código Civil (tiempo razonable), en el Código Penal (otras circunstancias), etc., las facultades discrecionales, sólo en el Derecho Administrativo.

4.3.3. Por su referencia a la realidad.

Esta teoría postula que entre concepto jurídico indeterminado y concepto jurídico determinado existen diferencias reales desde un punto de vista lingüístico o en todo caso, factico, pues las diferencias se pueden percibir en el mundo de lo real. Así García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, nos dicen que “por su referencia a la realidad los conceptos utilizados pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos

determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca(...), por el contrario, en la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto.¹⁹⁹

La honorable SCA en sentencia de las catorce horas veintidós minutos del veinte de abril del dos mil cinco ha adoptado el criterio plasmado por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández al referirse a la división de los conceptos.

Otro autor postula también que los conceptos plasmados en las leyes pueden ser determinados o indeterminados. En los primeros el ámbito de la realidad se delimita de una manera precisa e inequívoca; en los segundos, en cambio, esto no acontece de esta forma.²⁰⁰

JELLINEK delimita la diferencia en base a los límites: “el CJI constituye la antítesis del concepto jurídico determinado. Al igual que este último, el concepto indeterminado tiene límites, pues de lo contrario no sería un concepto. Pero mientras el concepto determinado tiene un solo límite, que permite realizar un juicio seguro (certero) sobre la pertinencia o no al mismo de un fenómeno, el concepto indeterminado tiene dos²⁰¹

¹⁹⁹ Op.cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, tomo 2, Palestra Temis, Lima, 2006, Págs. 495-496.

²⁰⁰ GONZALEZ TREVIJANO SANCHEZ, Pedro José, *Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la constitución de 1978*, en estudios de derecho público económico: libro homenaje a la Prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo, coord. Por Luis Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, Pág.205. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.43

²⁰¹ JELLINEK, Walter, *Gesetz, gesetzesanwendung und zweckmassigkeitserwagunng*, Tubinga, 1913, Pág.37 y ss. Cit. por BACIGALUPO, Mariano, *la discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su*

De la misma forma HENKE, afirma que “los conceptos determinados y los indeterminados podrán distinguirse también en el orden cualitativo”. Un criterio seguro para saber si un concepto jurídico es determinado o indeterminado, nos lo da su definición; si la definición se compone de elementos exactos, el concepto tiene límites fijos; es un concepto determinado; pero si en la definición figuran elementos imprecisos o incluso o los límites del concepto son fluidos; es un concepto indeterminado²⁰²

4.3.4. Por la función que cumplen.

Algunos doctrinarios han manifestado la idea de que, si bien no existe una diferencia cualitativa entre concepto jurídico determinado y los conceptos jurídicos indeterminados, como las que se describen en la teoría de la referencia a la realidad, si se puede trazar una distinción que puede ayudarnos a diferenciar uno de otro.

Esta diferenciación usaría como criterio la función que cumplen los dos tipos de conceptos: los primeros se encargan de garantizar la seguridad y la estabilidad jurídica, mientras que los segundos le dan la necesaria flexibilidad al ordenamiento. Así la diferencia fundamental entre los conceptos determinados e indeterminados radica en que mientras que con los primeros se logra seguridad y estabilidad a expensas de una postergación de los matices y peculiaridades de cada caso, en los segundos la característica principal es la elasticidad y flexibilidad a expensas de la seguridad²⁰³ Como se mencionó antes, la teoría de los Conceptos jurídicos indeterminados y de la diferenciación de estos conceptos tenía como propósito controlar la

atribución, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 194, Cit. en TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.44

²⁰² HENKE, Horst Eberhard, op. Cit, Pág. 76, Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.44

²⁰³ DESDENTADO DAROCA, Eva; *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 1999, Pág.102. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 45

discrecionalidad, esa era primeramente su utilidad práctica.

MARTÍN GONZÁLEZ, que defiende esta tesis, considera que los conceptos jurídicos determinados se dividen a su vez en dos categorías: conceptos directamente determinados y conceptos indirectamente determinados. Los primeros serían los que la norma ha determinado satisfactoriamente su contenido y precisado su significación, sacándolos del complejo campo de los conocimientos humanos y haciéndolos suyos, mediante la correspondiente definición. Estos conceptos a su vez se dividirían en explícitos. Por otro lado, los conceptos indirectamente determinados: serían en los que se expresan a través de un término que no precisa exactamente el contenido de esa noción que la ley introduce y que el está destinado a encuadrar. Estos conceptos a su vez se pueden clasificar en dos: los que se remiten a la experiencia vulgar y los que se remiten a la experiencia técnica²⁰⁴

Curiosamente, HENKE – como vimos en la sección anterior, considera que existe una diferencia por la referencia a la realidad entre conceptos determinados e indeterminados - postula también lo contrario; es decir que los conceptos se diferencian por la función que cumplen. Así, los conceptos determinados “constituyen la armazón del ordenamiento jurídico”; ellos hacen posible edificar un sistema jurídico científico y garantizan asimismo la seguridad jurídica. Los conceptos indeterminados (abiertos) representan el factor móvil de ese ordenamiento. Atenúan la rigidez del sistema cerrado y sirven para la adaptación y especificación de las leyes. Los conceptos determinados son, pues, el elemento estático; los indeterminados son el

²⁰⁴ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Págs. 45-46.

elemento dinámico de las norma jurídicas²⁰⁵

4.4. TEORÍAS APLICABLES A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

4.4.1. Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados.

Esta teoría es de origen alemán, se le llamo también como conceptos flexibles o de goma. Dicha doctrina distingue entre la discrecionalidad y los CJI. Al referirnos a CJI hacemos referencia a aquellos conceptos existentes en las leyes que por ser abstractos y generales, tienen que incluir términos universales ante la imposibilidad de un casuismo. Dicha teoría nos señala que al actualizar un CJI no depende de una voluntad discrecional sino de una interpretación de la ley, pero no una elección entre alternativas igualmente justas, por que admite una solución justa, por lo tanto al hablar de conceptos jurídicos indeterminados hacemos referencia a unidad de solución, en oposición a la facultad discrecional que admite pluralidad de soluciones.²⁰⁶

4.4.2. Teoría de la unidad de la solución justa.

La naturaleza misma de los conceptos radica el germen de la unidad de la solución justa. Así, esta teoría encierra una obviedad: que la interpretación de las normas jurídicas, por esencia, entra dentro del ámbito de la potestad jurisdiccional.²⁰⁷

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la tesis de la unidad de la solución justa ha sido defendida en los últimos tiempos por Ronald

²⁰⁵ HENKE, Horst Eberhard, Op. Cit, Pág. 71. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.45

²⁰⁶ ACOSTA ROMERO Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993, Pág. 718.

²⁰⁷ Citado en ALONSO MAS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. 285.

Dworkin.²⁰⁸ Esta teoría es la más conocida y admitida respecto a los conceptos indeterminados. Fue la que se planteó originalmente en las teorías alemanas y seguidas después en España. En este país, su iniciador fue García de Enterría que, en un párrafo citado muchas veces nos dice que: “lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en los términos del derecho privado: o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”²⁰⁹

Estamos ante la postura que en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados solo admiten dos opciones, no múltiples opciones. Esta teoría traza una firme distinción entre la aplicación de un concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad, siendo la primera una actividad reglada y la segunda no. Se parte de la idea, como dice Eva Desdentado: “La concreción y la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un supuesto de aplicación de la ley al caso concreto”²¹⁰

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald, *los derechos en serio*, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, principalmente el capítulo 13. También se puede revisar ENDICOTT, Timothy, “ Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad, en *Doxa*, nº 19,1996, Pág. 375. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 51

²⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Editorial Palestra, Lima, 2004, Pág.44

²¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva; *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999, Pág.114. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio; *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional. 1ª edición*, Editorial ARA. Lima, 2009, Pág. 52

También Sainz Moreno es un claro defensor de esta postura y señala que “en todos los casos en que la norma no diga otra cosa, la interpretación concreta de un concepto jurídico a la vista de un caso concreto solo admite una solución justa”²¹¹

Esta teoría no niega que existe una dificultad en encontrar la única respuesta correcta, pero es una dificultad no imposibilidad. Que sea difícil no significa que se tenga que hacer una elección o un simple acto de volición -.voluntad-. La solución siempre se puede hallar solo que existen diversos grados de dificultad. Esta posición descrita ha sido mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia española. El Tribunal Supremo Español la cito por primera vez en la sentencia de 28 de abril de 1964, donde rechaza la equiparación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad y señala que: “ la tesis que rechaza está basada en una confusión de los conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales, perfectamente diferenciados, en la defensa de una más acabada garantía judicial, por la técnica jurídica moderna, según la cual, las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede elegir la administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado es configurado por la ley de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia del hecho(...), por eso es la función jurisdiccional la encargada de velar por la recta aplicación de la ley al mundo de los hechos.”

El autor GARCÍA DE ENTERRÍA, es el clásico defensor de esta posición, nos

²¹¹ SAINZ MORENO, Fernando; *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, Pág.164. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 52

dice que el margen en cuestión no es sinónimo de discrecionalidad y “expresa solo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación de los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la administración del beneficio de la duda”²¹²

Otro que se unió a la posición de DESDENTADO es ALEJANDRO NIETO, en su obra Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria, en los CJI no hay un ámbito libre de la ley, sino tan solo una expresión indeterminada, que es necesario interpretar para darle una solución justa, por si mismos estos conceptos es como si su significado no tuviese relevancia jurídica, es hasta el momento en que el aplicador efectúa la interpretación que los CJI se tornan interesantes en su aplicación en el ordenamiento administrativo sancionador.

La SCA ha manifestado en sentencia de las catorce horas veintidós minutos del veinte de abril del dos mil cinco que “al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución, a diferencia de la potestad discrecional, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados sólo una única solución será la justa, con exclusión de toda otra. Siendo la aplicación de CIJ un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la situación a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite”

De lo anterior se denota la importancia de la aplicación de los CJI en el

²¹² Op.cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Pág.500.

ordenamiento jurídico en materia de salud, pues de cierto modo el CS, incorpora ciertos conceptos indeterminados en la tipificación de las sanciones, no queremos decir con ello que detallara cada una de las acciones según la especialidad médica, sin embargo hay conductas recurribles, en cualquier especialidad y terminología genérica, que bien puede ser el vehículo idóneo para limitar la libertad de la administración, manteniendo la imparcialidad e independencia, al tomar criterio sobre una situación determinada, dejando a salvo la libertad de escoger entre si se tomó la decisión “a o b” de un mismo concepto.

Recordando en las bases de la argumentación jurídica se presentan cierto problemas que podemos relacionarlos a esta clase de conceptos, debido a que un de los problemas de interpretación es la vaguedad en cuando a una norma técnica determinada, la ambigüedad de los conceptos a utilizar, también resulta un problema de apreciación y en todo caso de interpretación de la norma jurídica. formas de interpretación es conceptos en la aplicación de un caso, problemas de indeterminación, o de relatividad en su aplicación, genera hasta cierto punto una sensación de inseguridad, pero a su vez el dejará las puertas abiertas para la interpretación del juzgador, quedaría mas en un limbo la seguridad jurídica y el principio de legalidad, por que las decisiones en un momento podría contaminarse con los intereses particulares del legislador y es por ello que debemos utilizar dichos conceptos como medidas de control al poder jurisdiccional.

4.5.CRITICAS A LAS DIFERENTES TEORÍAS QUE EXPLICAN LA INDETERMINACIÓN DE CONCEPTOS.

