

DELEGACION LEGISLATIVA Y RECARGOS CAMBIARIOS

SU INCONSTITUCIONALIDAD (*)

Prof. Eduardo Ortiz Ortiz

Titular en Derecho Administrativo

(*) Publicado originalmente por la Asociación Nacional de Fomento Económico (ANFE).—San José, Costa Rica, abril de 1973.

EXPLICACION

Cuando en agosto de 1971 el Banco Central acordó establecer recargos cambiarios de acuerdo con las facultades que esta institución interpretó que le fueron otorgadas mediante la reforma a la Ley Orgánica de esa Institución (ley conocida popularmente con el nombre de 4-3), se le encargó al Lic. Eduardo Ortiz Ortiz un análisis jurídico de lo que significaba esta medida. Concretamente, si era constitucional la interpretación que el Banco Central le daba a la mencionada reforma a su Ley Orgánica en el sentido de que realmente estuviera facultado para imponer por sí mismo, sin autorización específica de la Asamblea Legislativa, los recargos cambiarios y, fundamentalmente, para estudiar la posibilidad de impugnar éstos.

El Lic. Eduardo Ortiz Ortiz realizó el estudio, del que concluyó que había buena parte de probabilidad de obtener un resultado favorable en el juicio. Este no se llevó a cabo, pero el análisis jurídico previo es de gran valor y, por considerar que él puede contribuir a aclarar una serie de conceptos muy importantes, todavía actuales en relación con la política monetaria y tributaria de los últimos años, lo damos a conocer en la presente publicación, con la seguridad de que será muy útil para los estudiosos del tema, principalmente para los abogados y los economistas.

ASOCIACION NACIONAL DE FOMENTO ECONOMICO

Se consulta:

- a) Si los recargos cambiarios son o no un impuesto
- b) Si el artículo 97 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central autoriza la creación de recargos cambiarios
- c) Si la creación de recargos cambiarios viola o no el artículo 104 de la Ley Orgánica referida.

Contestamos las interrogantes por su orden como sigue:

I.—El problema de los recargos cambiarios.

A) La situación de hecho.

1.—El 10 de julio de 1971 el Banco Central publicó un decreto reglamentario creando recargos cambiarios sobre el valor de las divisas oficiales que vende el mismo Banco para las importaciones, recargo que se calcula sobre el tipo oficial de venta de la respectiva divisa, en las siguientes proporciones:

i—Las importaciones incluidas en la categoría preferencial están exentas del recargo;

ii—15% (quince por ciento) sobre el valor de las divisas destinadas al pago de las importaciones incluidas en la primera categoría (\$ 7.65 por dólar);

iii—30% (treinta por ciento) sobre el valor de las divisas destinadas al pago de las importaciones incluidas en la segunda categoría (\$ 8.65 por dólar).

Las categorías fueron dadas en el mismo decreto por listas de artículos.

Los artículos excluidos deben adquirirse con divisas del mercado libre. Los recargos se aplican únicamente al comercio internacional, público y privado, con excepción a favor de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, exentos.

2.—Se mantuvo la paridad oficial del colón, fijada por el artículo 2 de la Ley de la Moneda (₡ 6.62 por dólar).

3.—Los excedentes a favor del Banco Central (consistentes en la diferencia entre el tipo oficial de adquisición de los dólares que el Banco Central vende y el precio recargado de la venta) se destinan a una Cuenta Especial del mismo Banco.

4.—La venta de las divisas recargadas tiene lugar a través de un mecanismo complejo que se articula así:

i.—El importador debe presentar documentos (factura internacional, conocimiento de embarque y póliza de desalmacenaje) y hacer su solicitud de divisas dentro de los dos meses posteriores al arribo de la mercadería en aduana nacional, salvo anticipo de pago (lo que cambia el procedimiento);

ii.—El Banco acepta y registra los documentos y la solicitud;

iii.—El Banco autoriza la venta por riguroso orden de presentación de las solicitudes;

iv.—La no presentación de la solicitud en tiempo y forma debidos ocasiona la caducidad del derecho a obtener la respectiva autorización; caso opuesto el Banco queda obligado a dar la autorización y a realizar la venta;

v.—Obtenida la autorización el importador compra las divisas recargadas.

5.—La creación de recargos cambiarios sucede al establecimiento de un doble tipo de cambio por el Banco Central y en ambos casos éste invoca para hacerlo sus potestades de control de las importaciones para la estabilización de la moneda, de justificado ejercicio en el caso, según lo afirman el mismo Banco y el Poder Ejecutivo que aprobó sus medidas, por una balanza de pagos muy desfavorable con acelerada reducción del fondo de divisas del país.

