

## LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Catedrático Universidad de Costa Rica  
Profesor de Derecho Administrativo

### Fuente:

La acepción *fontes iuris* significa *fuentes del derecho*.  
*Fuente* es todo aquello que se abre y de lo cual sale agua.  
Esta metáfora aplicada al derecho, implica todo aquello  
abierto de lo cual sale el *ius (derecho)*.

Cicerón, Tito Livio y Justiniano, entre otros, usaron  
con frecuencia esta *metáfora*.

*fiat justitia*  
(Hágase justicia)

A los estudiantes de Derecho

## INDICE

Siglas más usadas

Resumen

### I. Introducción

### II. Fuentes del derecho administrativo

1. Concepto
2. Clasificación
  - a) Ley y costumbre
  - b) Precedente administrativo
3. Cuadro de clasificación de las fuentes
4. Jerarquía de las fuentes escritas
  - a) Constitución Política
  - b) Tratados y convenios internacionales
  - c) Leyes
  - d) Reglamentos
  - e) Decretos
  - f) Circulares
5. Resistencia y potencia
6. Fuentes no escritas
  - a) Costumbre
  - b) Jurisprudencia
  - c) Principios generales del derecho
7. Jerarquía de las fuentes según la LGAP
8. Caducidad de las fuentes

### III. A manera de conclusión

Vocabulario esencial

Preguntas de control de lectura

Bibliografía de referencia

## SUMARIO :

Siglas más usadas

Resumen

### I. Introducción

### II. Fuentes del derecho administrativo

### III. A manera de conclusión

Vocabulario esencial

Preguntas de control de lectura

Bibliografía de referencia

### Siglas más usadas:

RAP	Revista de Administración Pública. España
CEC	Centro de Estudios Constitucionales (España)
CC	Código Civil
CP	Constitución Política
UCR	Universidad de Costa Rica
LGAP	Ley general de la Administración Pública
AP	Administración Pública
E	Estado
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas. Costa Rica
RJ	Revista Judicial. Costa Rica

Resumen

En este trabajo se hará una presentación del tema de las fuentes del derecho administrativo.

Destacamos la presencia de los principios generales del derecho como una técnica para enfrentar la arbitrariedad del Estado y como fuente integradora no escrita del citado derecho.

## I. Introducción

El tema de las fuentes del derecho administrativo permite un tratamiento relevante sobre la jerarquía de las normas escritas y la trascendencia que tienen las fuentes no escritas; y, en conjunto el rol totalizante de todas esas fuentes para conformar esa globalidad de la cual nace derecho administrativo.

### 1. Concepto

Fuente de derecho es todo acto o hecho generador de normas jurídicas.

De acuerdo con el concepto dado, se *excluye* todo no normativo, aunque sea creador de derecho.

No son fuentes de derecho, aquellas que se les dice de *conocimiento*, las cuales consisten en la publicación del texto de las normas. Igualmente **NO** son fuentes de derecho, las que se conocen como *científicas*, cuando se refieren al análisis y explicación del texto legal y de los principios generales que le dan base (cf. Eduardo Ortiz, *Lecciones de derecho administrativo*, p. 1, tesis 5).

### 2. Clasificación

Existen varios criterios para definir una clasificación de las fuentes del derecho administrativo. Entre ellas, las siguientes:

#### FUENTES

A) { sociológicas = extra-jurídicas  
jurídicas = propias del derecho

B) { formales = "verdaderas" fuentes del derecho  
materiales = "falsas" fuentes del derecho

C) { escritas = fontes scriptum  
no escritas = fontes non scriptum

— A —

#### Sociológicas

aquí incluiríamos los factores políticos, económicos, sociales, religiosos, etc., que inciden o moldean los cambios en el ordenamiento jurídico.

#### Jurídicas

en este acápite se ubican aquellas fuentes que hemos indicado como escritas y no escritas.

— B —

#### Fuente formal:

La que está autorizada y regulada por el propio ordenamiento jurídico y que genera normas de cumplimiento obligatorio. Se trata de la que podríamos llamar la "verdadera" fuente del derecho; es decir, lo que se puede indicar como esencialmente tal.

#### Fuente material:

Esta clase de fuentes son las que inspiran o le dan el contenido a la norma; pero *no la crean* (por lo tanto no es *fuentes* propiamente dicha). El ejemplo que se puede dar aquí de la fuente material es la *doctrina*. Esta se usa para darle al legislador, ejecutor de la ley o al juez (operadores del derecho) ideas o sugerencias destinadas a la operatividad concreta de la norma jurídica; pero —por supuesto— que se trata de una ayuda para el operador del derecho y de ninguna manera la *doctrina* crea o genera el derecho. O sea, no es fuente del derecho —fundamentalmente— indicado (cit. Eduardo Ortiz, p. 4).

— C —

#### Fuente escrita:

Obviamente es aquella que consta por *escrito* y consiste en actos jurídicos de consecuencias normativas, que voluntaria y conscientemente se orientan a generar la regla de derecho.

#### Fuente no escrita:

No consta por escrito; se elabora de hechos materiales o de actos jurídicos **NO** encaminados a crear la norma *legal* (en sentido genérico). Por ejemplo, la *jurisprudencia* y la *costumbre*.

Como *concepto*, la *jurisprudencia* está formada por antecedentes producidos por los tribunales administrativos y/o judiciales. Se trata de reiteración de criterios legales, que no tienen como intención crear una norma jurídica general.