4.5.1. Crítica a la Teoría de los Conceptos Jurídicos Indeterminados.

La teoría que criticamos tuvo como propósito original el control de la discrecionalidad administrativa. Si bien se puede diferenciar entre la eliminación de la misma, su reducción o el simple control, no hay que olvidar que esta técnica fue planteada como solo una entre otra para lograr estos objetos ¿lo cumplió? Luego de más de un siglo de vigencia de esta doctrina, podemos asegurar que la respuesta es un rotundo no.²¹³ La relación entre la indeterminación y la discrecionalidad es estrecha pero problemática. Algunos autores consideran que toda discrecionalidad es fruto de la indeterminación; otros, que la indeterminación jurídica es solo una de sus fuentes.²¹⁴

En el derecho administrativo y en el derecho en general, la discrecionalidad es un tema sobre el cual la doctrina no termina de ponerse de acuerdo y, descontando una aproximación negativa y escueta, no existe una definición clara al respecto. Dworkin, a pesar de su fe en el que el derecho podía proveer una única solución justa a la cualquier caso, admitía lo relativo de la discrecionalidad es que, al no existir un concepto claro al respecto menos aún se puede plantear un método que sirva para controlar este concepto poco claro. De ahí lo incorrecto del punto de partida de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Este fracaso en la lucha contra la discrecionalidad es incluso admitido sobre algunos especialistas sobre el tema.²¹⁵

Desde el punto de vista administrativo es fácil darse cuenta que la doctrina de los CJI y su dicotomía está inspirada en otra bipartición clásica: la que diferencia las potestades regladas de las discrecionales. Sin embargo, esta distinción siempre viene siendo cuestionada por diferentes expertos. El

²¹³ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.72

²¹⁴ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.72

²¹⁵ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.73

problema es que el regulizador en gran medida asumido que la teoría que analizamos realmente elimina la discrecionalidad y, al confiar ciegamente en esta doctrina abundan normas con referencia al interés general o a la adecuada protección lo que, irónicamente, le quita poder y se lo da al juez.²¹⁶

En este orden de ideas consideramos que la crítica a esta teoría únicamente respalda la idea de saber que la indeterminación de un concepto respalda la interpretación del mismo, para poder ser integrado en una norma, la teoría de los conceptos indeterminados explica claramente que no hay una determinación concreta en el momento justo en que acontece cada concepto indeterminado, pero si establece que esta aplicación conlleva a generalizar situaciones que permiten ampliar el área de protección del Estado, no perdiendo de vista con ello la finalidad del Derecho, no es concentrar en un ordenamiento jurídico una lista interminable de conductas reprochables socialmente a las cuales se les impondrá una sanción, la finalidad es prevenir la violación a bienes jurídicos protegidos por la norma jurídica, así como resolver problemas, por lo que el razonamiento jurídico que aplique el juez es fundamental, para dejar de lado el hecho de que un juez es únicamente boca de la ley; pues en nuestros días el juez interpreta y argumenta considerando

4.5.2. Crítica de la Teoría de una la Solución Justa.

Muchos defensores de la Teoría de los CJI han criticado el principio de la unidad de la solución justa y estas críticas con el tiempo han ido en aumento. Esta voz discordante ha planteado un acercamiento entre estos

²¹⁶ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.74

conceptos y la discrecionalidad, postulando que los primeros también se deciden discrecionalmente, postura que se da incluso en nuestro país.²¹⁷

Martin González, expresa la utilización de estos conceptos coincide con la “expresa atribución de facultades discrecionales para su determinación, y por tanto, la aplicación de dichos conceptos con el ejercicio de las referidas facultades”. De igual parecer es Rebollo Puig, que afirma que “la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad no es tan nítida y absoluta en todos los casos”.²¹⁸

Bacigalupo, por su parte concluye, también con los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre, la discrecionalidad no se diferencian cualitativamente desde tres puntos de vista.²¹⁹

1. “Ni desde un punto de vista teórico- normativo o, lo que es lo mismo, de su respectiva localización dentro de la estructura lógico- formal de la norma jurídica administrativa (en ambos casos nos movemos en el ámbito del supuesto de hecho normativo.)
2. Ni desde un punto de vista jurídico metodológico (esto es, de la teoría del conocimiento y razonamiento jurídico), pues consisten tanto la aplicación de conceptos indeterminados en su zona de incertidumbre como el ejercicio de la discrecionalidad en operaciones de integración normativa de naturaleza volitiva y no cognitiva.
3. Ni, en fin desde el punto de vista desde el grado de vinculación o programación normativa que proporcionan.”

²¹⁷ Op.Cit. TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 54.

²¹⁸ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 55.

²¹⁹ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.55.

DESDENTADO coincide en señalar que “en la aplicación jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados aparecen diferentes interpretaciones posibles en la que es preciso elegir conforme a criterios que están fuera del mundo jurídico”²²⁰

Esta similitud con la discrecionalidad se ve reflejada en que existen casos donde la solución de la administración no puede ser posible de revisión judicial “debido a la dificultad de fijar la solución justa, quedaba un último reducto exento en que la solución de la administración no debía ser objeto de control por los tribunales si se quería evitar una apreciación discutible de la administración fuera sustituida por otra igualmente discutible de un tribunal”. La jurisprudencia del tribunal administrativo federal alemán lo ha entendido así también, aunque con algunos matices pues si bien los conceptos jurídicos indeterminados no pueden equiparse a la discrecionalidad stricto sensu tampoco pueden limitarse a un “margen de apreciación meramente cognitivo y, por ello estructural y categorialmente diverso de la discrecionalidad administrativa”.²²¹

A demás de los autores mencionados, en la doctrina alemana cada vez es más común destacar el parecido (o la identidad) de los límites del “margen de apreciación” y los de la discrecionalidad, lo que es otra señal que resaltan los defensores de un margen de apreciación volitiva. Otros autores indirectamente consideran que el margen de apreciación es un espacio libre para el aplicador de la norma la comparar este margen con la discrecionalidad. Así, al referirse al grado de vinculación entre la administración y la ley, Barnes Vásquez señala que en el caso de la discrecionalidad y el margen de apreciación de un concepto jurídico indeterminado “ese vínculo o sujeción es menos denso y directo, como

²²⁰ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.56

²²¹ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.56

consecuencia del expreso ámbito de libertad o apreciación, según los casos que la ley haya querido conferirlo. Este reconocimiento implícito también lo hace Granada Hijelmo cuando afirma que en los conceptos jurídicos indeterminados se “reduce la discrecionalidad al núcleo del concepto que expresa el margen de apreciación administrativa, eliminándola por tanto de las zonas que limita con seguridad ese margen”. Como notamos reduce, no elimina (solo se elimina de las zonas limítrofes con el margen) es decir, dentro del margen de apreciación hay discrecionalidad.²²²

4.6. UTILIZACION DEL SENTIDO COMUN O NATURAL SOBRE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.

Según la primera teoría existirían palabras que tiene un correlato exacto con la realidad y otros que no pero ¿es realmente así?, porque afirmar esto implicaría admitir que hay conceptos que no sufren de vaguedad ¿es cierto eso?²²³

Al respecto debemos tomar en cuenta la relación lenguaje natural lenguaje jurídico. Consideramos que existe un íntimo nexo entre estos lenguajes, que produce que las características del primero se vean reflejadas en el segundo. Concluimos con CARRIO que no es necesaria una elaborada demostración para afirmar que las normas jurídicas “están compuestas por palabras que tiene características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas”²²⁴

No importa si se piensa que el lenguaje jurídico es una subespecie del natural como afirma WROBLEWSKI, que afirma que “si profundizamos en el

²²² Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.56

²²³ Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.61

²²⁴ Op.Cit. CARRIO, Genaro, Pág. 49 Cit. por Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.51.

lenguaje legal, este aparecerá como una especie del lenguaje común” de la misma manera lo hace Alberto Escobar sosteniendo la idea que “no es jactancia el sentenciar que hay una relación por parte del derecho frente al lenguaje, y que esta relación es de dependencia”. Podemos concluir que tanto el lenguaje natural como el jurídico sufren de la misma vaguedad.²²⁵

Esta vaguedad la podemos definir como la característica que hace que no se pueda establecer con claridad cuando una palabra es aplicable a un caso. Pero lo que es importante destacar es que este fenómeno se da en todas las palabras, incluso en aquellas en las que estamos muy seguros como hombre o muerte, el solo hecho de que exista la posibilidad de duda o de un caso no previsto, le da los términos de vaguedad, aunque sea potencial²²⁶.

Al ser el lenguaje jurídico una expresión del lenguaje natural, todos los fenómenos de vaguedad antes descritos se dan también en las expresiones del derecho. Contrario a lo que dicen algunos exponentes de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, no existen dos tipos de conceptos, sino que todos tienen cierto nivel de indeterminación.²²⁷ Esto ya fue descrito por FRANCISCO GENY en su obra “Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo”, quien ha manifestado su postura diciendo que: “la ley como toda obra humana, será siempre incompleta por sutil que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive...una legislación positiva, proceda exclusivamente de categorías generales o por formulas abstractas, jamás englobará todos los casos posibles.

A pesar de estas afirmaciones, compartidas tanto por los lingüistas como

²²⁵ Ibídem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.62

²²⁶ CARRIO, Genaro, Pág. 34 Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.64

²²⁷ Ibídem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 62

juristas, el dogma de los conceptos jurídicos indeterminados insiste en que una gran parte del lenguaje jurídico responde a características de los lenguajes formalizados de las ciencias y las matemáticas. Esta fe en la claridad de algunos conceptos ha sido expresada por Soler que llega a comparar la dogmática jurídica como una geometría²²⁸, este autor hace énfasis en que: “la relación que efectivamente guardan los conceptos jurídicos con los conceptos matemáticos, especialmente con las figuras de la geometría... consiste en que ambos son conceptos dados o puestos por hipótesis integrados, además por un número de elementos necesarios”²²⁹

Este autor es criticado por otros expertos argentinos, entre ellos FERNANDEZ que manifiesta “los vocablos y conceptos jurídicos no tienen la misma precisión que los vocablos de los geómetras, aunque los juristas dirijan especialmente su esfuerzo hacia un lenguaje preciso”²³⁰

ZAGREBELSKY coincide con estos términos: “hay que rechazar la idea de tratar científicamente el derecho actual, al estilo de una disciplina lógico-formal”²³¹

Los defensores de la postura del lenguaje jurídico como lenguaje exacto olvidan, además, dos cosas:

- a) Que ni siquiera los lenguajes formalizados son completamente exactos. Incluso en las ciencias se pueden encontrar la duda. Esto último está demostrado científicamente por el principio de incertidumbre de

²²⁸ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 62.

²²⁹ *Op. Cit.* CARRIO, Genaro, Pág. 50.

²³⁰ FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *Función Creadora del Juez*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, Pág. 62

²³¹ ZAGREBELKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, 3ª ed., Trad. de Marina Gascón, comunidad de Madrid, Consejería de educación y cultura Trotta, Madrid, 1999, Pág. 27. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 62.

Heisenberg formulado en 1927.²³² Este principio nos demuestra que es imposible idear ningún método para determinar exacta y simultáneamente la medida de un objeto (sea peso, temperatura, tiempo, etc.)²³³ este principio ideado para la física es también conocido por algunos estudiosos del Derecho como Trazengnies que expresa que “la experiencia cotidiana en Derecho es bastante más compleja y menos consoladora para quienes se angustian ante la incertidumbre. Si aun en la física los científicos hablan del principio de indeterminación que no permite llegar a un definición completa de la naturaleza, ¿Cómo puede esperarse que el derecho se encuentre contenido íntegramente en la ley...²³⁴. Otra muestra es el teorema de Godel, aplicable a la matemática, que relativiza la exactitud de la geometría. Este teorema también ataca el principio de la única solución justa. Así se señala sobre la teoría de Godel que “para cualquier conjunto de axiomas, no pueden demostrarse ni que son así, ni que son así”²³⁵

Es decir, que incluso si el lenguaje jurídico fuera un lenguaje exacto, ni siquiera así se podría librar de una posible indeterminación.

- b) Que el lenguaje jurídico para ser entendido y obedecido debe expresarse basándose en el lenguaje natural pues, de lo contrario, las normas perderían eficacia. La concepción del lenguaje jurídico como un lenguaje técnico y científico ha sido superada con los años y desde hace un tiempo “el jurista es consciente de una necesaria evolución de su lenguaje hacia expresiones más lisas y llanas, al alcance de todo el

²³² Ibidem, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.63.

²³³ ASIMOV, Isaac, *Cien Preguntas Básicas sobre la Ciencia*, Trac. de Miguel Paredes Laureca, 6ª ed., Alianza, Madrid, 1982, Pág. 114. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.63.

²³⁴ TRAZEGNIES, Fernando de, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988, Pág. 201 Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 63.

²³⁵ Op.Cit. ASIMOV, Isaac, Pág. 114. Cit. por TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.63.

mundo o del mayor número posible de personas”²³⁶ este parentesco entre lenguaje natural y lenguaje jurídico viene desde los romanos, que tomaron de la vida practica los conceptos necesarios para su derecho.

237

La función social del derecho se vería hoy sumamente comprometida si aquellas estuvieran formuladas de manera tal que solo un grupo muy pequeño de iniciados pudiesen comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no solo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo.²³⁸

4.7.EL PROBLEMA QUE GENERA LA INDETERMINACION DE CONCEPTOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.

Mucho se ha discutido sobre cuál es la causa de esta indeterminación en los conceptos jurídicos. Podemos decir que existen varias explicaciones. Por ejemplo, que la indeterminación no se produce porque los objetos de la realidad sean indeterminados, sino porque los términos que usamos no siempre ofrecen un criterio seguro para designar algo. Es decir, la indeterminación se da en la relación entre los conceptos y los objetos. Para HART, la indeterminación de las normas y precedentes se producen por dos motivos: el primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Respecto al primero, no podemos predecir en el futuro lo que pasará, es decir, como nuestra norma responderá frente a circunstancias de su aplicación no previstas inicialmente. Respecto al segundo punto, cuando se plantea una norma esta trae consigo un objetivo que debe ser defendido frente a otras pretensiones; pero no

²³⁶ RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesareo, *El Lenguaje Jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1969. Pág. 16.

²³⁷ Op.cit. TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág. 64

²³⁸ Op.Cit. CARRIO, Genaro, Pág. 49.

sabemos si nuestro objetivo se mantendrá incólume frente a otros objetivos que surjan con otras normas.²³⁹

Una de las causas que queremos resaltar es la que postula que la indeterminación se produce por la estructura interna de los conceptos. ¿y como sucede esto? Se produce porque la realidad es muy cambiante y los conceptos (jurídicos o no) son más estáticos si bien en algunas ocasiones determinan fácilmente si algo se encuentra contemplado dentro de un concepto, en otras ocasiones esto no ocurre. Uno puede conocer el significado de un concepto “x” pero la duda surge si en una situación particular se puede aplicar o no este concepto “x” a un objeto. Es decir, la indeterminación surge siempre en el caso concreto.²⁴⁰

Donde se plantean los problemas es, pues, en el halo del concepto. A nuestro juicio es la zona de incertidumbre que a priori existe en un concepto. En principio, todos los conceptos tienen una zona de incertidumbre más o menos extensa²⁴¹

Pues bien la misión del aplicador del derecho radica en efectuar una labor interpretativa, cuya finalidad consiste precisamente, en eliminar en el caso concreto, el margen de incertidumbre; el aplicador el derecho tiene la misión pues, de reducir el halo del concepto en cada caso²⁴²

En ese sentido, afirma HANS JOACHIM KOCH: “ la dificultad que se plantea a la hora de interpretar y aplicar normas legales que contienen conceptos jurídicos indeterminados consiste en que esto tienen candidatos neutrales respecto de los cuales no es posible, semánticamente, decidir sobre la

²³⁹ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Págs.31-32

²⁴⁰ *Ibidem*, TAMAYO YÁÑEZ, Sergio, Pág.32

²⁴¹ Citado en ALONSO MAS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. 280.