6.—Es un hecho confesado por el Banco que sus reservas internacionales montaban a \$ 20.000.000.00 cuando decretó el tipo múltiple de cambio referido.

7.—La medida fue adoptada sin intervención del Fondo Monetario Internacional.

8.—Los recargos exceden la paridad oficial del colón en más de un 1% de su valor.

9.—La competencia invocada por el Banco para amparar el decreto está fundada en el artículo 97 de su Ley Orgánica, que se limita a conferirle potestades para un contralor cuantitativo y cualitativo, sin ulteriores límites, bases ni directivas.

10.—Los contralores monetarios de los indicados tipos son múltiples e implican toda grave incidencia sobre la libertad de comercio e industria del ciudadano.

B) *Inexistencia de tributo en el caso en examen.*

B-1) *La función de ablación del Estado.*

Todo tributo, como se examinará de inmediato, es una obligación pecuniaria del ciudadano con el Estado, cuya característica fundamental consiste en provenir de un acto de autoridad o de imperio de este último, sea ley, sea acto administrativo. El tributo es una imposición, lo que da el nombre de "impuesto" al más importante y conocido, y como tal es una forma de limitación coactiva de la libertad y de la propiedad del ciudadano, que se ve obligado a su pago sin o contra su voluntad. Tal característica no es exclusiva del tributo sino común a todo un género amplísimo de actos del Estado o de sus instituciones, que bien podríamos llamar "actos de ablación" en contra del ciudadano.

Ablación es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "separación o extirpación de cualquier parte del cuerpo", lo que, traducido al derecho, significa supresión total o parcial de los derechos del ciudadano por el Estado o sus entes.⁽¹⁾ Llámase *acto o procedimiento administrativo de ablación* el que puede conducir a suprimir derechos o imponer obligaciones al ciudadano, disminuyendo así su patrimonio o su grado de libertad de acuerdo con la ley. Normalmente —como en el caso del tributo— el Estado no sólo cercena derechos al individuo sino que se los apropia, haciendo suyo lo que es del otro; pero es posible que haya sólo supresión, sin enriquecimiento en favor del Estado. Entran en este amplio género los tributos, pero también figuras tan distintas como la expropiación, la imposición de sanciones administrativas (como la clausura de un negocio por escándalo nocturno), toda clase de órdenes y de prohibiciones (como la orden de vender artículos de primera necesidad a un precio fijado por el Ministerio de Industrias o la prohibición a los exportadores de vender sus dólares a otro que no sea el Banco Central), etc. En algunos casos —cuando el Estado trata de obtener dinero para sus gastos— el sacrificio impuesto lo es sin indemnización a favor del ciudadano, pues sería absurdo cobrar para devolver (que es el caso de los tributos), pero en otros —como ocurre con la expropiación— el sacrificio sólo se puede imponer contra pago de indemnización, que eventualmente tiene que ser previa (mismo caso de la expropiación).

Los ejemplos dados revelan la amplitud del género de actos en examen y previenen contra la tendencia muy generalizada a considerar tributo todo sacrificio impuesto por el Estado al ciudadano en bien de la comunidad, con independencia del antecedente de hecho.

(1) Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, tomo II, pág. 1181: "los procedimientos" ablatorios son, como lo indica la misma denominación, aquellos mediante los cuales el Poder Público, para alcanzar un beneficio para la colectividad, sacrifica el interés del ciudadano por un bien concreto de la vida: se vale de formas muy benignas en las cuales el sacrificio es una simple limitación de una facultad (por ej.: no se puede transitar sobre una calle determinada) hasta formas más graves, en las cuales se impone al particular pagar un impuesto, prestar servicio obligatorio como en el caso del servicio militar, se le extrophia un bien o se le priva del derecho de empresa".

de su naturaleza y de su finalidad. Otro ejemplo aclarará más lo dicho.

Dentro del campo de los actos que producen ingreso al Fisco —como los tributos— están las sanciones pecuniarias, como las multas, normalmente impuestas por el Juez, excepcionalmente por la Administración. Se distinguen las multas de los tributos, como es obvio, porque su antecedente de hecho es una falta administrativa o un delito cometido por el sancionado y su consecuente finalidad que es la de castigar al infractor, sea para evitar que repita la falta, sea para lograr que se arrepienta. El hecho de que la multa sea empleada después para financiar a las Juntas de Educación o al sistema penitenciario nacional, no desvirtúa su finalidad propia y distintiva ni permite equiparar la multa a un tributo. Ello deriva de que el fin se acomoda al motivo del acto, en forma tal que si ese motivo es un delito, la finalidad de la medida sólo puede ser el castigo, lo que le da el carácter de pena y la separa claramente del tributo. Lo que nos lleva a considerar las características propias de este último, a efecto de saber, por comparación, si son tributo o no los recargos cambiarios.