La *jurisprudencia* es la interpretación de la ley (en sentido genérico) hecha por los jueces administrativos o judiciales (en sentido lato) esta interpretación forma un conjunto de sentencias (o, resoluciones) que conforman el criterio de dichos jueces (en sentido genérico) a propósito de las soluciones (sentencias o resoluciones) que le dan a los casos concretos que le presentan a ellos para que fijen la solución que consideren oportuna. En la antigua definición latina de *jurisprudencia* significó *ciencia del derecho*. (Ulpiano).

La otra fuente no escrita, es la *costumbre*.

La *costumbre* es una regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador. Se trata de una repetición de actos uniformes que forman una tradición con relevancia jurídica. Según el jurista romano Ulpiano la *costumbre* es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo lapso de tiempo.

La *costumbre* nace como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular, abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica (vid. Agustín Gordillo, V-55).

Se trata, la *costumbre* de la repetición colectiva de un acto que tenga relevancia jurídica (vid., E. Ortiz, tesis 8, p. 1).

Se tiene, pues, que la *costumbre jurídica* es la repetición colectiva de un acto, que el Estado reconoce tácita o expresamente como fuente de una norma acorde con esa repetición. Se dice que se da el *reconocimiento manifiesto, expreso o explícito* cuando la ley permite la costumbre en forma manifiesta; y, *tácito, implícito o latente* cuando la costumbre no contradice la ley, ni la deroga, ni la reforma ni la sustituye (cf. E. Ortiz, tesis 8, p. 2).

La *costumbre* no puede ser admitida como fuente de derecho a menos que una ley en forma manifiesta o expresa lo autorice (cf. A. Gordillo, V-55).

El Estado no puede argumentar la *costumbre* para perjudicar al administrado. La Administración Pública no puede crearse derechos a partir de la costumbre en perjuicio de los particulares.

Al revés, podría aceptarse que la costumbre es fuente de derechos para los administrados frente a la Administración Pública (cf. A. Gordillo, V-56).

a) *Clases de costumbres:*

- \* *contra legem* : aquella que choca contra el derecho.
- \* *praeter legem* : la que llena vacíos o lagunas del derecho. Es integradora del ordenamiento jurídico.
- \* *secundum legem*: sigue el derecho. No lo contradice. La ley —en sentido genérico— remite la solución del caso concreto a la costumbre.

b) *Elementos de la costumbre =*

- inveterata consuetudo* : consiste en la costumbre que tiene arraigo en el grupo
- opinio iuris seu necessitatis*: la convicción de que una costumbre obliga jurídicamente

c) *Diferencia entre ley y costumbre* (una entre otras maneras de distinguirlas)

<i>Ley</i>	<i>costumbre</i>
* se <i>origina</i> en la voluntad de los gobernantes	* se <i>origina</i> en la voluntad del grupo, de los particulares
* es una fuente orgánica	* se <i>crea</i> de modo anónimo
* atiende, preferentemente, a las relaciones de los particulares con el Estado	* atiende, esencialmente, a las relaciones entre los particulares

d) *Ley y costumbre*

Claramente, la Carta Magna, en su artículo 129 manda la ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y, contra su observancia no puede alegarse desuso (leyes obsoletas) ni costumbre o práctica en contrario (no se admite costumbre *supra legem*; tampoco se admite costumbre *contra legem*). La ley tiene un rango superior a la costumbre y prevalece sobre ésta, por razones de jerarquía normativa, de seguridad y orden jurídicos.

e) *Precedente administrativo*

La práctica reiterada de la Administración Pública no es fuente de derecho. La práctica administrativa no vincula al Estado.

Para apartarse de criterios administrativos reiterados, y no violar la igualdad de trato, la equidad, la buena fe, etc., el Estado está en el deber de razonar el por qué —en el caso concreto— manifiesta un criterio diferente a los reiterados.

Así como la *jurisprudencia* no obliga ni vincula a los Tribunales (teóricamente indicado, ya que en la práctica, la realidad enseña que así es), tampoco el *precedente administrativo* vincula a la Administración Pública (hipotéticamente, pues la realidad va por el lado contrario) (cf. E. García de Enterría, T. I., pp. 66 y 67).

### 3. Cuadro de clasificación de las fuentes(\*)

FUENTES		
<i>Directas</i>		<i>indirectas</i>
<i>escritas</i>	<i>no escritas</i>	
Carta Magna	principios generales	jurisprudencia
Tratados internacionales	del derecho	(administrativa y
Leyes	costumbre	judicial)
reglamentos		
decretos		
circulares		

(\*) Cf. F. Garrido Falla, Vol. I, p. 231.

Este cuadro está tomado de Garrido Falla, pero se trata de una manera de clasificar las fuentes del derecho administrativo entre otras. Se pone a manera de ejemplo.

Otra clasificación, podría ser esta:

FUENTES(*)	
<i>formales o directas</i>	<i>materiales o indirectas</i>
integran el derecho aplicable (Constitución, Tratado, Ley, Reglamento, Decreto, Circular)	se refieren a los hechos sociales, doctrina, costumbre

(\*) Cf. Cermesoni, p. 6 y Cassagne, p. 99.

### 4. Jerarquía de las fuentes escritas

Las fuentes podrían ser jerarquizadas.

Una de las formas de hacer esa jerarquía es la siguiente:

- \* Constitución Política
- \* Tratados y convenios internacionales
- \* Leyes
- \* Reglamentos, Decretos
- \* Circulares

Esta jerarquización incluye las fuentes del derecho administrativo escritas, como es fácil de observar.