²⁴² *Ibidem*, Citado en ALONSO MAS, María José, Pág. 280.

aplicabilidad o no a los mismos de la norma. De este modo, su aplicador ha de decidir qué hacer en relación a los candidatos neutrales por un medio distinto al de averiguar el contenido semántico de la norma. Lo que debe de hacer por ello el aplicador es determinar el significado del concepto legal”²⁴³

A diferencia de los CJI la potestad discrecional permite ciertamente a la administración elegir entre varias soluciones posibles inicialmente todas ellas indiferentes desde el punto de vista legal; es decir, admisibles, si bien finalmente, la legitimidad de la decisión administrativa vendrá determinada por un test de razonabilidad de la solución adoptada²⁴⁴. En cambio los conceptos indeterminados no otorgan capacidad a la administración “para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso” sino que viene obligada a la única decisión correcta después de valorar los hechos probados²⁴⁵.

Entonces el problema principal radica al momento que el administrador hace la aplicación de los conceptos jurídicos en el plano de la realidad, es acá donde inicia todo el proceso intelectual en el cual el aplicador no puede decidir de manera volitiva la consecuencia jurídica; sino que tiene que resolver apegado a lo que la ley ha establecido con antelación, es en este momento en que viene la fase, en que en la mente del administrador aparece el supuesto de hecho y su única solución la cual puede ser la consecuencia positiva, consecuencia negativa o encontrarse dentro del halo, penumbra o estadio neutral.

Lo que hace el aplicador de un concepto indeterminado cuando lo ha de

²⁴³ BACIGALUPO, *Mariano, Monografías jurídicas, la discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Prologo Martin Bullinger, 1 edición, Editorial Marial Pons, Madrid, 1997, Pág. 200.

²⁴⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Cuadernos de derecho judicial: “Extranjeros”. Madrid, 1994, Pág. 454.

²⁴⁵ *Ibidem*, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Págs. 451-452.

aplicar en su zona de incertidumbre, es, pues, algo más que interpretar su contenido semántico, a saber: perfeccionar o integrar en sede aplicativa un requisito (imperfecto) del supuesto de hecho normativo²⁴⁶

CAPITULO CINCO

APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA DE EL SALVADOR.

SUMARIO

5.Exordio; 5.1. Bienes Jurídicos protegidos en el Procedimiento Administrativo Sancionador del CSSP; 5.2. Los Conceptos Jurídicos Indeterminados aplicados en el Procedimiento Administrativo Sancionador CSSP; 5.3. Clasificación de las Infracciones establecidas en el Código de Salud que contienen Conceptos Jurídicos Indeterminados; 5.3.1. Infracciones Graves; 5.3.2. Infracciones Menos Graves; 5.3.3. Infracciones Leves; 5.4.4. Tipos de Sanciones Administrativas aplicadas por la J.V.P.M; 5.4. Análisis Jurisprudencial sobre la Efectiva Aplicación de los Conceptos Jurídicos Indeterminados; 5.5. Análisis de la Vinculación de los Conceptos Jurídicos Indeterminados con los Principios de Legalidad y Tipicidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador; 5.6. Análisis de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad Administrativa en la Aplicación de Conceptos Jurídicos Indeterminados.

5. Exordio

Finalmente la aplicación de los CJI es fundamental para el control de la potestad discrecional de la administración pública, el procedimiento administrativo sancionador es el cauce mediante el cual la administración pública ejecuta esta potestad, siendo así que los CJI son las limitaciones de dicha potestad sancionadora.

En materia de salud con frecuencia se identifican este tipo de conceptos por su carácter técnico y por la normativa aplicable en relación a las situaciones

²⁴⁶ Op. Cit. BACIGALUPO, *Mariano*, Pág. 200.

o circunstancias jurídicas que enfrentan los profesionales médicos en trámites administrativos que tengan que ver con la junta de vigilancia médica, no así, en los centros asistenciales públicos o en sus clínicas particulares; *(lo importante de ello no es el lugar en el que se ha realizado el servicio médico; lo importante es que dicho servicio recae en el ser humano al cual la constitución misma le protege bienes jurídicos como la salud específicamente en el artículo 2 de la Constitución de la Republica.)* Intrínsecamente a ello se encuentran los derechos y garantías fundamentales reconocidas y aplicadas en el procedimiento administrativo sancionador al cual se someten los profesionales de la salud donde también se hacen efectivas las mismas.

Asimismo, en este apartado se detallaran los bienes jurídicos que principalmente protege el Código de Salud, desde su base constitucional; así como, la forma en que el CSSP, hace efectiva su protección dentro del procedimiento sancionador, los diferentes CJI que se encuentran en las infracciones administrativas por lo que es necesario conocer su definición común así como su definición a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. Realzando la importancia de los mismos en la construcción de un sistema administrativo justo y la pronta aplicación de la justicia.

5.1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL CSSP.

Los bienes jurídicos son un pilar esencial de toda norma jurídica, pues son el motivo o razón de ser de la misma, debido a que cada normativa tiene a su cargo una tutela especial sobre un bien jurídico determinado, porque la sociedad en su evolución va creando hábitos, que se vuelven costumbres y estas se convierten en conductas, muchas de ellas favorables para la protección de estos bienes jurídicos y otras vulneran la existencia o

estabilidad de los mismos, por lo que el legislador a través de una disposición jurídica habilitante pretende brindar de herramientas al Estado, para que ejerza la potestad sancionadora en sus dependencias administrativas y que esta potestad no quede únicamente en la administración de justicia a fin de alcanzar la regulación de conductas que se adecuen a infracciones administrativas, para dejar como última ratio al derecho penal, así es como la administración pública ejerce su potestad sancionadora frente a los administrados y como esta es una delegación de poderes del estado está sometida a un control especializado, como ya lo hemos expuesto.

Entre los bienes jurídicos protegidos se encuentran la vida, la integridad física y moral, la seguridad, la propiedad, la salud, etc, particularmente el Código de Salud, protege principalmente al bien jurídico salud,²⁴⁷ por ser parte integral del ser humano recordando que es el hombre el fin último de la actividad del estado, de conformidad a lo establecido en el primer artículo de la constitución dotándole de esta manera la importancia que merece.

Cabe destacar que muchos consideran que la “Salud” es un principio debido a que se vuelve un objetivo a alcanzar pero a su vez no hay una conclusión concreta sobre la salud, pues tiene diversas concepciones que recaen en un bienestar físico y mental del hombre.

²⁴⁷ ORTIZ, Delmy, ponente en capacitación sobre las Innovaciones del Derecho Sanitario, impartido al personal del CSSP, expone que la “Salud” “puede ser considerado un principio, un derecho o un bien jurídico, en la faceta que surge del hecho de que la salud sea nombrada en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico, consagrando deberes para sujetos públicos y privados y ocasionando efectos disímiles al contraponerse con otros bienes. En este sentido es un principio jurídico, como lo refiere la constitución salvadoreña”

La constitución la considera como un derecho fundamental, si hablamos de la salud como un bien jurídico es para efectos de comprender el objetivo y existencia de un derecho sanitario, en el CS se establecen e identifican conductas que dañan de forma directa o indirecta la salud de una persona o de un grupo.

Debido a que la salud no solo está relacionado con la ausencia de la enfermedad, la salud es sí misma puede ser considerada como la sensación de un bienestar social, salud mental, física y emocional, es decir algo inacabado.

La SCA, respecto al uso de CJI en la positivación de derechos fundamentales, el tribunal ha afirmado que "dependiendo de qué aspectos de los derechos fundamentales sean positivados por las disposiciones infraconstitucionales, se juzgará la constitucionalidad o inconstitucionalidad del uso de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. Así, aquella regulación que comprenda una ampliación del ámbito de protección mínimo que la Constitución otorga a los derechos fundamentales, en cuanto a sus manifestaciones y alcances, o en cuanto a los medios destinados a asegurar la protección en su conservación y defensa este propósito puede hacerse efectivo como manifiesta la SCA mediante cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados que habrán de ser interpretados y aplicados por los operadores jurídicos, en nuestro caso dichos derechos fundamentales y su extensión se establece en el CS, y quien lo aplica en el procedimiento administrativo sancionador, son dos figuras competentes, puede ser la JVPM y el consejo en pleno del CSSP, por lo que se enfrentan a decidir entre un margen de posibilidades, que muchas veces no pueden abarcar esos supuestos de protección no expresamente comprendidos en la

norma jurídica, en este orden de ideas podemos identificar que los derechos fundamentales no son restrictivos al contrario son expansivos y la utilización de los CJI, es una forma de ayudar a la administración pública a tomar una solución justa.

La SCA realiza una aclaración sobre el uso de los CJI, partiendo que si esta aplicación de los conceptos se refiere la protección de derechos, su ejercicio permite restringir las posibilidades de decisión de la administración brindándole a través de estos conceptos a la administración pública, solo una solución, sin embargo la misma SCA establece que la visión de los CJI cuando estos se encuentren en disposiciones jurídicas que se refieren a la restricción y limitación de derechos, estos mismos conceptos generan un grado de incerteza jurídica debido a que la conducta tipificada o la que se pretende sancionar no se encuentra delimitada en todos sus elementos y se vuelve necesario que la administración aplique una valoración, tal es el caso en la JVPM, si se instruyen a un galeno (medico) por la infracción estipulada como grave en el art. 284 en su numeral 1) únicamente se refiere por ejemplo a la impericia, negligencia pero al continuar la lectura del título de las infracciones, únicamente encontramos otro tipo de clasificaciones de las infracciones, mas no se detalla que entenderemos por negligencia porque estos son CJI y la doctrina y en su significado común ya poseen una definición que limita a saber si ocurrió tal situación o no, sin embargo los parámetro para saber si nos encontramos frente a una impericia o negligencia, no están plasmados en la norma jurídica, el riesgo a la seguridad jurídica del que se habla es porque se va limitar o restringir un derecho fundamental de la esfera jurídica de otra persona, por lo tanto, por lo que la aplicación de la norma debe ser legítima, y previamente tipificada la conducta.

De esta manera se proporcionaría certeza sobre el ámbito de protección otorgado por la Constitución a los mencionados derechos los cuales no serán reducidos por las aplicaciones de los operadores jurídicos (en el caso sería el CSSP, a través de su consejo en pleno o de la JVPM).

En este orden de ideas estas actuaciones administrativas emitidas por el Consejo y la JVPM, que se basan en la aplicación de CJI (que reduzcan la esfera jurídica de un individuo) están sujetas a un control jurisdiccional especializado (SCA), a través del recurso que interponga el afectado de la resolución que le cause agravio ante la autoridad competente, es decir, si la resolución ha sido emitida por la JVPM se interpone (el recurso) ante y para el consejo y cuando el que conoce es directamente el consejo y se ha agotado la vía administrativa; se recurre ante la SCA, ya sea por razones de legalidad o de oportunidad; sin embargo, la seguridad jurídica que desde el art. 1 inc. 1° Cn. se proyecta sobre todo el catálogo de derechos fundamentales exige que la protección a los mismos se garantice desde su consagración, y que sus titulares puedan tener la certeza que no serán limitados sino cuando ocurran los supuestos clara y específicamente determinados por las leyes previas" ²⁴⁸ es por ello que aunque la existencia y aplicación de este tipo de conceptos ayude a restringir la facultad discrecional, debido a que por ejemplo en el art.284 del CS, establece en la descripción de su infracción grave la "negligencia" , este mismo ordenamiento jurídico no tipifica lo que el administrado entenderá por negligencia según la doctrina los CJI , proporcionan una solución justa pero en relación a una infracción dicha solución justa para cumplirse deben realizar ciertos elementos por los que deberán estar precisado para poder

²⁴⁸ Sentencia Definitiva, del día 23 de marzo de 2001, Inc. 897, Considerando VII 3.

adecuar la conducta directamente, entre los bienes jurídicos tutelados tenemos al primero de ellos Vida, según el diccionario filosófico en restricto sentido de la palabra vida significa: «organismo vivo» (con lo cual, a la vez, eliminamos, desde luego, de nuestro horizonte, las pretensiones de quienes conceden sentido al concepto de una vida no orgánica, incorpórea, espiritual, pero sin que esto equivalga a identificar la idea de vida con algún concepto del campo categorial de la bioquímica)²⁴⁹ sin este derecho las normas jurídicas no tienen razón de ser, pues sin la existencia de los hombres no hay relaciones, ni conductas que tutelar o restringir, la SC se ha pronunciado respecto a este derecho manifestando que el mismo, ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional como un derecho fundamental que por su propia naturaleza y connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce, en su carácter valorativo por lo que se encuentra como el primer derecho fundamental que el Estado en su función de garante debe cuidar de cada uno de sus subordinados, debido a que el fin y actividad del estado es el hombre, debe resguardarlo pues si desaparece su fin desaparece el estado, el estatus quo; por lo cual es obligación de los órganos estatales orientar sus políticas públicas en procura de la persona humana, en su dimensión individual y también social, en función de su objetivo supremo, todo ello en conformidad con lo dispuesto en los Arts. 1 y 2, que contemplan los derechos fundamentales, garantizando la vida desde el momento de la concepción; efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de

²⁴⁹ Op.Cit. PELAYO GARCÍA- SIERRA, consultado en <http://filosofia.org/filomat> .

una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna."²⁵⁰

En jurisprudencia contenida en la SC, ha señalado que el “concepto de vida digna o calidad de vida se visualiza como el resultado de las medidas estatales orientadas a la protección de las condiciones materiales y culturales que permitan el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. La vida encierra múltiples facetas de desarrollo entre ellas está la salud, Así por ejemplo, uno de los ámbitos donde se desplaza la actividad estatal para proteger dichas condiciones es el medio ambiente. La promoción de diversos intereses constitucionales, entre ellos el ecológico, contribuye a esa calidad de vida y, en definitiva, al desarrollo de la persona, pero en todo caso, la vida digna no es un derecho fundamental.