Previamente, sin embargo, conviene poner en claro las consecuencias prácticas que tiene la calificación como tributo de un ingreso para el Estado o un ente público.

B-2) El régimen del tributo.

Las consecuencias que derivan legalmente de la naturaleza tributaria de un ingreso son las siguientes, en Costa Rica:

a) Según el artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política, es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa: “*Establecer los impuestos y contribuciones nacionales*”.

Suele llamarse lo anterior la *reserva de ley en materia tributaria*, entendiéndose por ello que la creación del tributo sólo puede emanar de la Asamblea Legislativa y que le está prohibida a la Administración Pública, sea del Estado, sea de las instituciones autónomas, como el Banco Central. Si una institución creara un impuesto —fuera de las Municipalidades, que disfrutan al respecto de un especial status constitucional— incurriría en un acto absolutamente nulo por incompetencia, por razón de la materia, dado que en la misma sólo es competente la Asamblea. El impuesto sería inconstitucional y su anulación produciría efecto general y retroactivo, en beneficio de todos los que lo hubieran pagado. La inconstitucionalidad podría declararse en la vía contenciosa-administrativa, de conformidad con el artículo 20.2 de la Ley de lo Contencioso (Nº 4667 de 12 de marzo de 1966).

La reserva de ley en materia tributaria ha sido reafirmada por el *Código Tributario*, cuyo artículo 5 dispone tajantemente: “Materia privativa de la ley. En cuestiones tributarias sólo la ley puede:

- a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación *tributaria*; establecer las tarifas de los *tributos* y sus bases de cálculo; e indicar el sujeto pasivo”.

Aunque según el párrafo final del mismo artículo, la modificación de las tareas puede hacerla una institución administrativa reguladora con una competencia exclusiva al efecto (y según el transitorio VIII podrá hacerlo, mientras aquella no se cree, la institución fuente del servicio con la aprobación de la Contraloría General de la República), la creación de la tasa siempre es reserva exclusiva de la Asamblea.

b) Según el artículo 82 de la ley 3667, la jurisdicción contenciosa conocerá de todo litigio para la impugnación de la legalidad de los impuestos, contribuciones, tasas, multas y demás rentas o créditos públicos definitivamente establecidos en vía administrativa, lo cual es un concepto más amplio que el comentado en el párrafo anterior, pues ahí la ley se refiere específicamente a la impugnación por razones de inconstitucionalidad de un impuesto o tasa, en tanto que el artículo 82 se refiere a toda clase de motivos de ilegalidad y nulidad de los mismos.

c) Todo tributo se rige por el nuevo *Código Tributario*, de conformidad con el artículo 1 del mismo.

En síntesis: el régimen legal de un tributo en Costa Rica implica lo siguiente:

- a) Su creación es reserva de ley (de la Asamblea Legislativa).
- b) Es impugnabile en la vía contenciosa en un procedimiento especial al efecto.
- c) Se rige por el *Código Tributario*.

Si el ingreso público no es tributario faltarán necesariamente dos de los tres fenómenos característicos antes apuntados: el origen del ingreso no tiene que ser legislativo y el régimen aplicable no es el *Código Tributario*. En cuanto a la jurisdicción competente podrá ser la contenciosa común y no la especial señalada por el artículo 82 antecitado si el ingreso es de carácter privado (civil o mercantil) y no de carácter público-administrativo, lo que explicaremos de inmediato.

B-3) Definición de los tributos.

Las definiciones doctrinarias del tributo son muchas y contradictorias, pero en Costa Rica parecen estar imperativamente unificadas por el nuevo *Código Tributario*, cuya vigencia se inició a partir del 1 de julio de 1971, por expresa disposición del artículo 170 del mismo. Se trata de un Código legislativo que rige, por su mayor jerarquía formal, todo acto o reglamento administrativo poste-

rior a esa fecha, en la medida en que afecte el régimen tributario del país, y que regiría naturalmente, el decreto del Banco Central publicado en el Alcance N° 70 a La Gaceta N° 141 del 10 de julio de 1971, objeto del presente dictamen, si el mismo tuviera naturaleza tributaria.

“Son tributos, dispone el artículo 4 (Definiciones) *ibidem*, las prestaciones en dinero (impuestos, tasas y contribuciones especiales), que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.”