#### a) Constitución política

De acuerdo con la tesis italiana, la Carta Magna puede clasificarse, así:

##### i) Constitución Política material

Se trata de la forma en que la sociedad vive y desarrolla en la práctica cotidiana la Carta Magna. Se refiere a una manera de vivir y de entender, como de poner en práctica la norma fundamental de una colectividad. (cf. Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, T. I, pp. 30 y 31).

##### ii) Constitución Política formal

Se refiere a la hoja de papel, que llamó Lasalle. Al documento escrito (cf. Nuestro estudio, *Notas sobre el problema de la Constitución Política, in toto*).

#### b) Tratados y convenios internacionales

Aquellos que han sido ratificados por el país, mediante el procedimiento establecido, se incorporan de lleno al Ordenamiento Jurídico escrito.

Los tratados, convenios y convenciones pueden ser firmados entre Estados, organizaciones internacionales y Estados; y, asimismo, incluye los acuerdos entre tales organismos internacionales (cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, pp. 46 y 47).

Estos instrumentos y normas legales (en sentido genérico) tienen un rango, jerárquico superior a las leyes e inferior a la Carta Magna.

Importa destacar el artículo 5 del Código Civil, el cual manda que las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica en tanto no hayan pasado a

formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y la publicación íntegra en el Diario Oficial.

c) *Leyes*

Emanadas del Poder Legislativo.

Ley, en *sentido genérico*, se refiere a cualquier norma jurídica, cualquiera que sea su rango (circular, reglamento, decreto, Ley, tratado, Carta Fundamental). (*lato sensu*).

Ley, en *sentido específico*, es la norma jurídica producida por el Poder Legislativo, superior al reglamento, decreto y circular; pero, inferior al tratado y a la Carta Magna. (*stricto sensu*).

Su vocablo latino es *lex*, en singular; y, en plural, será *leges*. En el siglo II d.c. el concepto *jus* o *ius* se refirió a la *doctrina* de los jurisconsultos (o, juristas).

d) *Reglamentos*

Normas jurídicas producidas por el Poder Ejecutivo, sea, mediante su *órgano* Presidente-Ministro del ramo, al tenor del artículo 140, inciso 3, que manda que funciones de ese *órgano* son las de sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento.

Respecto del Poder Descentralizado, la potestad de darse los reglamentos corresponde a la Junta Directiva de cada institución descentralizada, de conformidad con el artículo 188 de la Carta Magna que ordena que las instituciones citadas gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno (cf. nuestro estudio, *El reglamento*, RCJ, N° 47, *in toto*).

Habría que decir que la Contraloría General de la República carece de potestad reglamentaria, de tal modo que los reglamentos que ha emitido son inconstitucionales, como por ejemplo los que atañen al pago de viáticos de los agentes públicos y el del pago por adelantado de la "deuda política", que favorece —*antidemocráticamente*— a los partidos grandes.

e) *Decretos*

Actos emanados del Poder Ejecutivo, cuando son de alcance general. Se llamarán *acuerdos*, si se trata de actos administrativos concretos. Cuando los *acuerdos*, se refieran a la decisión de recursos o reclamos administrativos, se llaman *resoluciones*.

Aquellos *decretos* de alcance normativo, se denominan *reglamentos* (artículo 121 de la Ley General de la Administración Pública, LGAP).

f) *Circulares*

Se pueden llamar *ordenanzas* de la Administración Pública y atañen a acuerdos que el Estado toma, con carácter normativo, pero que ocupan el último rango en la escala jerárquica de las normas públicas.

La importancia que tienen, es que mediante ellas el Estado viola, de una manera burda y frecuente, el Ordenamiento Jurídico, ya que estas *circulares* u *ordenanzas*, de modo aplastante las usa el Estado para burlar el *Orden Legal* (como un todo y en sentido genérico).



5. *Resistencia y potencia*

Las normas jurídicas jerarquizadas tienen un rango, una resistencia y una potencia unas respecto de las demás.

De este modo, se tiene que clasificadas, en razón de esos criterios, se tiene que las *normas jurídicas*, tienen este rango, con su respectiva resistencia y potencia y en un grado de *superior a inferior*, respectivamente:

- \* Carta Magna
- \* Tratados y convenios internacionales
- \* Leyes
- \* Reglamentos
- \* Decretos
- \* Circulares

(Cf. la obra de Hans Kelsen —1881-1973— *in toto*).



6. *Fuentes no escritas*

a) *Costumbre*

El artículo 7 de la Ley General de Administración Pública manda que las normas no escritas —como la *costumbre*, la jurisprudencia y los principios generales de derecho— servirán para:

- interpretar
- integrar
- y delimitar

el campo de aplicación del *ordenamiento escrito* y tendrán el *rango* (jerarquía) de la norma que interpretan, integran o delimitan.

Para el derecho administrativo, el Estado no puede invocar la *costumbre* para perjudicar o dañar al administrado o particular; o, elaborar normas jurídicas a partir de la costumbre para perjudicar al administrado. Al contrario, el particular sí podría invocar la *costumbre* a su favor frente al Estado (vid. Gordillo, V-55).

Añade el artículo 7 *supra* citado que la costumbre, los principios generales de derecho y la jurisprudencia (normas jurídicas no escritas) tendrán *rango de ley* cuando se trate de suplir o de llenar la ausencia (y, no la insuficiencia) de las disposiciones que regulan una materia.

Interesa destacar aquí que el artículo 6 del *Código Civil* manda que los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes del derecho establecido en los numerales anteriores. Esta norma tiene el objetivo de que ningún juez (en sentido amplio) pueda excusarse de resolver un caso escudándose en que no existe fuente de derecho para dar la solución debida. La razón de esta disposición es simple: proteger la seguridad jurídica.