No obstante ello, en países en los cuales el derecho a disfrutar de un ambiente sano está excluido de la protección constitucional, suele ocurrir que ciertas pretensiones ambientalistas puedan cobijarse en el contenido de otros derechos más desarrollados y protegidos como son el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, respecto de los cuales es posible rescatar una tutela en clave ambientalista. Sin embargo, cabe señalar que nuestra Constitución no hace tal exclusión y por lo tanto, no es necesario tratar de hacer encajar pretensiones ambientalistas dentro del derecho a la vida, como se deduce de la demanda planteada (...). En efecto, en nuestro sistema jurídico es posible exigir directamente una protección constitucional frente a supuestas violaciones al medio ambiente, aun cuando (..) el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano no sea una categoría jurídica subjetiva plasmada explícitamente en el texto constitucional. Este tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que el objeto del proceso de amparo

²⁵⁰ Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del 4 de abril de 2001, Ref. Amp-34899, Considerando II 1.

persigue que se imparta a la persona justiciable la protección jurisdiccional contra cualquier acto de autoridad que estime inconstitucional y que, específicamente, viole u obstaculice el ejercicio de los derechos constitucionales consagrados a su favor. En el presente caso, el demandante ha señalado como categorías vulneradas por el acto reclamado, el bien común y la vida digna; sin embargo, tal como se expresó (...), dichas categorías no constituyen derechos fundamentales y por ello, no pueden ser objeto de protección constitucional por la vía del proceso de amparo"²⁵¹

5.2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS APLICADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CSSP.

Según los juristas dogmáticamente los CIJ, suelen entenderse como si no hubiese un criterio uniforme sobre ellos, el ¿cómo? deberá entenderse dicho concepto en particular, asimismo, BACHOF afirma que importa tener en cuenta el conocido hecho de que, unos frente a otros, los conceptos indeterminados son de muy distintas clases” ENGISCH realiza una serie de distinciones entre conceptos de libre apreciación (ermessensbegriffe, conceptos discrecionales), cláusulas generales, la primera de estas sería el género por ser la más amplia y las demás serían la especie o en todo caso constituirían sus variantes²⁵², HENKE se refiere a que “el concepto jurídico indeterminado se destaca por ser abierto” es como una figura legal con límites fluidos, se remite a los valores a situaciones jurídicas, a partir de ello podemos determinar una situación en derecho sanitario, que corresponde a su técnica peculiarmente aplicable para la discreción del ente competente en aplicar esta normativa de salud CS, el jurista dice que estos conceptos

²⁵¹ Sentencia Definitiva de Sala de lo Constitucional, del día 6 de julio de 2003, Ref. Amp. 2422001, considerando II 1).

²⁵² Op.Cit.HABA, Enrique Pedro, Pág. 237

generan “lagunas intra legem”, que dan cabida a la interpretación (suplencia) por el juez, el siempre creciente empelo de elementos de figura legal formulación indeterminada es el deseo de someter al derecho lo posible realizando de tal manera una valoración técnico jurídica.

El CSSP a través de la JVPM se emite una resolución sustentada y motivada por la prueba desfilada en el procedimiento, entiendo este como el cauce a fin que es emitir una resolución que valore de forma positiva o negativa una conducta específica y previa mente tipificada en la norma jurídica.

Entre los conceptos jurídicos que hemos identificado específicamente en la legislación de salud, de forma general desde que la ley les confiere son los siguientes: “ética profesional” “emergencia”,”negligencia”, “impericia”, “ignorancia”, “abandono inexcusable”, “cause daño”; provocar daño”, “impedimento temporal”, “o permanente”, “error”, “malicia”, “tratamiento adecuado”, etc.

Cada uno de estos conceptos tiene su significado común que se encuentra contemplado en el diccionario de la lengua española, a su vez es un tema porque un mismo concepto sirve como un límite en la actividad interpretativa de la administración pública, es decir un peso y contrapeso sobre la discrecionalidad aplicada, las reglas de la interpretación nos indican que en el desarrollo de la misma, la doctrina ha reflejado ciertos problemas como los hemos mencionado anteriormente, particularmente, la semántica y la indeterminación de los mismos (conceptos jurídicos indeterminados) son lo que nos llevan a su aplicación, en esta rama del derecho.

Para ello tenemos a bien referenciar algunos de los CIJ identificados en el CS, para obtener un criterio general sobre los mismos:

- a) “error”: concepto equivocado o juicio falso. (DIC.ENC.) del latín “falsum”.
- b) “ética profesional”: es obrar éticamente²⁵³; es decir, que se obra buscando el bien común no el interés particular, la ética responde a salvaguardar o proteger al ser humano y muchas veces el término de ética se confunde con lo moral el bien debe ser hecho y el mal debe ser evitado, esto es bien vago establece el profesor GUSTAVO BUENO en su explicación sobre la ética y la moral, si la ética se define por la conciencia genera la misma disyuntiva relativa por la conciencia se dicta diferente en cada hombre, este último es más un concepto psicológico²⁵⁴ ética se define por el objeto de la norma, conjunto de normas que tienen por objeto preservar la vida de los individuos corpóreos, y la moral referente al grupo que pertenece el individuo “*moris*” costumbre.²⁵⁵ “el

²⁵³ Op.Cit. PELAYO GARCÍA- SIERRA, “La ley fundamental o norma generalísima de toda conducta moral o ética, o, si se prefiere, el contenido mismo de la sindéresis, podría enunciarse de este modo: “debo obrar de tal modo (o bien: obro ética o moralmente en la medida en) que mis acciones puedan contribuir a la preservación en la existencia de los sujetos humanos, y yo entre ellos, en cuanto son sujetos actuantes, que no se oponen, con sus acciones u operaciones, a esa misma preservación de la comunidad de sujetos humanos.» El principio fundamental de la sindéresis se desdobra en dos planos correspondientes a los dos contextos (el distributivo y el atributivo) en los cuales se da la existencia de los sujetos corpóreos: el que contiene a la ética y el que contiene a la moral”.

²⁵⁴ Ibídem, PELAYO GARCÍA- SIERRA, Gustavo Bueno expone brevemente la distinción que desde el materialismo filosófico se hace entre la ética y la moral. (Grabado en Oviedo, el 27 de noviembre de 2009.) en ejemplo la conciencia de los alemanes los llevaba a votar a hitler y la conciencia de hitler llevaba a matar a los judios, es decir, que esto no es un parámetro general, el materialismo de Karl refuta estas por la ética material de los valores, debido que los valores existen antes de ser reconocidos por una norma, otras corrientes definen a la ética como parte de la filosofía moral, un libro la ética nicomaquea de aristoteles o la ética de espinosa español, actualmente refiere que al preguntarse de ética se confunde con la moral, refiere a quienes cumplen la ética lo cumplen sin saber lo que hacen, pero la definición que brinda se refiere al objeto de la norma, esa diferencia se establece por la etimología de las palabras, la confusión proviene de la definición que dio Cicerón pues tradujo que *ethos* es moral que es lo que los griegos llaman ética..

²⁵⁵ Asimismo, GUSTAVO BUENO MARTINEZ, establece que las normas éticas y morales muchas veces se interceptan, pero son ordenes diferentes una de la otra, cita como ejemplo la forma en que la venganza por ejemplo, cuando se ha , por a alguien, el grupo reacciona matando a alguien, y la ética pretende proteger a los individuos en un grupo. ello la ética

bien de uno es el mal de otro” son palabras tan vagas o indeterminadas,

- c) "emergencia"; Suceso, accidente que sobreviene. Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata, Atención médica que se recibe en la emergencia de un hospital.
- d) Daño: Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.
- e) "negligencia", Omisión de la diligencia o cuidado.
- f) "impericia", (Del lat. imperitiā).Falta de pericia.
- g) "ignorancia", (Del lat. ignorantīa).Falta de ciencia, de letras y noticias, general o particular. Desconocimiento de la ley, el cual a nadie excusa, porque rige la necesaria presunción o ficción de que, promulgada aquella, han de saberla todos. que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse. Hacer algo con conocimiento de que no es razón el hacerlo, o después de advertido de que no lo debía hacer.
- h) abandono inexcusable", Delito cometido por el funcionario público que sin habersele admitido la renuncia a su destino, lo abandonó.
- i) "impedimento temporal", "o permanente",
- j) "malicia", (Del lat. malitiā). Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo. Inclinação a lo malo y

profesional como un concepto jurídico indeterminado dentro de las actuaciones de los galenos se refiere a que los mismos, actuaran conforme a su código de conducta, obrar buscando el bien común, y no un beneficio particular como ya lo mencionábamos, es decir que un médico deberá éticamente prestar la atención médica necesaria cuidando de los parámetros establecidos para salvaguardar la vida de un ser humano, vemos que aquí se vincula un e los bienes jurídicos tutelados constitucionalmente, por lo que el obrar del galeno responderá a conservar la vida que dicta la ética y la norma.

contrario a la virtud. Cualidad por la que algo se hace perjudicial y maligno.

k) “tratamiento adecuado” Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad.

Ahora bien una vez que conocemos, su conceptualización en el lenguaje español, se va creando en nosotros las nociones de los mismos (CJI) en momentos determinados; es decir, que a partir de su realización en el mundo tendrán alguna incidencia jurídica a medida que dichos conceptos jurídicos indeterminados, trastoquen la esfera jurídica tutelada (derechos y garantías fundamentales del individuo), por lo que la regulación de estas conductas llevara a la emisión de un acto jurídico, que comprenderán sus elementos esenciales, como lo es el objeto, pues el mismo debe ser lícito, físico, posible, sobre él se aplicara la norma jurídica que tipifica o enuncia este tipo de CJI reguladores de la discrecionalidad administrativa.

A través, de la emisión del acto administrativo o con la emisión sucesiva actos administrativos, damos por sentado que dicho procedimiento responde al respecto del principio del debido proceso, por el procedimiento el medio idóneo del administrado de reclamar su tan anhelada justicia administrativa, generando al administrado frente a la administración una seguridad jurídica que consiste en que las actuaciones que realizan ya están regladas, SC establece que la seguridad jurídica desde la perspectiva de un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado; como un deber de “naturaleza positiva” asimismo, la SC, es un cumplimiento de elementos, requisitos, condiciones o circunstancias exigidas por la Ley, para que en el caso de registrarse una afectación a la esfera jurídica del gobernado (administrado) sea válida. Proporcionando de esta manera un goce pleno de

los derechos fundamentales. En ese orden de ideas la seguridad jurídica debe entenderse como la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Desde este punto de vista, resulta entonces válido inferir, que una de las manifestaciones de lo que implica seguridad jurídica, es el derecho de audiencia.”²⁵⁶

Aparejado a ello podemos identificar que todo se vincula a un establecimiento en el ordenamiento jurídico para ser efectiva sea aplicación tanto de los principios, derechos, obligaciones, prohibiciones, el administrado se encuentra en el proceso de la JVPM, se respalda sus actuaciones en la ley y el procedimiento que lleva la referida Junta se establece en el art. 17 de la LCSSP, por lo que al instruido(medico) a este también se le respetan iguales derechos, el defensa, seguridad jurídica, todo es aplicado bajo la luz del debido proceso , por lo que le asiste un principio llamado “principio nec reformatio in peius”, que se refiere a la reforma de la peyorativa, esta no puede ser más gravosa de la sanción que ya se le ha impuesto al infractor, es decir, que la situación procesal-administrativa no puede empeorarse en la instancia del recurso de apelación, si el tribunal supremo del CSSP, decide modificar la sanción impuesta por la Junta esta no podrá ser más gravosa, por lo que deberá ser menor. contribuye al desarrollo del principio de seguridad jurídica, puesto que al impedir que el tribunal de alzada modifique –en perjuicio del recurrente– puntos que no le han sido alegados, se protege al apelante en su situación jurídica adquirida, brindándole seguridad en relación con la esfera de sus derechos y fomentando asimismo el acceso a la segunda instancia ya que se sabe que con ello se puede lograr una

²⁵⁶ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 21 de agosto de 1998, Ref. Amp. 6297, en su Considerando III.

modificación de la sentencia de primera instancia favorable a su pretensión, pero no una más gravosa"²⁵⁷

5.3. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE SALUD QUE CONTIENEN CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Los conceptos filosóficamente se definen en campos, tecnológicos, científicos, mitológicos, existen conceptos preciso y se encuentran los conceptos que se mezclan entre el significado común y el técnico como ya lo referimos lo peculiar de ello es su utilización en el procedimiento administrativo sancionador establecido a partir de la aplicación de las infracciones establecidas en el Código de Salud , mediante este procedimiento aplicado tanto por la JVPM, como en el CSSP, se mezclan ideas, principios, normas y conceptos, con la finalidad de emitir un acto administrativo(resolución) que modifique, extinga o cree derechos a los administrados.