De conformidad con tal definición legislativa —que por serlo es de obligada aplicación en este caso y que es, además y fuera de algunas leves discrepancias, una definición correcta— las notas esenciales de todo tributo, que lo constituyen y lo distinguen de otras imposiciones pecuniarias en favor del Estado, son las siguientes:

- i.—Nace del ejercicio del poder de imperio del Estado;
- ii.—Es una prestación en dinero;
- iii.—Tiene por objeto obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

Es claro que los recursos cambiarios son una prestación en dinero, lo que aquí nadie discute. Son elementos de dudosa existencia en el caso, en cambio, los otros dos enumerados, la presencia del imperio estatal y el destino intrínsecamente fiscal del recargo cambiario. Procede examinar más de cerca la naturaleza de esas dos notas y confrontarlas después con la figura de este último, para determinar la coincidencia o la discrepancia.

a) El carácter coactivo del tributo.

Es esta la nota esencial y predominante del mismo, que mejor define su naturaleza. Cuando se dice que el tributo es coactivo quiere expresarse que nace única y exclusivamente de un acto de imposición del Estado contra el ciudadano, sin o contra la voluntad de éste. El principio legalidad arranca de la oposición del ciudadano a una ilimitada potestad de fijación de impuestos por el Rey, y se resuelve en el principio de que sólo el pueblo (clero, nobleza y burguesía) reunido en Parlamento puede hacer esa fijación. Desde entonces la imperatividad del tributo significa que el mismo es exigible en los casos y por el monto que determine la ley, expresión de la voluntad del pueblo (Parlamento o Asamblea), con entera independencia de la de los ciudadanos, siempre que éstos se coloquen en las situaciones de hecho que dan origen a la obligación tributaria. Esto debe precisarse mejor para entenderlo bien. El carácter imperativo de un tributo no significa que el mismo sólo existe si el particular se coloca forzosamente en la situación referida, ni tampoco que tenga que recurrir, en igual forma obligada, a obtener el servicio o la prestación estatal que lo produce. Ese carácter lo que significa es que el tributo nace como consecuencia necesaria de una cierta situación o un cierto servicio público, en virtud de una ley que así lo dispone, aun cuando el ciudadano no lo quiera e intente evadirlo, y aun cuando haya sido él, haciendo uso de su plena y

libre voluntad, quien se haya colocado en esa situación. Un ejemplo lo aclarará. El impuesto de ventas es un tributo que grava cualquier transacción que traspase el dominio efectivo de la mercadería (sin importar el nombre ni el contenido aparente en contrario que se le haya dado a la operación). Es evidente que la compraventa se lleva a cabo porque los particulares lo quieren, no porque el Estado se la imponga; pero es igualmente claro que en esa situación el comprador o el responsable debe el impuesto respectivo no porque lo quiera, sino porque la ley lo impone, conectando a la operación querida y a su efecto traslativo de dominio una consecuencia jurídica no querida e incluso frecuentemente evadida, que es la obligación de pagar el impuesto correspondiente. Es posible que haya un apóstol o un loco fervientemente deseoso de pagar el impuesto, pero es excepcional y la ley no le exige ni lo toma en cuenta. Para que nazca el impuesto basta el carácter voluntario de la venta, sin importar la actitud psicológica del contribuyente respecto de áquel, e incluso es irrelevante la plenitud de la voluntad en la venta, pues el impuesto se debe —como todo tributo en general— aun cuando haya contratado un demente, un menor, o la voluntad padezca vicios de dolo, error o violencia. Si, por esa razón, la venta se anula, el impuesto de todos modos se debe y se puede cobrar. La voluntad juega aquí el papel de un gatillo disparador, cuyo efecto, una vez producida la venta gravada, es irreversible desde el punto de vista tributario, aun cuando después se compruebe —desde el punto de vista civil o mercantil— que esa voluntad era sólo una apariencia de tal. (2)

“La obligación tributaria no se afecta por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido por las partes, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas del Derecho Positivo costarricense”, tal dispone el artículo 13 del *Código Tributario*.

Es por esta clara irrelevancia de la voluntad para generar la obligación tributaria, incluso cuando ésta se monta sobre una situación de hecho de voluntario acacimiento en relación con el ciudadano, que el artículo 11 del mismo Código claramente dispone:

(2) El artículo 13 de nuestro Código Tributario corresponde al artículo 20 del “Modelo de Código Tributario para L.A.”, de donde fue tomado. Los comentaristas de este último expresan gráficamente al respecto:

“Este artículo recoge el principio aceptado por la doctrina autonómica del derecho tributario. La obligación nace con la realización del hecho generador, sea cual fuere su naturaleza, sin interesar su validez ni sus efectos en otras ramas jurídicas, ni la calificación moral que merezca. Los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas están sujetos a imposición; de lo contrario se consagrarían en desigualdades en perjuicio de personas honestas que actúan dentro de la legalidad”.