Finalmente el artículo 7 de la LGAP, citada, manda, en su párrafo o inciso 3 que las *normas no escritas* (costumbre, jurisprudencia, principios generales de derecho) prevalecerán sobre las normas escritas de nivel, rango o jerarquía inferior.

#### b) *Jurisprudencia*

Se trata de la interpretación de las normas jurídicas efectuada por los jueces (en sentido amplio, genérico, lato o laxo) cuando resuelven los casos concretos que se le presentan en sus judicaturas para sentencia. También, se conoce con este concepto al conjunto de sentencias administrativas o judiciales que contienen un criterio semejante o uniforme sobre un aspecto particular debatido. En este punto específico se podría hablar de *precedente administrativo o judicial*, en forma respectiva.

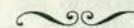
Tiene, asimismo, una función integradora del derecho. (cf. *El nuevo título preliminar del Código Civil, in toto*).

En lo que a la *jurisprudencia* se refiere se han esgrimido dos *slogans* de uso frecuente:

- \* la jurisprudencia es *obligatoria*, porque es uniforme
- \* la jurisprudencia es *uniforme*, porque es obligatoria

#### c) *Principios generales del derecho*

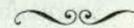
Se trata de *principios básicos*, esenciales, sustanciales para la vida del Derecho, son soportes primarios estructurales del entero sistema jurídico; además son *generales* porque van más allá de un precepto concreto o específico, organizan y dan sentido a muchos otros criterios-base del Derecho. Estamos ante *fórmulas técnicas* del sistema jurídico. El derecho administrativo reclama enérgicamente la técnica de tales principios, por la insuficiencia de la sumisión del Estado a la simple legalidad formal (al esqueleto de normas jurídicas escritas). Frente a la arbitrariedad del Estado, la única posibilidad de una garantía individual y social *efectiva* es la mencionada técnica de los principios generales del derecho (vid. E. García de Enterría, Vol. I, pp. 74 y 75; y, del mismo autor *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, RAP. N° 40, pp. 605 y 606).



#### 7. *Jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo en la Ley general de la administración pública*

La LGAP, en su artículo 6 establece la jerarquía de las fuentes del derecho administrativo, así:

- Constitución Política
- tratados internacionales y las normas de la comunidad centroamericana
- leyes y los demás actos con valor de ley
- decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes
- los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia
- los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y,
- las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas

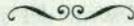


#### 8. *Caducidad de las fuentes*

Se refiere a las distintas causas o explicaciones que se pueden dar para entender cuándo cesa la acción normativa de las diferentes fuentes del derecho.

Este tema atañe al caso en que se termina la posibilidad de producir o generar normas jurídicas mediante eso que se llaman "fuentes del derecho".

Puede darse el caso de que cesen las fuentes productoras del derecho, pero las normas generales siguen manteniéndose en vigencia y viceversa.



### III. A manera de conclusión

1) El conocimiento de las fuentes creadoras del derecho administrativo es importante para conocer las formas y los modos por los cuales esta clase de derecho se produce; al igual, que su impacto en la vida social, en la medida en que las sentencias administrativas como las judiciales contienen la aplicación al caso concreto de las citadas fuentes.

2) Efectivamente juega un papel primordial en la puesta en práctica del derecho administrativo, los *principios generales del derecho* como instrumentos técnicos para delimitar la arbitrariedad del Estado. De ahí, la relevancia de estos principios fundamentales como *higher law* (su rol como un derecho más alto o de mayor jerarquía), dado que el juez (administrativo o judicial) no es la boca que pronuncia las palabras de la ley (en sentido lato), como si fuera un ser inanimado (Montesquieu). Resulta interesante que aún en el derecho privado, el *principio general del derecho* conocido como la *equidad* habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (artículo 11 del Código Civil).

3) El tema de las *fuentes del derecho administrativo*, debe incluir en su estudio los siguientes aspectos:

- \* el proceso normativo (¿cómo se produce?)
- \* sujetos que lo producen (¿quiénes lo producen?)
- \* comportamiento normativo (¿adónde se produce?)
- \* medio de expresión del comportamiento colectivo (¿cómo se expresa?)
- \* su traducción o materialización en proposiciones normativas (¿cómo se materializa?)
- \* normas jurídicas propiamente dichas (resultado final)

(cf. Rubén Hernández, *Las fuentes normativas, in toto*)

4) Para los latinos la *necesidad* no era derecho, sino fuente de derecho. Tales *estados de necesidad*, son contingentes y de calificación po-

lítica por el que detenta el poder. De ahí su riesgo y peligrosidad para la sociedad, por el evidente abuso de poder que puede darse.

La *necesidad* es una fuente autónoma del derecho.

La *necesidad* como una fuente de derecho (la cual se puede focalizar como fuente sociológica), debido a que los "*estados de necesidad*" se refieren a situaciones en las cuales está en peligro la existencia misma de la sociedad y/o del Estado. El problema consiste en que (con mucha frecuencia) son los gobiernos totalitarios y dictatoriales los que esgrimen este argumento para fortalecer sus dictaduras.

5) *Reglas para solucionar conflictos entre las normas* (v.gr.).

Es conveniente tener presente que no se debe confundir las *normas* en cuanto tales con las *fuentes* productoras de ellas.