Al mezclar este tipo de figuras de cierta manera poseen su significado filosófico, en el cual se distingue lo consiste una idea, concepto y categoría²⁵⁸, puesto que la filosofía en sí, se dedica analizar ideas, ideas que son orientadas a radicar una conducta, permiten resguardar derechos o garantías y las ideas que coordinan situaciones, son las llamadas ideas reflexivas en relación a la apreciación objetiva; es decir el concepto, por

²⁵⁷ Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 15 junio de 1999, Ref. Amp. 19798, Considerando III 3.

²⁵⁸ Ibídem, Según el profesor GUSTAVO BUENO, establece que "la idea surge del pensamiento, naturalmente se encuentran distinciones similares, en el platonismo, en el pasaje de *la República*, distingue en la *noesis* los conceptos o pensamientos astronómico, por hipótesis, la *dianoia* las ideas, las ideas categoriales y las trascendentales, Kant, diferencia entre conceptos e ideas, los conceptos es el entendimiento y las ideas es la razón. En el materialismo filosófico tiene correspondencia con definiciones tradicionales, los conceptos están definidos en campos definidos, y las ideas "

ejemplo “estructura” es un concepto utilizado en diferentes ámbitos de las ciencias se utiliza en la gramática, en la sociología, en la matemática, etc., y cada una de esas ciencias lo connota de una definición técnica o científica de un mismo concepto y esto depende de su ámbito de aplicación, sin embargo su significado común permanece incólume porque una estructura significa un orden, una figura, será una “estructura geométrica”, en nuestro pensamiento al leer este concepto se crea la idea de estar frente a un triángulo, un cubo, etc. porque el pensamiento ha asociado la palabra figura es igual a estructura y ha asociado el ámbito que es igual a geometría, ambas ideas juntas conforman un concepto que tiene una solución “ es una figura geométrica o no lo es”, es evidente la forma en que el pensamiento, la idea y el concepto van transformando al unirse y crear una definición de un objeto o situación.

También la filosofía menciona lo que son las ideas prácticas o ideas fuerzas, como las llamo FOURIER, idea de libertad, igualdad, seguridad, etc.²⁵⁹, ¿Por qué las llama ideas fuerzas?, porque de ellas se regulan aspectos macros de una sociedad determinada o de conductas específicas de la colectividad, se generan preceptos es decir, principios que fundamentan la actuación de una rama del derecho, son ideas que existen mucho antes de que un ordenamiento jurídico, por ello e le llaman ideas fuerzas, porque la sociedad misma las ha practicado a través de los años y las ha dotado de nombres diferentes, que vienen a recaer en que son principios, derechos o garantías fundamentales, que someten tanto al estado a procurar la existencia, respeto y procuración de estos a través de sus órganos encargados de su aplicación concreta.

²⁵⁹ Ibídem, PELAYO GARCÍA- SIERRA, Gustavo Bueno expone brevemente la distinción entre ideas, conceptos y categorías.

Asimismo, al referirnos a una categoría nos estamos refiriendo a un tipo de clasificación que ha sido condicionada por aspectos normativos, doctrinarios y específicos(hechos), el configurar una conducta en una clasificación determinada permite al aplicador de la norma concede su límite y alcance así como los requisitos para que esta pueda ser clasificada en determinada categoría, es decir en el CS existen categorías par clasificar las infracciones administrativas, y depende del daño o perjuicio ocasionado, se clasifican en tres tipos, las infracciones graves, menos graves y leves.

Cabe decir en este apartado que la infracción es considerada como una transgresión, incumplimiento, o quebrantamiento de una norma. En el art. 278, se define a la infracción contra la salud como toda acción u omisión que viole las disposiciones, prohibiciones y obligaciones establecidas en el presente Código y sus Reglamentos. Y para catalogar las infracciones se aplican concretos mecanismos de graduación para realizar la clasificación de estas, tal y como se hace en el artículo 279 que la misma ley hace una clasificación de las infracciones en tres categorías: graves, menos graves y leves. Esto permite también englobar las sanciones en diferentes niveles, que van desde el mínimo, medio y máximo.

Dentro de estas infracciones podemos decir que se encuentran inmersas una gama de normas que incluyen conceptos jurídicos indeterminados los cuales han de ser dotados de contenido en cada caso concreto, mediante la aplicación a circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. El concepto jurídico indeterminado tiene que ser llenado de contenido mediante la aplicación y explicación al caso concreto: no se puede decir que hay urgencia sin explicar en qué consiste esa urgencia, es preciso también explicar lo que se entiende por ella.

En este orden de ideas podemos referirnos a que la conjunción que se realiza de la apreciación de un hecho determinado, aplica lo que es un concepto, una ideas y una categoría, por ejemplo “urgencia” como sabemos ya está determinado por el lenguaje común que se entenderá por urgencia, la literatura médica también define niveles de urgencia o parámetros internacionales sobre el concepto urgente, de ello proviene la conformación de una “idea de” lo que se refiere ese hecho en un momento determinado, que el juzgador o aplicador del código de salud, analiza y lo adecua a una categoría que son las infracciones, es decir que el momento valorativo amplio, en cierto punto sobre la apreciación de urgencia, se ve restringido con la categoría, en una infracción grave, leve o menos leve, porque la conducta deberá cumplir con los requisitos que señala la norma expresamente sobre el momento en que se generó la urgencia y la incidencia de tal situación en los bienes jurídicos tutelados, vida, integridad física, moral, etc. que es la afectación a derechos fundamentales del ser humano.

De ello deviene la importancia de un debido proceso, que nos permita discutir probar, relacionar una situación con fundamentos de hecho y derecho para la aplicación de una sanción, por lo en el CS.se realiza esta clasificación de infracción al igual que brinda al administrado de principios y garantías, obligando a la administración (CSSP) a aplicarlas mediante el referido procedimiento, para brindar una efectiva protección a la Salud como un Derecho fundamental de todo ser humano.

5.3.1. Infracciones Graves.

La primera de la categorías que refiere el CS, son las infracciones que se consideran graves, por la afectación a la salud, se encuentran establecidas en el art. 284, ¿por qué digo establecidas? Porque en esta

disposición se establece en un primer momento lo que constituirán las sanciones graves y desglosa veintitrés situaciones en las cuales en el supuesto que el profesional médico efectúe cualquiera de estos supuestos, se le aplicara la sanción que es proporcional al daño causado que se determinara mediante el procedimiento que es llevado por la JVPM.

En la referida disposición encontramos una serie de CIJ que condicionan la conducta de los médicos, en el art. 284 numeral 1) “Constituyen infracciones graves contra la salud: 1) Provocar y causar daño, impedimento temporal o permanente, o la muerte de una persona por error, negligencia, impericia, abandono inexcusable o malicia durante el ejercicio de su profesión.”²⁶⁰

De esta disposición identificamos en primer lugar que cita al bien jurídico salud, el supuesto de derecho es si se “provoca o causa daño”, provocar según el diccionario es incitar o inducir a uno a que haga algo, es decir, que es como una forma indirecta de causar el daño o una forma previa a la consumación del daño entendiéndose como daño a una afectación concreta sobre un objeto o sujeto, en su constitución física y causar se refiere a configurar una situación concreta que genere una consecuencia, para el caso de considerarse una infracción, la consecuencia tuvo que ser negativa, por lo tanto se ha delimitado la actuación por el lenguaje y su significado común, ahora bien luego en la disposición cita a los CJI como “error, negligencia, impericia, abandono inexcusable o malicia”

Dichas infracciones serán sancionadas según lo dispuesto en el “art. 282.- Serán sancionados con suspensión en el ejercicio profesional, los profesionales de salud que cometan las infracciones establecidas en el Art. 284 de este Código o fuere una falta grave establecida en los reglamentos

²⁶⁰ Op.Cit. CODIGO DE SALUD, Art. 284 numeral 1). Pág. 54.

respectivos.” Como podemos apreciar para este tipo de infracciones se le asigna la sanción administrativa máxima que puede imponer la administración.

En los numerales siguientes se refieren a otros artículos del mismo cuerpo normativo (CS), en los cuales se puede identificar la existencia de Conceptos Jurídicos Indeterminados como lo es el numeral 2) del artículo en referencia que nos remite a los arts. 37 y 38 del referido Código, en cuanto al secreto profesional que deberán guardar los profesionales de salud. “Art. 37.- El Secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de la familia y la respetabilidad del profesional exigen el secreto por lo cual deben mantener confidencialmente cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de su profesión”, por lo que el concepto jurídico indeterminado al cual nos referimos es específicamente “ interés público”, en nuestro lenguaje común entendemos por interés, a la atención que se le atribuye a una situación u objeto determinado, este interés es realizado por un sujeto sobre otro respecto a un suceso, y así podemos evidenciar que la conceptualización d interés es única pues todo recae en una acción de voluntad o atención sobre algo, asimismo cuando hablamos de público, se refiere a la colectividad o generalidad de su objeto, por lo tanto al conjugar ambas palabras los conceptos comunes adquieren su calidad de CJI, por lo que “interés público” se vuelve para el aplicador de la norma un CJI, debido a que genera una solución ante una situación determinada, el profesional médico atendió el interés público o no lo atendió, si este no lo atendió significara que sus actuaciones estuvieron encaminadas a una satisfacción de un interés particular (otro CJI en sentido negativo para la norma ya que las normas jurídicas se han creado para velar por el interés público), por lo tanto la

atención medica brinda que genera un secreto profesional para el medico deberá estar encaminada a resguardar siempre un interés público.²⁶¹

De la misma manera en los numerales siguientes de la disposición antes referida pueden encontrarse CJI de manera implícita o explícita que condicionan el análisis de un hecho específico, por lo cual este solo podrá ser aplicado en el momento preciso en que el aplicador, interprete y adecue el hecho con la disposición legal establecida como una infracción en el CS.

El CJI "daño" establecido en el artículo 284 numeral 1), es retomado en la misma disposición en el numeral 15), con la diferencia que en el primero se citó el daño de manera general, y en el segundo de ellos el daño se ve reflejado en una de sus formas específicas, porque en el se tipifica la conducta realizada por el profesional en medicina, en el sentido en que el "No prestar los servicios profesionales, técnicos o auxiliares; cuando le sean requeridos y de la negativa resultare *grave daño a la salud* de las personas o la comunidad sin causa Justificada". Es decir, que el CJI se condiciona con la atención medica prestada, si esta atención fue prestada de manera pronta y efectiva por el profesional competente se ha resguardado el bien jurídico salud, en caso contrario tendría que aplicarse el concepto jurídico

²⁶¹ Es decir, que este "*interés público*" constituye un concepto relativo dependiendo de la importancia que se le dé en una determinada sociedad, por lo que no puede limitarse su definición en la aplicación o en la integración en la norma jurídica específica. Por ejemplo si en nuestro país se emitiese por las autoridades de salud una alerta de una pandemia de una enfermedad transmisible, en el mismo Código en su art. 129 establece que se declara aquella situación de interés público, en el cual todas las autoridades de salud se encuentran obligadas a tender con prioridad dichas situaciones esto en concordancia con el RSI (Reglamento Sanitario Internacional), que es el reglamento internacional en el cual se establecen los parámetros que una población de los países suscritos a este deberán tomar para evitar la propagación o proliferación de enfermedades, en este orden de ideas estas situación (pandemia de una enfermedad transmisibles) tendrán un interés público mayor, al que tendrían en el mismo momento los pacientes que se encuentran bajo un tratamiento médico específico o las atenciones médicas generales, debido a que el daño que causaría a la colectividad una pandemia es mayor al daño que causaría otro tipo de enfermedad que ya está siendo atendida por las autoridades de salud.

indeterminado por el operador de la norma al constatarse que no se prestó el servicio medico requerido y por esa acción se causó detrimento a la salud del paciente, por lo que nos lleva a identificar que existió una solución justa y que al no ejecutarse la misma el administrado (medico), ha infringido la norma previamente establecida en el CS por lo cual dicha acción es acreedora de una sanción administrativa.

Todo profesional médico auxiliar o técnico, que sus actuaciones estén íntimamente vinculadas a la protección, conservación y promoción de la salud, se norman tanto por el CS, por la LCSSP y su reglamento así como por un Código de Ética del profesional médico; por lo que podemos identificar que una de las infracciones catalogadas como graves en el art. 284 numeral 16) se refiere a la *conducta notoriamente inmoral*, teniendo esta como un CJI el cual es relativo la inmoralidad o no de un acto, entendiendo como Conducta según el diccionario jurídico de OSORIO lo siguiente “Modo de proceder una persona, manera de regir su vida y acciones. Comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente”²⁶², de la misma manera encontramos la definición de inmoral y esta es entendida como “Falta de moralidad, desarreglo en las costumbres. Acción inmoral (Dic. Acad.). Constituye, pues, término opuesto a la moralidad. Definible como conformidad de una acción o doctrina con los preceptos de la sana moral, cualidad de las acciones humanas que las hace buenas.”²⁶³

²⁶² Op.cit. OSORIO, Manuel, Pág. 195.