Como se ve, el tributo pesa incluso sobre los hechos o actos legalmente prohibidos y naturalmente nulos, según el artículo 10 del Código Civil que dispone la nulidad absoluta de todo acto o contrato opuesto a una ley prohibitiva, con lo que resultan pasibles de impuestos sobre la renta incluso los dividendos obtenidos del juego de azar o del lenocinio (prohibidos en Costa Rica).

“La obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el hecho generador previsto en la ley...”.

Esta norma no hace otra cosa que definir, en realidad, el carácter coactivo y objetivo que es la nota esencial y más importante de todo tributo, cuando verdaderamente lo es.

El carácter imperativo es claro en el caso del impuesto, como en el gravamen de ventas del ejemplo, y puede demostrarse con otros muchos, la mayoría de los cuales supone una conducta voluntariamente desarrollada por el contribuyente con finalidad distinta a la tributaria, de la que la ley toma pretexto para imponer la contribución (impuesto territorial, de la renta, etc.). Ese carácter no es tan neto y perfilado en el caso de la tasa.

Lo que es tan claro en el impuesto, que es su carácter legislativo e imperativo, es confuso y controvertible en la tasa. El artículo 4 del Código Tributario la define en la siguiente forma:

“Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en relación con el contribuyente; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye la razón de ser de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado”.

De conformidad con esta definición legislativa la tasa es un tributo y su origen está en la prestación de un servicio público, mensurable pecuniariamente en relación con cada contribuyente, con independencia de la voluntad de éste.

Segunda nota configurativa de la tasa sería la naturaleza del servicio público generador de la misma, que sólo puede ser lo que ahí se llama, con ideología superada por los tiempos, un “servicio inherente al Estado”. Los comentarios al Código Tributario Modelo para América Latina aclaran que servicios inherentes al Estado con los que “responden al principio de gratuidad y su prestación sólo puede estar gravada mediante disposición legal (op. cit. pág. 20) lo que es obviamente erróneo, pero de imperativo acatamiento en Costa Rica por disposición de ley, según se ve.

Y tercera nota típica de la tasa sería su destino, que sólo puede ser la financiación de gastos del servicio que la genera.

La nota que ahora nos interesa examinar es la primera, tocante al hecho generador de la tasa, que se hace consistir, por el *Código Tributario*, en la prestación de un servicio público individualizado en relación con el contribuyente, sin mención alguna a la voluntad de éste.

Con ello, se implica que esa voluntad no es necesaria para el nacimiento de la tasa, e incluso que no es posible. La tasa, según este enfoque, nacería de la prestación del servicio como hecho previsto por la ley al efecto, en igual forma que nace de la venta en el impuesto de ventas o de la renta producida en el impuesto al

ingreso. Como es indudable que en la mayoría de los casos el servicio público se presta a solicitud del usuario y contribuyente, los sostenedores de esta tesis lo explican diciendo que dicha solicitud es considerada como un mero hecho voluntario pretexto de la imposición, exactamente como puede serlo la venta en el impuesto respectivo, y que, en todo caso, no es sino el acto primero que inicia un procedimiento administrativo complejo, que finalmente desemboca en el acto pedido por el solicitante. La tasa no se paga porque así lo haya aceptado el contribuyente ni sobre la solicitud, sino sobre el acto administrativo o jurisdiccional en que desemboca el procedimiento que esa solicitud inicia. Así, en el caso del registro de una marca, del otorgamiento de una exención industrial, de la concesión de una paja de agua, de admisión a la Universidad, la tasa se paga sobre el acto administrativo correspondiente a cada uno de esos procedimientos porque así lo dispone y manda la ley, acto que es, respectivamente, el asiento de inscripción de la marca, la exención fiscal, la concesión de la paja registrada en el Servicio Nacional de Electricidad, el asiento de registro de admisión en el Departamento competente de la Universidad cada vez que recibe a un estudiante para un curso, etc., casos en los cuales la voluntad del ciudadano se ejerce únicamente al formular su solicitud y desaparece, para dar campo a un procedimiento administrativo regulado por la ley cuyos efectos finales dependen exclusivamente de ésta, uno entre ellos el nacimiento de la tasa a cargo del interesado promotor del expediente. (3)