Una vez que las *fuentes* del derecho han generado las normas jurídicas pueden presentarse choques o conflictos entre ellas. Por tal razón se esgrimen estas tesis para darle solución a este problema:

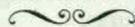
- \* la norma superior prevalece sobre la inferior
- \* la norma posterior prevalece sobre la anteriormente promulgada
- \* la norma especial prevalece sobre la norma general



### PREGUNTAS DE CONTROL DE LECTURA

- 1) ¿El Poder Ejecutivo mediante un reglamento puede limitar, o de alguna otra forma incidir sobre las libertades públicas, derechos humanos, o garantías constitucionales?
- 2) ¿Qué es la reserva de ley?
- 3) ¿Existe reserva reglamentaria?
- 4) ¿La principal fuente de derecho para el derecho administrativo es la costumbre?
- 5) ¿Los principios generales del derecho integran o informan el ordenamiento jurídico administrativo?
- 6) ¿Qué importancia tiene la jurisprudencia administrativa y judicial como fuente del derecho administrativo?
- 7) ¿La Constitución Política es solo el documento en el cual está escrita?
- 8) ¿Los tratados y convenios internacionales son fuentes del derecho para nuestro país?

- 9) ¿Para qué sirven las fuentes del Derecho?
- 10) ¿Cuál es la importancia de la jerarquía de las fuentes del Derecho?
- 11) ¿Es la carta magna respetada por el Estado y la sociedad?
- 12) ¿La Administración Pública respeta o cumple el ordenamiento jurídico?



### VOCABULARIO ESENCIAL

— A —

**ACUERDOS.** Actos administrativos concretos (no son de alcance general).

— C —

**CIRCULARES.** Actos administrativos de rango inferior, que están en la base de la pirámide normativa, teniendo la mínima jerarquía normativa. Empero, son muy importantes en su estudio, ya que mediante estas circulares, la Administración Pública viola frecuentemente el ordenamiento jurídico global. El abuso y la arbitrariedad del Estado se ubican y se expresan en las circulares de modo aplastante.

**CONSTITUCION FORMAL.** Atañe a la Carta Magna en cuanto documento escrito. Es lo que Ferdinand Lasalle llamó la "hoja de papel", cuando le enfrentó este concepto al que propuso de Constitución Política como la suma de factores reales de poder que rigen un país.

**CONSTITUCION MATERIAL.** Se refiere al conjunto de factores o elementos religiosos, políticos, económicos, artísticos, deportivos, sociales, etc., que integran la sociedad *real* (sociedad civil), incluye, por supuesto, todo lo relativo al tema de las *mentalidades*, conciencia colectiva, idiosincracia, por ejemplo. En resumen, la Constitución Política tal y como la vive, la siente, piensa, forja, realiza y concreta el pueblo. "El derecho vivo" o "viviente".

**CONSTITUCION POLITICA, CARTA MAGNA, NORMA FUNDAMENTAL O LEY FUNDAMENTAL.** Esos son los nombres con los cuales se le conoce a la norma jurídica de mayor rango que tiene un país como el nuestro. También se dice que es la norma de normas, la norma jurídica por excelencia. La que le da la estructura esencial al Estado (sociedad política) a la sociedad (sociedad civil).

**COSTUMBRE.** Fuente formal no escrita. Integra e informa el derecho escrito. Es una repetición de actos uniformes que forman un tradición.

— D —

**DOCTRINA.** Criterio expresado por los juristas para interpretar, analizar, estudiar o efectuar hermenéutica jurídica.

— F —

**FUENTE DEL DERECHO.** Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y en especial del derecho positivo o vigente en un país determinado y en una época dada. Metafóricamente indicado, así se habla de que el *derecho* brota (como si fuera una fuente de agua) de la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia; y, de la ley en términos genéricos.

— J —

**JERARQUIA NORMATIVA O PIRAMIDE DE LAS NORMAS JURIDICAS.** Se dice del orden jerárquico que tienen las normas jurídicas a partir de un mayor rango, resistencia y potencia y concluyendo en aquellas más débiles, inferiores y subalternas.

El orden es el siguiente:

- 1) Constitución Política
- 2) Tratados y, convenios internacionales debidamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico
- 3) Leyes (en sentido específico)
- 4) Reglamentos
- 5) Decretos
- 6) Circulares

**JURISPRUDENCIA.** Antiguamente se le llamó ciencia del derecho. En la actualidad se refiere al conjunto de sentencias, resoluciones o fallos emanados del Poder Judicial. Según *Ulpiano*, la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto; el conocimiento de las cosas divinas y humanas.

— L —

**LEY.** Norma jurídica escrita de obligatorio acatamiento. En *sentido genérico*, se refiere a cualquier norma jurídica cualquiera que sea su rango

en la pirámide normativa o jerarquía de las normas de derecho. En *sentido específico*, se dice solo de las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo.

— O —

**ORDENAMIENTO JURIDICO.** También conocido como *bloque de legalidad*. Incluye las normas escritas como las no escritas.

— P —

**PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.** Son las bases ideológicas del sistema jurídico administrativo. Tienen una categoría (como fuente) superior al derecho escrito, al cual integran e informan. Son verdaderas técnicas y mecanismos para frenar la arbitrariedad del Estado. Son fuentes formales no escritas. Ejemplos: justicia, equidad, sana administración, igualdad de oportunidades.

— R —

**REGLAMENTO.** Es una fuente formal escrita, norma jurídica subordinada a la Constitución Política, a los tratados y convenios, y a la ley (en sentido específico). Es el resultado de la potestad reglamentaria de la Administración Pública. Se les llama también decretos de alcance normativo o decretos reglamentarios.