²⁶³ *Ibidem*, OSORIO, Manuel, en su diccionario jurídico proporcionar la siguiente postura sobre lo que entenderemos como inmoralidad que se refiere a que “ El concepto ofrece extraordinaria importancia en el ámbito jurídico, porque cabe afirmar el principio de que en Derecho ningún acto inmoral es válido, ni produce otras consecuencias que su nulidad, y da a veces origen a responsabilidades no solo de orden civil, sino también penal...afirma

Por lo que para cataloga si las actuaciones del profesional médico, son inmorales o morales, tienen que estar delimitada en un momento en que se pueda individualizar la acción que es típicamente inmoral, adecuando la interpretación con los conocimientos generales que la sociedad otorga a los actos morales e inmorales, constituyendo una forma de establecer lo bueno y lo malo, o lo reprochable, este CJI, limita a la valoración del aplicador cuando se refiere a que la conducta inmoral será aquella que se realice en el lugar en que ejerce su profesión, porque la inmoralidad a la que se refiere es que todo profesional debe respeto al desempeño de cargo o función en su lugar de trabajo, como médico prima sus principios, su ética profesional en el desempeño de su profesión, no puede apartarse de ello y si lo hace la ley misma en el CS lo castiga administrativamente a corregir dicha conducta.

En el contenido del código de salud se desarrollan disposiciones que llevan inmersas obligaciones, prohibiciones y derechos para los administrados las cuales en el art. 284 en el numeral 22) establece que serán consideradas como sanciones graves “Todas las demás acciones u omisiones de la misma naturaleza o análogos que contravengan disposiciones de este Código y de los Reglamentos respectivos”. Es decir que la misma ley no es taxativa al enmarcar dentro de este artículo todas las infracciones que se consideren

Masnatta que son inmorales aquellos en los cuales uno de sus elementos, por lo menos, es contrario a la moral... Ahora bien, los conceptos de moralidad e inmoralidad no tienen carácter absoluto ni siquiera permanente, sino que cambian en el tiempo y son diferentes en el espacio. De ahí que la inmoralidad de un hecho tenga que ser apreciada, dentro de cada legislación, de acuerdo con las costumbres prevalecientes en los respectivos países y con referencia a cada momento. Precisamente estamos viviendo en una época de transición en la que se ha producido un cambio profundo en las ideas relativas a la moral... en otro aspecto, honradez en las actuaciones económicas y políticas, son actualmente aceptadas o, por lo menos, disculpadas por una gran parte de la sociedad aun dentro de la incluíble en el ámbito de la llamada civilización occidental. Las ventajas o los inconvenientes de tales cambios caen dentro de la órbita de las apreciaciones subjetivas. Pero no cabe desconocer que afortunadamente, en la opinión de muchos, todavía en las legislaciones occidentales se mantiene cierta unanimidad en las ideas sobre inmoralidad de los actos jurídicos.” Pág. 499.

como graves ampliando su ámbito de aplicación a otras que sean análogas por lo que esta norma se vuelve una disposición habilitante para la administración pública (CSSP); por ejemplo en cuanto al compromiso establecido en el artículo 33 literal a) del CS que dispone como una obligación del profesional médico “Atender en la mejor forma a toda persona que solicitare sus servicios profesionales, ateniéndose siempre a su condición humana, sin distinciones de nacionalidad, religión, raza, credo político ni clase social”, así mismo en sus literales b) Cumplir con las reglas de la ética profesional adoptadas por la Junta respectiva y; d) Atender inmediatamente casos de emergencia para los que fueren requeridos; dentro de estas normas obligatorias podemos encontrar inmersos los CJI de “ética profesional”, “emergencia”, este último trae aparejado un concepto indeterminado “urgencia”, pues entre sí sirven de parámetros a los médicos para determinar si la atención que deben brindar es primaria! En atención a la gravedad de la situación, para dejar más claro dicho análisis en un caso en el cual una unidad de salud, se presente un paciente con fiebre, un fuerte dolor de cabeza y cuerpo, la atención en dicha unidad es inmediata y uno de sus indicadores más fuertes que conocemos es cuando la fiebre sobrepasa los 39° grados, y en el supuesto que al mismo tiempo llegase una ambulancia con un paciente herido de bala, cambia totalmente la perspectiva de urgencia y/o emergencia del médico ante esta segunda situación porque está herido de bala probablemente haya afectado órganos vitales que necesiten de una atención inmediata; mientras que el primer paciente se le puede atender con otro tipo de medicamentos para estabilizarlo, de esta manera hay una solución o una opción que el médico debe adoptar, de atender al paciente que presente mayor grado de peligro su vida, o su salud, por lo que las disposiciones antes relacionadas ya lo disponen de esa manera: es una obligación determinada por ley, art.33 literal d), si esta

acción no la efectuase el profesional podría causar un grave daño a la salud o a la vida del paciente art, 284 numeral 1) y 22), en este momento el aplicador adopta una interpretación integral de los hechos ocurridos en relación a las conductas previamente tipificadas como infracciones, para poder instruir un informativo de carácter administrativo (expediente) por no cumplir con diligencia la profesión médica, sin eximirle al administrado de su responsabilidad penal, si el daño por su acción u omisión escapa de la tutela administrativa. Al verse incluidos CJI en un procedimiento sancionatorio estos tienen que ser dotados de contenido en el caso concreto, ya que mediante la aplicación de los hechos específicos y de los factores que se vieron involucrados en el momento que se dio la emergencia o urgencia, tiene que servir como parámetro al intérprete para poder interponer la sanción de acuerdo a la infracción cometida, ya que cuando se usan este tipo de conceptos no puede limitarse el ámbito de la realidad a un acontecimiento específico sino que tienen que adaptarse a las circunstancias que dieron paso a que la acción del médico se realizará de esa manera y no de otras; es decir se realizó la acción más justa, pero esto solo podrá ser comprobado mediante el análisis interpretativo de los conceptos inmersos en las normas.

5.3.2. Infracciones menos Graves.

En relación a las infracciones menos graves estipuladas en el CS, no se visualizan en igual frecuencia que en artículo anterior, podemos determinar que es debido a que el grado de lesividad a los bienes jurídicos es un tanto menor, sin embargo, se ha logrado tipificar con mayor proximidad las conductas que se consideran menos graves, se vuelven un tipo de infracciones en cuanto al procedimiento médico y protocolos que estos deben seguir en el desempeño de su profesión.

Las infracciones menos graves son las siguientes en el Art. 285 en sus 36

numerales, en este último establece que serán “Todas las demás acciones u omisiones de la misma naturaleza o análogas que contravengan disposiciones de este Código y de los Reglamentos respectivos”.

Estipula la misma habilitación legal para efectos de determinar si otra disposición del referido Código, podrá equipararse a una infracción menos graven en relación a este numeral, para efecto de controlar las actuaciones de los médicos y el fiel cumplimiento de las normativas internas y extranjeras.

5.3.3. Infracciones Leves.

De igual manera no se identifican CJI y en las infracciones leves debido a que el grado de afectación del bien jurídico, es menor a las dos categorías anteriormente referidas.

5.3.4. Tipos de Sanciones Administrativas aplicadas por la J.V.P.M.

La sanción administrativa es el medio en el cual la administración ejerce su potestad sancionadora aplicando una corrección o castigo a aquel mal infringido por el administrado (medico) que ya se encuentra establecida su graduación en la ley, dichas sanciones la ley misma establece la forma de equipararlas según el tipo de infracción cometida, pues no se le sancionara gravemente a un administrado con una suspensión en el ejercicio de su profesión, al adecuar su conducta a una infracción leve.

Las sanciones administrativas aplicables por el CSSP, se encuentran establecidas en el Art. 287.entre las cuales señala a) Amonestación oral privada; b) Amonestación escrita; c) Multa de mil a cien mil colones, según la gravedad de la infracción; ch) Suspensión en el ejercicio profesional, desde un mes hasta cinco años; y d) Clausura temporal desde un mes hasta el cierre definitivo del establecimiento. Como podemos apreciar la forma en

que se nombra cada una de las sanciones, es gradual por el nivel de corrección aplicado a la acción que ha causado una afectación o limitación de un bien jurídico.

La misma disposición señala que “en caso de reincidencia; se aplicará la sanción inmediata superior. La autoridad competente impondrá a los infractores a su juicio prudencial y según la mayor o menor gravedad de la infracción, las sanciones relacionadas en los literales anteriores; graduando la cuantía de la multa y el término de la suspensión profesional o clausura del establecimiento, tomando en cuenta la capacidad económica del infractor y la trascendencia de la infracción en perjuicio de en la sociedad. Cuando las multas no fueren canceladas dentro del plazo establecido en la sentencia, la certificación de la ejecutoria de la misma, tendrá fuerza ejecutiva para efectos de acción judicial.” Debido a que lo que se pretende con las sanciones administrativas es corregir la conducta, no hacer del cuerpo normativo (CS) un ordenamiento represor estrictamente porque para tal situación el estado ha brindado de esta facultad a la administración de justicia.

5.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Los CJI es importante recalcar que en relaciona su aplicación doctrinal como lo hemos explicado anteriormente, es necesario recalcar la aplicación concreta de los mismo en la jurisprudencia emitida por la SCA tomando en cuenta que esta es fuente de derecho sobre la aplicación de estos conceptos.

Por lo que citaremos la sentencia definitiva emitida por la SCA, de referencia 124- G-2002, a las ocho horas y cinco minutos del día cinco de diciembre de

dos mil tres, en el cual se promovido el curso debido a un acto administrativo (resolución) emitida por el CSSP, en el cual se le sanciono con suspensión del ejercicio de su profesión por un periodo de un año y medio al doctor José María Garay Bernal, de treinta y seis años de edad, doctor en medicina, de este domicilio, debido a que emitió incapacidades en las cuales se establecida que se había realizado una operación a su persona, cuando realmente este hecho no ocurrió y el referido doctor acepto haberlo hecho porque debía realizar él una operación que le generaba beneficios, económicos por lo que el CSSP, estableció mediante procedimiento administrativo sancionar llevado a cabo en la JVPM y ratificada por el CSSP, que había cometido la infracción contemplada en el artículo artículos 284 numeral 16 y 285 numerales 1 y 2 del Código de Salud.

En las referidas infracciones atribuidas al doctor, se encuentran inmersos los CJI que hemos relacionado anteriormente “una conducta inmoralmente notoria”, esto por el hecho que se relaciona la disposición habilitante para aplicar estos CJI, que limitaron a la discreción de la JVPM en un primer momento, debido a que la disposición aplicable según la sentencia “el Consejo Superior de Salud Pública se crea por mandato constitucional (art. 68), estableciéndose que su competencia será la de velar por la salud del pueblo y que su organización se determinará por ley.” Aquí se acredita la potestad que le surge al derecho desde su nacimiento acreditándole como el órgano competente de emitir el acto administrativo, que vele por el resguardo a la salud, tiene la facultad de sancionar a los profesionales que se relacionen de modo inmediato a la salud del pueblo, será vigilado por organismos legales formados por académicos pertenecientes a cada profesión (JVPM), por lo que estos pueden aplicar la sanción administrativa del CS, en cuanto la suspensión del ejercicio de su profesión, “cuando ejerzan su profesión *con manifiesta inmoralidad o incapacidad*”. La

suspensión de profesionales podrá resolverse por los organismos competentes de conformidad al debido proceso.

Luego se legitima la personería con la que actúa la administración, para sustentar que es el órgano competente para imponer este tipo de sanciones, finalmente, "para el cumplimiento de sus funciones, el Código de Salud regula un régimen sancionatorio (Título III "De las Infracciones, Sanciones, Competencia y Procedimientos"). El art. 278 del Capítulo I de dicho Título ("De las Infracciones y Sanciones") determina que será infracción contra la salud "toda acción u omisión que viole las disposiciones, prohibiciones y obligaciones establecidas" en el Código y sus Reglamentos. Dichas infracciones se clasifican en tres categorías: graves, menos graves y leves (art. 279)". Asimismo, relaciona en dicha sentencia que en el literal k) del art. 10 de la ley establece que una de las atribuciones de las Juntas de Vigilancia será la de imponer las sanciones que la ley determine. Así mismo, el literal m) del art. 11 determina que una de las atribuciones del Consejo Superior de Salud Pública es la de conocer en última instancia de las resoluciones pronunciadas por las Juntas de Vigilancia.

La primera de dichas disposiciones establece que constituye infracción grave contra la salud "16) La conducta notoriamente inmoral observada en el lugar donde ejerce su profesión". La segunda norma invocada establece que será infracción menos grave contra la salud: "1) Expedir certificados, constancias, dictámenes u otros documentos falsos sobre el estado de salud o causas del deceso de una persona".

Por otra parte, el art. 289 del Código de Salud establece que el Consejo, las Juntas de Vigilancia y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social serán competentes para conocer de las infracciones que contravengan las

disposiciones del Código de Salud y sus Reglamentos. En particular, el Consejo será competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones pronunciadas por las Juntas y el Ministerio (art. 290).

El Código de Salud reconoce una serie de medios de prueba entre los que aparecen: "a) Los documentos públicos, auténticos y privados, autenticados y certificados por Notario (literal a) del art. 304). Esta última disposición ha sido invocada por el actor para fundamentar su pretensión.