Para demostrar esta tesis es imposible recurrir a ejemplos claros. Así, la tasa (timbres y papel sellado) sobre el proceso judicial se paga sobre todas las actuaciones en el mismo. Es evidente que en la mayoría de los casos (en todos menos en el de la justicia penal, que se inicia de oficio) el proceso se principia con una demanda, pero sus resultados, incluyendo el pago de la tasa respectiva, son independientes de la voluntad del actor y pueden llegar a serle desfavorables, en el caso de que pierda el juicio. El origen del proceso es voluntario, pero no el de los gastos y tasas judiciales, como tampoco lo es la sentencia dictada por el Juez. Y puede pensarse en que la actividad que origine la tasa pueda no ser rogada ni leve, sino impuesta de oficio y en perjuicio del contribuyente obligado, como

(3) Gian Antonio Micheli, *Apuntes Críticos sobre la Potestad de Imposición*, Rev. Colegio de Abogados N° 11, pág. 8: “lo que constituye el presupuesto de la tasa es el hecho en sí del ejercicio de una función estatal fundamental y entonces aquélla sería una prestación patrimonial ciertamente “querida” (en la mayor parte de los casos), pero el acto voluntario es asumido como hecho y, como tal, cual presupuesto del tributo”. Recientemente otro ilustre autor, Massimo Severo Giannini, ha sostenido la misma tesis en su artículo “*Canoni e Tasse di Concessioni Comunali*”, publicado en “*Studi in Memoria di Guido Zanobini*, tomo I, pág. 601, diciendo: “la tesis que sustentamos es la siguiente: que la tasa se debe individualizar solamente por su vinculación con la emanación de una resolución administrativa o jurisdiccional; en todos los otros casos el ingreso debe considerarse contraprestación pecuniaria”.

en el caso del reo condenado a la pena y a las costas del juicio penal (caso de las llamadas tasas obligatorias).

Quienes argumentan contra este enfoque lo hacen con razones de indudable peso. El argumento básico consiste en demostrar que la tasa no puede ser objeto de obligación, o puede no serlo en varios casos distintos de los antes descritos. La tasa es, según este enfoque, un pago voluntario, generalmente previo al disfrute de un servicio público y no posterior, que es la condición de la prestación misma. No es una obligación impuesta, sino una carga voluntaria y libremente asumida frente al ente público en interés del propio usuario, no del Fisco; si el usuario no paga, nada pasa, salvo que el servicio no se presta. Podría pensarse incluso en la posibilidad de un contrato entre el ente creador y el contribuyente, en virtud del cual ambos convinieran en las prestaciones recíprocas de servicio y tasa, lo que de todos modos será más fiel enfoque de la realidad, según la tesis en examen, que el descrito por la doctrina anterior. (*) Según esta postura, es ello lo que ocurre con la mayoría de las tasas, cuyo típico ejemplo es la del servicio de correos y telégrafos, con muchos otros que podrían darse (uso de carreteras bajo tasa, obtención de visas y pasaportes, etc.).

Lo que se discute, como se ve, es si hay o no contrato que englobe la tasa, o mejor todavía, si hay o no imposición del Estado. La respuesta a la interrogante es decisiva, porque si hay contrato y no imposición, la obligación de pago no puede ser un tributo, sino la que suele llamarse un "ingreso privado" del Fisco, y a la inversa, con la decisiva consecuencia de que, según sea la respuesta, así será el régimen aplicable al ingreso correspondiente. Si el ingreso es público, en el sentido de tributario, se aplicará el régimen que describimos en el aparte B-2), y si es privado, por ser contractual o no coactivo, se aplicará otro régimen totalmente distinto: la ley no será necesaria para su creación, el *Código Tributario* no será aplicable y la jurisdicción que conocerá del asunto será la contenciosa ordinaria (no la especial a que se refiere el antecitado artículo 82 de la Ley 3667).

Que este es el grave sentido que tiene la polémica lo demuestra la confesión de Adrile Donato Giannini, verdadero fundador del derecho tributario italiano cuando dice:

(4) Antonio Berleri, *Principios de Derecho Tributario*, Vol. I, pág. 432: "La tasa es ante todo una prestación espontánea o la asunción espontánea de una obligación... Lo que caracteriza, por tanto, a la tasa y en mayor medida la diferencia y contrapone al impuesto —el cual, como vimos, es siempre una obligación coactivamente impuesta— es su espontaneidad. Tanto cuando consiste, (y esta es la hipótesis normal) en una prestación, como cuando consiste, en cambio (y es una hipótesis excepcional) en la asunción de una obligación, la tasa es siempre un acto espontáneo, un acto no debido". "El acto-demanda del inicio al procedimiento administrativo que culmina con la emanación de la providencia administrativa", afirma el autor Gian Antonio Micheli, *Apuntes Críticos sobre la Potestad de Imposición*, Revista Colegio de Abogados, N° 11, Separata, pág. 5.