**RESERVA DE LEY.** Existen ciertas materias que solo el Poder Legislativo puede regular. Esas materias son: a) las libertades públicas, garantías constitucionales o derechos humanos; b) la propiedad privada; c) penas, sanciones (derecho penal); d) impuestos, tributos, tasas, exacciones (derecho fiscal, tributario, hacendario o impositivo); e) planificación económica; f) creación de servicios públicos.

En otras palabras, el Poder Ejecutivo no puede regular o producir normas jurídicas sobre esas materias sin autorización expresa del Poder Legislativo. Se requiere una Ley de la Asamblea Legislativa, para que con base en ella, el Poder Ejecutivo emita su respectivo reglamento. Pero por un reglamento, sin la correspondiente Ley (del Poder Legislativo) no puede regular aquellas materias o campos de la actividad humana.

**RESERVA REGLAMENTARIA.** Así como existe una reserva de ley, fruto de la Revolución Francesa (1789), *no existe* reserva reglamentaria o materias exclusivas, propias o reservadas al reglamento.

## BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Paolo BARILE. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1977).
- Allan-Randolph; BREWER-CARIAS. *El concepto de derecho administrativo en Venezuela* (Madrid: RAP, Nos. 100-102, vol. I, 1983, CEC).
- Jorge E. CERMESONI. *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ed. El Coloquio, 1975).
- Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, t. I).
- Jacques CHEVALLIER. *L'Etat de droit* (Paris: Revue du droit public, N° 2, 1988, LGDJ).
- Gérard CORNU, et al. *El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica* (San José: Iuricentro, 1987).
- Mario DE LA CUEVA. *La idea del Estado* (México: UNAM, 1975).
- Charles DEBBASCH. *Ciencia administrativa. Administración Pública* (Madrid: INAP, 1981).
- . et al. *Diccionario de política* (Bogotá: Temis, 1985).
- Antonio DE FRANCESCO. *Istituzioni di diritto pubblico* (Milano: Cetim-Bresso, 1975).
- Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA. *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid: Tecnos, 1980).
- Andre DE LAUBADERE. *Manual de derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1978).
- José R. DROMI. *Introducción al derecho administrativo* (s.p.i., 1988).
- . *Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973).
- Héctor ESCOLA. *Compendio de derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1984).
- Emilio FERNANDEZ. *Diccionario de derecho público* (Buenos Aires: Astrea, 1981).
- Ernst FORSTHOFF. *El Estado de la sociedad industrial* (Madrid: IEP, 1975).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA; Tomás-Ramón FERNANDEZ. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I, 1983).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *Reflexiones generales sobre la Ley y los principios del Derecho en Derecho Administrativo* (Madrid: RAP, N° 40, 1963).
- Fernando GARRIDO FALLA. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales* (Madrid: RAP, N° 7, 1952).
- Agustín GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1974, T. I).
- Omar GUERRERO OROZCO. *Introducción a la administración pública* (México: Ed. Porrúa, 1985).
- José Manuel GUTIERREZ. *La creación jurisprudencial de Lagunas* (San José: Iustitia, N° 30, junio, 1989).
- Rubén HERNANDEZ. *Las fuentes normativas*. (San José, UACA, 1981).
- Juan F. LINARES. *Fundamentos del derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1975).
- Hely LOPEZ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro* (São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1987).
- Giorgio LUZZI. *Temi suolti di diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1977).

- Carlos A. MANAUOLA. *Curso de derecho romano* (San José: Ed. ARS, t. I, 1981).
- Otto, MAYER. *Derecho administrativo alemán*. (Buenos Aires: Depalma, t. I, 1982).
- Johnny MEOÑO. *Administración pública. Teoría y práctica* (San José: UCR, 1986).
- Costantino MORTATI. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1975).
- Santiago MUÑOZ. *La concepción del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración* (Madrid: RAP. N° 84, CEC, 1977).
- Mauro MURILLO. *Ensayos de derecho público*. (San José: UNED, 1988).
- Franz NEUMARK. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*. (Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1964).
- Alejandro NIETO. *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo* (Madrid: RAP, N° 76, 1975).
- Eduardo ORTIZ. *Lecciones de derecho administrativo* (San José: UCR, 1970, T. I).
- . *Los privilegios de la administración pública* (San José: RCJ, N° 23, (San José: UCR, 1984).
- . *Costa Rica: Estado social de derecho* (San José: RCJ, N° 29, 1976).
- . *Actividad privada de la administración* (San José: RCJ, N° 11, 1968).
- Luciano PAREJO. *El concepto de derecho administrativo* (Caracas: Ed. Jurídica venezolana, 1984).
- G. PREISER. *Droit administratif* (Paris: Dalloz, 1975).
- Nicolás PEREZ SERRANO. *Tratado de derecho político* (Madrid: Civitas, 1976).
- Julio PRAT. *Derecho administrativo* (Montevideo: Acali, T. I, 1977).
- Jorge Enrique ROMERO PEREZ. *Derecho administrativo y Estado costarricense* (San José: UCR, 1984).
- . *Ensayos de derecho administrativo* (San José: UNED, 1985).
- . *El servicio público* (San José: UCR, 1983).
- . *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: RCJ, N° 60, 1988).
- . *Antología sobre el servicio público* (San José: UCR, 1984).
- . *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José: UNED, 1989).
- Notas sobre el problema de la Constitución Política* (San José: UNED, 1984).
- Enrique SAYAGUES LASO. *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Ed. Martín Bianchi, 1959).
- Domenico TRAMONTANA. *Diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1976).
- NORMAS JURIDICAS:**
- Carta Magna (CP)
- Ley General de Administración Pública (LGAP)
- Código Civil (CC)
- Ley de Administración Financiera de la República (LAFR)

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

HABA, Enrique Pedro, *Tratado básico de derechos humanos* (con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional), San José de Costa Rica: Juricentro, 4 volúmenes en curso de publicación, volúmenes I y II, 1986, XLVI + 970 págs.