Por lo que la SCA fallo a favor del CSSP aduciendo que dicho acto administrativo fue emitido en legal forma.

Casos como este se identifican con frecuencia en la JVPM , en los cuales la aplicación de los CJI es importante para determinar la conducta realizada, si bien es cierto la sanción grave que es la de suspensión en el ejercicio de su profesión, es para las infracciones cometidas en el art. 284, esta acción de evitar una cirugía programada para el para obtener un beneficio lucrativo a el mismo médico, conlleva determinar que el mismo atento contra su propia salud y es deber del estado proteger al ser humano el bien jurídico salud, por lo que sin importar que fue su propia salud atento contra la misma, es consecuente pensar que otras situación el medico aceptara o preferiría actuar no en consonancia con el interés público sino bajo un interés particular, cabe aclarar que no se le está sancionando por lo podría ocurrir, si no por lo que ocurrió en relación a expedición de constancias de incapacidad, tratando de registrar o haber ver como cierto un hecho que no ha ocultado, el fin que persigue al castigare este tipo de acción es para corregir la conducta y que dicha situación análoga pudiese ocurrir.

5.5. ANÁLISIS DE LA VINCULACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS CON LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Los CJI están vinculado o relacionado con los principios del derecho en general no podemos sustraer de este análisis el principio de legalidad, teniendo en cuenta que dicho principio es motor de las actuaciones de la administración pública, para el caso del CSSP y de las actuaciones que realiza la JVPM, todas las actuaciones, desde el momento de inspección de una situación que indique una posible y real afectación a los derechos fundamentales.

El principio de legalidad estipulado en el art.86 de la constitución limita a los funcionarios públicos que no podrán actuar más de lo que la ley misma les confiere, todo acto administrativo que ellos realicen deberá estar respaldado por una disposición legal, debido a que el acto administrativo, crea, modifica o extingue derechos del administrado, por lo que si su actuación no está limitada por la ley nos enfrentamos a que sea recurrible y que puede declararse la nulidad del acto administrativo por razones de legalidad.

La ley nos permite la aplicación de dichos CJI, la doctrina misma ha respaldado la utilización de los ismos desde el momento en que la SCA, emite criterios jurisprudenciales sobre este tipo de conceptos, la legalidad de lo que puede ser sancionado y de lo que no puede ser sancionado genera al administrado un grado de certeza, que vincula a otros principios como el de seguridad jurídica, debido proceso y uno de los más importantes para individualizar el cometimiento de los hechos, es el principio de tipicidad, ¿Por qué la tipificación es importante si la actuación ya se encuentra normada? Por el hecho que la ley establece derechos obligación de forma

general, para la imposición de una sanción es individual, por el carácter personalísimo que contienen las sanciones administrativas, debido a que las mismas están en la ley pero en su mayoría existe un actor de la infracción o más de uno, pero a cada uno se le determinara una sanción específica dependencia del grado de afectación que generaron sobre el bien jurídico salud.

5.6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

El principio de proporcionalidad en derecho administrativo implica una necesaria correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar, es decir, que debe de hacer una precisa y debida proporcionalidad entre los hechos atribuidos como falta y la sanción aplicable; es decir, “toda sanción deberá ser proporcional a la tipificación de la conducta”; Pero el principio de proporcionalidad no debe considerarse como un acto discrecional de la potestad administradora; sino, que debe entenderse como exigencia de la máxima adecuación entre el contenido del acto y los presupuestos de hecho del mismo, a la vista de su fin, el contenido del acto jurídicamente correcto será tan solo aquel que mejor responda es decir, el más adecuado a los hechos determinantes de todos los normativamente posibles. Este principio también se basa en que la actividad sancionadora de la administración no es una actividad meramente discrecional, sino por el contrario es una actividad administrativa de aplicación e interpretación de las normas en el supuesto de hecho concreto, de tal manera que las sanciones que se impongan deben ser igualmente proporcionales a las infracciones imputadas, por consecuencia debe haber una adecuada correspondencia entre el equilibrio entre la conservación del bien jurídico protegido y la restricción a la que se someterá por la infracción cometida.

Aunque la administración cuenta con un margen de discreción para decidir sobre la gravedad de la sanción, se considera que el principio de proporcionalidad constituye un instrumento de control para reducir la discrecionalidad de la administración, esto mediante el análisis de la infracción cometida y la sanción impuesta y es precisamente en el seno de la actuación de la administración donde el principio de proporcionalidad cobra fuerza, debido a que los márgenes de discreción con los que actúa la administración, especialmente cuando se trata de interpretar y aplicar normas jurídicas en los que engloba conceptos jurídicamente indeterminados, es acá donde se encuentra la disyuntiva entre la discrecionalidad y el control administrativo que se ejerce con el principio de proporcionalidad para ponerle fin a dicha discrecionalidad.

Este principio opera como criterio rector en la imposición de sanciones en la adecuación con la infracción, resultando necesaria la adecuación de los hechos en el caso concreto con la consecuencia jurídica. En materia de salud el principio de proporcionalidad se encuentra en primer plano en la clasificación de la sanción en grados de lesividad, de las cuales cada una corresponden a la magnitud de la infracción cometida, de esta manera es como el legislador salvadoreño ha querido adecuar las infracciones en los tres grupos siguientes: faltas graves reguladas en el artículo 284 del Código de Salud, faltas menos graves consignadas en el artículo 285 del C.S, finalizando con las leves que se encuentran en el artículo 286 del mismo cuerpo normativo. Con esta graduación la imposición de sanciones administrativa en el campo de la salud no puede resultar desproporcionadas, ni arbitrarias. Por eso en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho

constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente diferentes criterios para graduar las diferentes sanciones. Producto de esta regulación, el principio de proporcionalidad opera en dos ámbitos de los cuales podemos mencionar el primero que consiste en la predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, donde se debe realizar una adecuada integración entre la gravedad de la conducta infractora y la sanción impuesta, impidiendo sanciones desproporcionadas en atención a los bienes jurídicos que se tratan de proteger, a cuyo fin la ley se sirve de criterios de graduación de la sanción, y el segundo de sus ámbitos a considerar, es el de la imposición de la sanción por la Administración pública, ya que el principio de proporcionalidad debe motivar tanto la resolución concreta sobre la sanción aplicable, como el criterio de la administración para poder revisar por medio de los recursos disponibles las resoluciones administrativas, ante ellos mismos y ante la sala de lo contencioso administrativo.

En conclusión ni la JVPM y el propio CSSP como facultado del poder sancionador de la Administración Pública no es libre de imponer las sanciones en el grado que bien le parezca, sino que ha de sujetarse con precisión a la invocación de los preceptos jurídicos que contengan infracciones al bien jurídico salud protegido por las leyes, ya que, de lo contrario, se vulnera el principio de proporcionalidad, que impone el acomodo de los actos administrativos a la importancia y características del presupuesto de hecho que se viene a regular.

En el país es poca la publicidad sobre el final de este tipo de casos que vinculan el respeto al derecho a la salud, la responsabilidad civil que se atañe en el procedimiento administrativo sancionador de la JVPM, de hecho muchos de ellos aún se encuentran pendientes de resolución en la SCA.

En el CS se establece la responsabilidad que tendrán los profesionales de salud al enfrentarse ante una determinada infracción según el “Art. 288.- La responsabilidad que por este Código se establece, es de naturaleza profesional, independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine de las infracciones que se cometan. En consecuencia la autoridad de Salud competente no estarán obligadas a esperar los resultados de cualquier proceso penal que se estuviere instruyendo como consecuencia de la infracción para emitir su fallo”. Por el hecho de que es un procedimiento administrativo sancionador y el objeto de este es corregir una conducta profesional que es reprochable por la ley, y que en este sentido puede resolverse tal situación en sede administrativa sin tener que pasar a sede penal, sin embargo la administración pública esta obliga al conocer un caso en el cual se cause afectaciones graves contra la salud que no ¿ las que ya están tipificadas por la norma, deberán trasladarse para que sea sancionado proporcionalmente a su actuación.

“Cuando de los hechos investigados por la autoridad de Salud competente, resultare un delito por comisión u omisión; estos organismos deberán hacerlo del conocimiento de las autoridades judiciales por medio de aviso escrito; para que inicie la instrucción. Asimismo cuando un tribunal instruyere informativo contra un profesional de los sujetos a este Código y sus Reglamentos: deberá informarlo a la autoridad administrativa respectiva.” En la misma disposiciones e integra lo que anteriormente relacionamos cuando ya o es la acción un simple daño también constituye un delito.

Asimismo como en todo ordenamiento jurídico y procedimiento trae aparejada la facultad del administrado de recurrir como ya lo explicamos en

apartados anteriores de las sentencias pronunciadas por las Juntas de Vigilancia y el CSSP.

CAPITULO SEIS

CONCLUSION Y RECOMENDACIONES.

6.1. CONCLUSIONES.

- 1) Entenderemos como CJI, aquel concepto que por su naturaleza misma no tiene una definición en concreto, con ello no quiere decir que no posea una definición general, los cuales permiten la limitación a la potestad discrecional de la Administración Publica.
- 2) Los CJI, constituyen una figura jurídica que necesita atención dentro del derecho administrativo sancionador, porque en cada uno de ellos se engloba una acción humana que recae sobre un bien jurídico protegido o un derecho fundamental como lo es la salud.
- 3) Es muy importante analizar que en el Derecho Administrativo por la frecuencia con la que se utilizan los Conceptos Jurídicos Indeterminados requiere de la aplicación de la potestad sancionadora en relación a la facultad reglada y discrecional, del control de un tercero que vigile por un cumplimiento estricto de la ley.
- 4) En CSSP, como institución autónoma, posee ciertas carencias en la prontitud de la resolución de los procedimientos administrativos que conlleva a una lesión a los derechos fundamentales que tutela la constitución misma.

- 5) Dentro del CSSP se aplican con frecuencia los conceptos jurídicos indeterminados, en el título de las infracciones, lo cual es un peligro para la seguridad jurídica de los administrados por que deja la puerta abierta para la tipificación de conductas a través de la valoración del aplicador de la norma, que no es claro en cuanto a sus límites de valoración pues la ley carece de esos parámetros concretos que limiten dicha valoración por el mismo carácter técnico tanto del Código de Salud como la LCSSP.

- 6) La falta de concomitamiento sobre la posible vulneración de derechos aun en el incluyendo con ello la aplicación de estos conceptos en el título de las infracciones, por lo que es importante el estudio jurisprudencial realizado a efectos de poseer certeza sobre la función y aplicación de los mismos en un momento en que su aplicación restringe derechos fundamentales a su vez condiciona y limita la discrecionalidad de la administración otorgándole una sola solución justa.

- 7) El estudio de una institución jurídica, requiere de una integración de la normas establecidas en relación al objeto de estudio, el análisis de las posturas doctrinarias, el análisis de la jurisprudencia emitida por el órgano competente según su naturaleza, por lo que una institución jurídica incluso podemos hablar que ha existido mucho antes de su reconocimiento en la ley, de igual manera en el Derecho Administrativo Sancionador (DAS), surgen una serie de figuras o instituciones, que en el desarrollo de las actividades administrativas se han identificado y estudiado, una de ella y es la que nos llevó a realizar la presente investigación es la aplicación de los Conceptos Jurídicos Indeterminados, ¿por qué? Retomamos esta figura, porque los mismo por su propia naturaleza han tenido su existencia y aplicación mucho antes del reconocimiento legal y en la medida que la ley trata de reglar las

conductas de los seres humanos que causen una fuente de peligro o un daño concreto a bienes jurídicos, estos conceptos eran retomado.

- 8) El derecho administrativo sancionador surge de la delegación de la potestad sancionadora del estado o el llamado IUS PUNIENDI, como una forma de extender esta facultad coercitiva a otros aspectos de la vida cotidiana, para que la administración pública castigue al infractor de una norma jurídica.
- 9) El ius puniendi, es la característica fundamental del ejercicio de la potestad sancionadora en el derecho sanitario, la misma potestad se fundamenta en el Art.14, en relación al Art. 68 del mismo cuerpo normativo, dotando al CSSP de personalidad jurídica para que únicamente lo ejerza ante los gremios que se encuentren bajo su dirección y protección.
- 10) para ello se creó la LCSSP, creándose con posterioridad el Código de salud en el cual se brinda de herramientas a la administración para ejercer su control y aplicar sanciones, atiendo del establecimiento de las infracciones administrativas en el CS.
- 11) El problema de aplicación de este tipo de conceptos dependerá del lugar en el cual se encuentren establecidos o retomados en un ordenamiento jurídico, es decir, que sí la disposición crea derechos o extiende el ámbito de protección de los mismos, la utilización de los CJI favorece a la esfera jurídica del administrado; mientras que cuando la utilización de estos conceptos se establece en una disposición que restringe derechos como lo son las infracción es necesario no únicamente que sean mencionados sino a su vez que se delimite la conducta en la cual se aplicaran, aunque ya se conozca su significado común o técnico.