"Lo cierto es que no existe, en mi opinión, un elemento material de diferenciación al que pueda atribuirse una influencia decisiva y constante sobre el carácter jurídico de las relaciones en cuestión (impuesto y tasa). Este carácter debe deducirse esencialmente del modo en que la relación aparezca legalmente disciplinada, teniendo en cuenta sobre todo su desenvolvimiento histórico. En consecuencia, cuando de conjunto de las normas positivas que regulan una determinada relación se desprende que ésta ha sido configurada con arreglo al esquema del contrato, la prestación del usuario tiene carácter privado; cuando, por el contrario, resulte que con arreglo a la regulación legal de la relación la fuente de las obligaciones de las partes deba reconducirse, no a la voluntad de éstas, sino directamente a la ley, la prestación del particular asume el carácter jurídico de tasa". (*Instituciones de Derecho Tributario*, pág. 59, op. cit.).

En cuanto a las tasas, la definición legal dada por el artículo 4 del *Código Tributario* tiene el peso decisivo de excluir todas aquellas prestaciones pecuniarias del ciudadano a cambio de un servicio que, según el análisis de cada caso, resulten no ser de origen imperativo, sino espontáneo o contractual. De lo que se induce el peso nulo que tiene tal norma, a la inversa, para acallar las polémicas en el derecho costarricense, donde habrá que seguir discutiendo el carácter tributario de cada contraprestación relativa a un servicio público, para establecer o negar ese carácter imperativo en el caso concreto. Depende de la regulación legal de cada prestación pecuniaria, según lo anticipó el mismo Giannini, el determinar si se trata de tasa o de precio (público o privado) de un servicio o función públicos.

b) *Inexistencia de coactividad e imperatividad en los recargos cambiarios.*

De conformidad con lo dicho, el dato decisivo para determinar si una prestación pecuniaria del ciudadano es tributo o no, ha de ser, en primer término, su carácter imperativo o contractual.

Es claro para mí que los recargos cambiarios son un precio público, paret de un contrato de compraventa de divisas, en el que figuran como integrantes del precio, y que, en consecuencia, no son tributos. Explico de inmediato la anterior conclusión.

Evidente, en primer término, que no se trata de impuestos. Hay aquí una actividad del Banco Central individualizada en relación con cada comprador de divisas, consistentes en el trámite de su solicitud y en la venta final de las mismas, que permite excluir la figura del impuesto, para aceptar —si de tributo se trata— la de la tasa, cuya definición doctrinaria en el derecho comparado y legal en Costa Rica incluye esa actividad individualizada en relación con el contribuyente como elemento esencial y distintivo.

No se puede objetar esta tesis invocando la similitud con el impuesto de ventas, o, en general, con todo impuesto incidente sobre

un presupuesto de hecho de origen voluntario. Esto ya fue explicado. La diferencia radical entre el impuesto de ventas y los recargos cambiarios está en que mientras aquél grava toda clase de ventas (y sobre todo las que se dan entre particulares) los recargos gravan sólo una clase y exclusivamente ésta, que son las ventas de divisas del Banco Central para los importadores. Es decir, para resumir, el recargo grava no cualquier venta, sino la que sirve de medio para la prestación de un servicio público por parte del Banco Central, lo que desplaza el problema claramente al campo de la tasa, sustrayéndolo a la figura del impuesto.

Es posible aceptar la idea de un impuesto que pese también sobre la prestación del servicio público (como ocurre en Costa Rica con la inscripción de una marca, que paga tasa de inscripción e impuesto fijo sobre la riqueza que hace presumir la propiedad de una marca), pero en ese caso hay doble cobro; si sólo hubiere uno, debería presumirse su carácter de tasa, más que de impuesto, salvo que hubiera expresión de la ley en contrario.⁽⁵⁾ El dilema entre impuesto y tasa es fácilmente despejable en este caso, como se verá, porque tampoco hay tasa, dado que hay contrato y no acto de imposición.

Es claro, reafirmamos, que aquí no hay tributo y mucho menos impuesto.