1. Estamos ante un auténtico *Tratado*, ante una obra pedagógica y científica de máximo nivel, que no sólo será de inapreciable ayuda a profesores y alumnos en la investigación y comprensión de los derechos constitucional e internacional, sino, fundamentalmente, que será apoyo decisivo para abogados y expertos de las relaciones internacionales en la ardua lid por las libertades públicas. El logro docente y conceptual aquí reflejado honra a su autor y a su patria que es Latinoamérica toda, pero igualmente a las Universidades en que se formara o enseña (de Uruguay, Francia, Alemania, Costa Rica), así como a nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, donde el Taller de derecho público lo recibiera como Maestro visitante hace algunos años para una *Exposición crítica sobre Carl Schmitt*.

Naturalmente que una *obra* de esta envergadura suscitará, está ya suscitando, reservas y polémicas, de fondo y forma, quizá fundamentalmente de teoría y método, que se antoja indiscreto ventilar en estas breves líneas; en cualquier caso, ellas no hacen sino multiplicar, en la hora del balance, las dimensiones de un esfuerzo ciclópeo, donde nuestro ya ilustre colega, con su ambición, erudición y detallismo desmesurados, rompe con las inercias del formalismo profesoral romano-germánico, reivindicando ejemplarmente aquel "aliento enciclopédico" de la mejor cultura latinoamericana que exaltara Eduardo Juan Couture en su contribución a los *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*.

2. El presente *Tratado* se propone estudiar los derechos del hombre sin diluirlos en las ficciones de la exégesis jurídica, ni caer en la vana declamación. Pretende someterlos a un examen realista y crítico en sentido amplio, apoyándose para ello en el pensamiento analítico contemporáneo. Al apoyarse en un enfoque transdisciplinario, la letra de los textos positivos deviene sólo un "momento" en su realización concreta. Esta depende de muchos momentos. En efecto, las opciones interpretativas están igualmente condicionadas por otros varios "momentos", tales como los principios de hermenéutica, la mentalidad judicial, las ideologías políticas, los contradictorio intereses sociales la dinámica del Poder. Este vasto estudio tiene una tesis central: que para la comprensión intelectual como para la realiza-

ción efectiva de estos derechos, la consideración realista-crítica de los derechos humanos es la apoyatura más creativa de que pueden dotarse los juristas.

3. Director de Investigación a comienzo de los ochentas en el Instituto interamericano de derechos humanos, el autor ha podido organizar varias reuniones internacionales con los expertos más calificados, así como recurrir a un intercambio de puntos de vista y a una documentación bibliográfica y hemerográfica impresionante, ciertamente equivalente o superior a lo disponible en tribunales internacionales, otros institutos especializados e inclusive centros de información del Primer Mundo.

El resultado se organiza en cuatro volúmenes, cuyo capitulado es el siguiente:

En el volumen I, subtítulo *Conceptos fundamentales* (480 pp.); I. *El área de estudio*, que incluye consideraciones capitales sobre la relación derechos humanos/Derecho constitucional y sobre la efectividad de las declaraciones de derechos; II. *Premisas metodológicas*, comprensivo de un agudo estudio sobre formas de determinar los derechos humanos; III. *La presencia de los conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos*, con lúcida consideración de la más reciente doctrina alemana y española; y IV. *Del derecho internacional a los ordenamientos jurídicos internos*, donde se considera sucesivamente el discurso del derecho de gentes y la posición general de las leyes supremas.

En el volumen II, subtítulo *Indicadores constitucionales* (págs. 481 a 970); V. *Protección judicial*, que cuestiona la dimensión limitante del Poder Judicial ante los abusos y desvíos del Poder; VI. *Responsabilidad de los funcionarios estatales por violación de derechos humanos*, donde sugerencias normativas y estudio de ejemplos aprovechables iluminan con rigor la perspectiva comparativa; VII. *Estados de excepción*, que sitúa la normativa y realidad constitucionales en el marco del derecho internacional y de las concepciones del Estado de derecho, en lo dogmático y en lo pragmático; VIII. *Libertad de expresión como garantía genérica*, capítulo en el cual emerge el pluralismo como condición tuitiva irremplazable; IX. *El campo de los derechos económicos*, donde destaca el estudio de la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión.

En los volúmenes III y IV, de inminente aparición, el autor promete (y es justo urgirle el cumplimiento, ante el "tesoro" jurídico antedicho) un análisis de *Instrumentos jurídicos para mejorar la protección constitucional* y consideraciones sobre *La enseñanza de los derechos humanos*, así como la publicación del material originario de los debates internacionales que presidiera como relator general.

4. Partiendo de una decidida opción por la dogmática jushumanista y por una hermenéutica "maximalista" de los textos, el Profesor Haba

sostiene que en estudios sobre derechos humanos es menester ir "más allá" de los meros textos normativos, pues siguiendo a la más esclarecida doctrina privatista francesa (Gény, Saleilles), el derecho ya no es una ciencia que se baste a sí misma y que pueda encerrarse en sus textos y en sus fórmulas, pues el derecho es una ciencia de hechos, a la cual podemos exigir otra cosa que una simple descripción de los mecanismos normativos. En esta investigación colectiva, los textos no sólo carecen de eficacia en la experiencia, sino que técnicamente los instrumentos internacionales contienen disposiciones inofensivas como eventuales modelos para los preceptos internos, constitucionales u otros; en verdad, y quizá no sólo en América Latina, el aparato del Derecho internacional significa poco más que un apéndice retórico de la diplomacia.