- 12) Los Conceptos Jurídicos Indeterminados constituyen una herramienta, importante de la cual pueden criticarse y crear nuevas teorías aplicadas a la realidad y poner en práctica a efecto de corregir ciertas conductas humanas que por el desarrollo social se han modificado al punto que la ley no llega a determinar ciertas conductas y se ve obligada a reformarse para poder integrar esas conductas lesivas, haciendo hincapié en la responsabilidad que como médicos poseen en el desarrollo de su profesión, una profesión que debe ser loable y no lucrativa, las conductas o acciones de los médicos generan en muchas ocasiones daños graves a la salud y que simplemente quedan en noticia y no se resuelve conforme a derecho tales situaciones.
- 13) Los CJI cercan esa impunidad que existe en el derecho administrativo por la falta de tipificación de conductas, el CS a pesar de contener infracciones y sanciones administrativas, no tipifica conductas, de manera clara e inequívoca, dejando con ello una brecha considerable para la desviación de poder, perjudicando con ello los principios jurídicos que son retomados por la Constitución de la república.
- 14) La Administración Publica es la facultada por la constitución a imponer sanciones y que por lo tanto no pueden valerse de la indeterminación de una conducta para realizar acciones en detrimento de la salud.
- 15) Se presenta la necesidad de evitar que exista vulneración a los derechos de los pacientes o víctimas como a los profesionales que desempeñan la labor médica, por la aplicación de sanciones fundadas en faltas cometidas a la legislación de salud salvadoreña y en especial en infracciones que recaigan en normas que tiene implícitos conceptos jurídicos indeterminados, y que en el ejercicio de esta potestad sancionadora debe ser ejecutada mediante el

exacto cumplimiento de los principios constitucionales y del derecho administrativo sancionador, aunque a veces este trabajo se vuelva exhaustivo, ya que en la misma doctrina jurídica existen discrepancias en cuanto a la aplicación exacta de los conceptos jurídicos indeterminados, que siempre se han sustentado en la potestad discrecional que tiene el administrador a la hora de hacer la valoración jurídica de los hechos acontecidos en la realidad social

- 16) El bien jurídico salud, en cualquiera de sus acepciones, derecho, principio es de suma importancia y el estado se encuentra en la obligación de concientizar a la población a través de sus instituciones que la salud del pueblo no es un objeto de experimentación con el cual podrán manipular sin esperar mayores sanciones, pues para un medico las multas impuestas en el CSSP, muy probablemente no generen mayor perjuicio patrimonial y muchos menos logre concientizar al mismo de no volver a cometer este tipo de infracciones, por lo que debe realmente ponderarse y realzar la salud, su protección y promulgación en nuestro país.

6.2. Recomendaciones

- 1) En cuanto a la aplicación de los CJI dentro del procedimiento administrativo sancionador aplicado en la JVPM y CSSP, se recomienda unificar criterios tanto de las Juntas de Vigilancia como del Consejo, en el sentido de aplicar igual sanción a una misma infracción en circunstancias similares, no estamos con ello aseverando que no se realice actualmente, por lo que es necesario una que exista una mayor tipificación de las conductas en las cuales recaen las infracciones al Código de Salud, para evitar la vaguedad de este tipo de conceptos.

- 2) Es importante que dentro de las atribuciones de la Junta se controle de forma legal las actuaciones de los inspectores proveyéndoles de herramientas jurídicas y técnicas para realizar las investigaciones respectivas ante un incumplimiento facultándolos de manera específica mediante una reforma en el Código de Salud sus funciones a desempeñar en el cargo, obligando con ello a la creación de un Reglamento interno de la JVPM, para evitar los vicios en la obtención de la prueba, generando en el administrado certeza en las actuaciones de la misma en un caso concreto y resguardando sus garantías procesales, así como su derecho de contradicción frente a la administración.
- 3) El estado deberá hacer cumplir su objetivo principal en cuanto a que el hombre es su fin y actividad, resguardando estos derechos fundamentales con lo establece la constitución en su Art. 2, a fin de que ninguna persona en nuestro territorio se encuentre desprotegida de la atención medica de calidad, esto se lograra si las medidas adoptadas por la legislación en materia de salud concientizan realmente al profesional médico, técnico y auxiliar de que sus acciones u omisiones en un momento determinado puede causar un daño a la salud, aplicando sanciones equiparables al daño causado al paciente.
- 4) Es el Estado mismo quien deberá capacitar al gremio médico para que conozca de una manera especializada la doctrina que rige sus actuaciones, la legislación que se le aplica, en instancia administrativa y cuales son según la ley sus derechos y obligaciones para con el Estado y con sus pacientes, es importante recalcar que una vez el medico sea consciente de sus derechos podrá exigirlos y una vez sea consciente de sus obligaciones, no puede excusarse de las infracciones que pueda cometer asumiendo con responsabilidad las consecuencias de sus actos.

5) Se busca con esta investigación robustecer en cierta medida la importancia de la aplicación de los conceptos jurídico indeterminados en el derecho sanitario, debido a que se aplican en mayor medida estos conceptos en las infracciones administrativas, por lo que se propone una reforma que amplíe la tipificación de los CJI que mayormente se han identificado en los casos que se llevan a cabo en la JVPM o en el Consejo a fin de proveer al aplicador de elementos suficientes para encajar conductas reprochables por la norma, aunado a ello cabe mencionar que hoy día muchas conductas que no eran consideradas lesivas a la salud, pues según los avances científicos se han vuelto fuente de peligro para este bien jurídico por lo tanto la ley en su carácter especial de adecuarse y reformarse para estar apegada a la realidad en la que se aplica, deberá consensuarse a nivel de los organismos de salud del país y con consultores extranjeros que conductas pueden incluirse en el código de salud como reformas para lograr la aplicación correcta en la protección de la Salud.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, “**Manual de Derecho Administrativo Sancionado**”, Tomo I, Parte General Parte Especial 1, Thomson Reuters Aranzadi, Ministerio de Justicia, 2ª ed., España, 2009.

ACOSTA ROMERO, MIGUEL, “**Teoría General del Derecho Administrativo**”, 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993.

ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, “**La solución justa en las resoluciones administrativas**”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

AYALA, JOSÉ MARIA, “**Manual de Justicia Administrativa**”, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2008.

ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, “**La solución justa en las resoluciones administrativas**”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BIDART CAMPOS, GERMAN, “**Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1989.

BACIGALUPO, MARIANO, “**La Discrecionalidad Administrativa: Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución**”, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “**Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo**”, Rama, Madrid, 1995.

DROMI, ROBERTO, **“El Procedimiento Administrativo”**, Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999.

DESDENTADO DAROCA, EVA; **“Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial”**, Aranzadi, Navarra, 1999.

DROMI, ROBERTO, **“Instituciones de Derecho Administrativo”**, Buenos Aires, 1973.

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE, **“Garantías Constitucionales en Materia Penal”**, Astrea, 1996.

FONTAN BALESTRA, CARLOS, **“Derecho Penal”**, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

FONTAN BALESTRA, CARLOS, **“Manual de Derecho Penal. Parte General**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO Y RAMÓN FERNÁNDEZ, **“Derecho Administrativo”**, Tomo II, 5ª ed. Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, **“La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”**, Civitas, Madrid, 1979.

GRACÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, **“Curso de Derecho Administrativo”**, Tomo II, Civitas, Argentina, 2006.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, **“Lógica del concepto jurídico”**, Fondo de

cultura económica, México D.F, 1959.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, **“Democracia, ley e inmunidades del poder”**, Palestra, Lima.

GARBERI LLOVREGAT, JOSÉ, **La Aplicación de los Derechos y las Garantías Constitucionales a la Potestad y el Procedimiento Administrado Sancionador**, Trivium, Madrid, 1989.

GARCIA TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, **“Tratado de Derecho Administrativo, revista de derecho administrativo”**, Madrid.

GARRIDO FALLA, **“Tratado de Derecho Administrativo”**, Tomo I, Parte General, Madrid, 1976.

GORDILLO, AGUSTÍN, **“Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo”**, Buenos Aires, 2003.

GORDILLO, AGUSTÍN, **“Tratado de Derecho Administrativo”**, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1974.

GONZALEZ PEREZ, JESÚS y la ASOCIACIÓN DE DERECHO PÚBLICO Y ADMINISTRATIVO DE COSTA RICA, **“Revista Iberoamericana de Derecho Público Administrativo”**, año 7, número 8, 2007

GONZALEZ TREVIJANO SANCHEZ, PEDRO JOSÉ, **“Conceptos jurídicos indeterminados y realidades económicas difusas en la constitución de 1978”**, en estudios de derecho público económico: libro homenaje la Prof.

Dr. Sebastián Martín Retortillo, coord. Por Luis Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003

HABA, ENRIQUE PEDRO, “**Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico**”. Universidad de Costa Rica, San José, 2004.

HENKE, HORST EBERHARD, “**La cuestión de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad**”, traducción de Tomas A. Banzahaf, colección ciencia del proceso n°66, EJE, Buenos Aires.

JELLINEK, WALTER, “**Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwagung**”, Tubinga, 1913.

PANTOJA BAUZA, ROLANDO, “**EL Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad**”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994

PARADA VÁZQUES, JOSÉ RAMÓN, “**Manual de Derecho Administrativo**”, Marcial Pons, 1999.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “**El interés del menor**”, Dykinson, Madrid, 2000.

TAMAYO YÁÑEZ, SERGIO, “**Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional**”, 1ª edición, ARA. Lima, 2009.

SAUSSURE, FERDINAND de, “**Curso de lingüística general**”, trad. de Amado Alonso, Alianza, Madrid, 1978.

SAINZ MORENO, FERNANDO, **“Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa”**, Civitas, Madrid.

MALJAR, DANIEL, **“El Derecho Administrativo Sancionador”**, 1ª ed, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

MARIENHOFF, M. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo I, 2ª. ed., Buenos Aires 1975.

VELAQUEZ MUÑOZ, CARLOS JAVIER. **“Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del medio ambiente y los recursos naturales.”** Revista de derecho. Número. 022, Universidad del Norte, Barranquilla.

VAQUERANO GUITIERREZ, NELSON ARMANDO, Compilador, **Guía Jurisprudencial de Derecho Administrativo Sancionador, (DAS)**, San Salvador, 2009.

VIDAL PERDOMO, Jaime, **Derecho Administrativo**, Universidad de los Andes, Bogotá, 1975

TESIS

ALARCÓN JOVEL, MAURICIO JAVIER Y OTROS. **Diferencias entre el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Común**, San Salvador, 2006. Tesis presentada en la Universidad de El salvador para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

RAYMUNDO AYALA, JUAN FERNANDO Y OTROS, **El Delito Impropio de**

Omisión: Una Forma de Vulnerar El Principio de Legalidad en la Legislación Penal Salvadoreña” trabajo de investigación para obtener el grado y título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas en Ciudad Universitaria, San Salvador, febrero 2010.

LESGISLACION

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Publicada en el D.O. Número 234, Tomo 231, de fecha 16 de diciembre de 1983. Entrando en vigencia el 20 de diciembre de 1983.

D. L., Número 2699, Ley del Consejo Superior de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones Médica, Odontológica y Farmacéutica, 1958.

D.L. 955, CODIGO DE SALUD, 22 de abril de 1988, publicado en el D.O. N° 86, Tomo 299, del 11 de Mayo de 1988.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del 11 de noviembre de 2003, Ref.16-2001.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 9 febrero de 2004, Ref. 219-M-2001.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 05 de julio de 2005, Ref. 110-P-2001.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 05 julio de 2005, Ref. 110-P-2001.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 9 de julio de 2007, Ref. 31-2005.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha nueve de julio de dos mil siete. Referencia 31-2005

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL, CSJ, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 2000- 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA, Sentencia Definitiva de Ref. 77/1983.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 16 de enero de 2006, Ref. 176-S-2006.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del día 13 de octubre de 1998, Ref.150-97.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 9 de enero de 2007, Ref. 199-2006.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 24 de junio de 1997, Ref.108-A-96.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 10 de marzo de 2006.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del 25 de abril de

2000. Ref. 28-99.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del 15 de Junio de 2004
Ref. m-117-2003.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 4 de mayo de
1999, Ref. 231-98.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del día 28
de noviembre de 2007, Ref. 87-T-2003.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 8 de
febrero de 2007, Ref. 318-M-2004.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional, del 4 de abril de 2001,
Ref. Amp- 34899, Considerando II 1.

Sentencia Definitiva de Sala de lo Constitucional, del día 6 de julio de 2003,
Ref. Amp. 2422001.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 21 de agosto de
1998, Ref. Amp. 6297.

Sentencia Definitiva de la Sala de lo Constitucional, del día 15 junio de 1999,
Ref. Amp. 19798,.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Cuadernos de derecho
judicial: "Extranjeros". Madrid, 1994.

Sentencia Definitiva, del día 23 de marzo de 2001, Inc. 897.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2006, 2009.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 2007.

CONSULTAS ELECTRONICAS.

ESCOBAR MENALDO, R., **“Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España”**, en AA. VV., “Los Recursos Administrativos en Guatemala Manuel Ballbe y Martha Franch Sagner(Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2002, Pág. 22, citado en MEJIA, Henry Alexander, Artículos del Autor, *Los Recursos Administrativos*, consultado en <http://henryamejia.site11.com>, Pág.3.

GORDILLO, AGUSTÍN, **“Legalidad y Urgencia del Derecho Administrativo”**, consultado en <http://www.gordillo.com>, Texto de la Conferencia dictada en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica y la Universidad de Costa Rica, septiembre de 1981.

MARIACA, Margot, **“Introducción Al Derecho Penal”**, Sucre, Bolivia: USFX® Universidad San Francisco Xavier, 2010, serie cartillas penales Hecho depósito legal en la Biblioteca Nacional de Bolivia N° 2010-16276.