Si, como resulta por lo demás evidente, el sistema jurídico interamericano está hecho más bien para no funcionar y, además, no se ha logrado alcanzar una verdadera correspondencia de contenidos entre los instrumentos internacionales y el Derecho constitucional de los derechos humanos; todo ello, patentiza un señalado desfase entre compromisos internacionales y obligaciones positivizadas internamente en esta materia, desfase que motivó originariamente los Coloquios internacionales que cimentan estos volúmenes, con el objetivo, que éstos desbordan, de resaltar la presencia de esos hiatos en Constituciones de América Latina y de promover normativas constitucionales correctivas de esta situación. Con otras palabras, este estudio monumental se inscribe en el resuelto enfrentamiento con el problema capital de los derechos humanos en este umbral del siglo XXI en nuestra América: no se trata simplemente de que sean otorgados en textos oficiales sino, sobre todo, que sea garantizada su efectividad, su concreta protección en la ruda realidad cotidiana y no sólo en las celestiales puras normas de tantos regímenes clerical-autoritarios. Esto último enfatiza la humildad y precisión del fin perseguido por nuestro distinguido doctor (*troisième cycle*) de la Universidad de París: una contribución rigurosamente técnica para el robustecimiento de la condición de los derechos humanos en América Latina, para que éstos puedan alcanzar mayor nivel "existencial"; no se trata pues de una investigación "pura" de Teoría general del Derecho, sino que se trata de un estudio de ciencia aplicada a la transformación de una realidad frecuentemente abyecta.

5. En la realidad constitucional, la justicia es cara, lenta y compleja. La gravedad de las insuficiencias presentes en un país de Primer Mundo como Francia, permite imaginar hasta qué punto ellas se encuentran aumentadas en nuestro continente; ello agravado por la naturaleza precientífica, preindustrial y predemocrática de nuestra enseñanza del Derecho.

En efecto, amén de otros méritos de excepción, el doctor Haba, Investigador honorario de la alemana Fundación Alexander von Humboldt, nos permitiría quizá sintetizar vertebralmente su aportación, de cara a la

docencia jurídica de nuestras Facultades de Derecho, con estos conceptos que nuestro autor proyecta partiendo de la doctrina alemana occidental:

"Nuestra ciencia jurídica es precientífica, porque el Derecho y los juristas se quedaron colgados de una filosofía idealista y perdieron la oportunidad de conectarse con todos los campos del actual quehacer científico.

"Nuestra ciencia jurídica es preindustrial, porque el Derecho y los juristas ni siquiera están, en el plano técnico-sistemático, a la altura de las exigencias que plantea la sociedad industrial organizada en la forma del capitalismo tardío.

"Nuestra ciencia jurídica es predemocrática, porque el Derecho y los juristas no seacompararon al contenido de los procesos de democratización efectuados hasta el presente, sino que de modo formalista se quedaron detenidos en una manera específica de entender el dualismo constitucional de Estado y Sociedad" (pp. 71-72).

Podrá discreparse, y personalmente discrepamos harto, con las posturas técnicas y aun sustantivas de este *Tratado*. Es empero de elemental lealtad científica reconocer la admiración que este bien logrado esfuerzo provoca; así como subrayar la inevitable utilidad profesional que su lectura resuma. En efecto, *es un libro para profesores*, que aquí podrán, ejercitando su humildad, aprender a analizar, a sintetizar, a documentar, a escribir en el arte de los tres niveles de una pedagogía hoy olvidada por algunos manualillos con pretensiones de Teoría general; pero es también, *fundamentalmente, un libro para abogados y para estudiantes*, quienes' más allá del formalismo absolutista del actual estadio de la doctrina mayoritaria del juicio de amparo, podrán aquí refrescarse aprendiendo, de manera diferente y superior, a estudiar... , a pensar.

Dr. León Cortiñas-Peláez

Catedrático por oposición de la U.N.A.M.,  
Presidente del Club Alexander von Humboldt de México  
Tlalpan, D.F., enero de 1989

VARGAS SOTO, Francisco Luis, *Análisis del proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales* (San José: Ed. Colegio de Abogados, 1989).

El Colegio de Abogados de Costa Rica editó el Premio Alberto Brenes Córdova 1986, que recayó en el excelente trabajo de investigación del Dr. Francisco Luis Vargas Soto, titulado *Análisis del proyecto de Código Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales*.

Esta obra está segmentada en dos partes: la primera hace relación a los procedimientos preventivos, expuesta en dos capítulos (administración por intervención judicial y el convenio preventivo) y la segunda parte sobre los procedimientos concursales con un único capítulo sobre el concurso y la quiebra.

El doctor y profesor Vargas Soto ha hecho un inteligente estudio sobre esta materia, siendo esta obra de obligada lectura y análisis tanto por los especialistas respectivos como por todos los abogados y estudiantes de derecho, con el objeto de comprender en mejor forma este complicado e importante terreno de los procedimientos concursales.

Sin duda que el autor comprobó en el desarrollo de su investigación las hipótesis que se propuso auscultar, entre ellas las siguientes:

- \* se busca simplificar el proceso, sobre todo acelerar su conclusión
- \* se trata de acrecentar los poderes del juez y del curador; y, correlativamente, de disminuirlos de los acreedores
- \* se desplaza el centro de atención del sujeto-deudor hacia el objeto-empresa.

jerp