No ignoramos el argumento en contrario —ya levantado por muy autorizadas voces previas— de que se trata de un impuesto porque incide directamente sobre los precios del dólar o, en su caso, de las mercaderías importadas. Es evidente que ello es así desde un punto de vista económico y que, desde ese ángulo, los recargos equivalen a un impuesto *ad valorem* por su monto sobre las importaciones. Como no es este nuestro campo y para evitar errores, nos limitamos a transcribir un párrafo muy ilustrativo de una autoridad en la materia, J. E. Meade, de la Universidad de Londres, quien lo explica así:

“La autoridad contralora sobre los cambios puede utilizar su poder monopolítico en forma diferente. Puede no funcionar sobre la base de una tasa oficial y única de cambio. En este caso cobra un precio por la moneda de A (dólar) en términos de la moneda de B (Costa Rica: C. R.) cuando la primera es requerida para ciertos propósitos y otro distinto cuando es requerida para fines diversos. Demos un ejemplo sencillo. Supongamos que toda moneda extranjera (dólares) que reciben los habitantes de B (C. R.) por sus exportaciones de cuatro dólares por una libra. Supongamos, además, que para las necesidades de importación de mercaderías de A (trigo) la autoridad contralora de B accede a vender dólares a los importadores de B al mismo tipo dicho, cuatro dólares por libra.

(5) Ejemplos de Impuestos Aplicados también a prestaciones de servicio se dan en Achile Donato Giannini, *Instituciones*, op. cit., pág. 53 y el Massimo Severo Giannini, *Canonie Tasse*, Op. cit., pág. 602.

Pero supongamos que para todas las importaciones de lujo A (automóviles) la autoridad contralora de B accede a vender dólares a los importadores de B únicamente al precio más alto en términos de libras, de modo que los importadores sólo obtienen tres dólares por una libra para la importación de automotores. Un esquema de este tipo es equivalente, de hecho, a la posición de un impuesto del 33½% *ad valorem* sobre la importación de automotores en B (C. R.). Se alcanzaría esencialmente el mismo resultado si todas las compras y ventas de dólares por la autoridad contralora de B fueran realizadas al tipo simple de cambio de cuatro dólares por libra, mientras que se impusiera un impuesto *ad valorem* del 33% sobre la importación de vehículos. (*The Theory of International Economic Policy*, Vol. I, The Balance of Payments, pág. 269 y sts.)”

La explicación siguiente es amplia y convincente.

El punto de vista es apoyado por otras autoridades en la materia.⁽⁵⁾

Creemos que la cita es perfectamente clara —cuidadosamente leída— y que explica con igual cabalidad el punto de vista estrictamente económico sobre el asunto. Desde este ángulo lo que importa es medir la incidencia sobre los cambios internacionales y la circulación de las divisas que tiene la medida adoptada por la autoridad contralora. Si el recargo y el impuesto detraen o inyectan la misma cantidad de divisas en el mercado internacional, se trata de lo mismo, aunque el mecanismo sea diferente. Este no importa, sino el resultado monetario final.

Podría decirse que, desde un ángulo jurídico, la economía luce como la ciencia de los resultados, mediante el empleo mejor posible de los medios disponibles. En tanto se logre el resultado, la naturaleza de los medios importa poco.

El derecho es una ciencia de valores y tanto como los fines importa la naturaleza de los medios empleados, desde el punto de vista de esos valores. En el derecho público el gran dilema está en conciliar la autoridad con la libertad, la imposición con el contrato. Si una autoridad monetaria puede lograr igualmente un resultado A mediante el empleo de los medios B y C, pero B es un acto de imposición y C un acto de mutuo entendimiento, la situación es totalmente distinta para el derecho en uno y otro caso, la naturaleza jurídica del medio empleado en cada uno será también diversa, y profundamente extraños uno a otro los correspondientes regímenes legales. Que el resultado económico sea el mismo importa poco, porque lo que importa es preservar la libertad, antes que garantizar el resultado.

Es cierto que adquirir una propiedad para el Estado en virtud de compraventa tiene igual efecto traslativo que expropiarla, pero la

(5) Ejemplos de Impuestos aplicados también a prestaciones de servicio se dan en Achile Donato Giannini, *Instituciones*, op. cit., pág. 53 y Massimo Severo Giannini, *Canonie e Tasse*, op. cit., pág. 602.

naturaleza y el régimen legal de una compraventa son totalmente distintos a los de una expropiación, y con sobrado fundamento, porque una es un contrato y la otra es un típico acto de imperio, lesivo de la libertad. Dicho sea para aclarar mi breve opinión siguiente.

El ilustre economista citado reconoce la equivalencia entre recargo cambiario (o tipo múltiple de cambio) e impuesto *ad valorem* sobre las importaciones por igual monto, pero al hacerlo reconoce la diferente entidad y naturaleza de una y otra cosa: son equivalentes, pero distintas. En el caso concreto es perfectamente posible demostrar que el recargo es, como se dijo, un precio y no un impuesto, ni aún siquiera una tasa. Se trata, en efecto, de una prestación contractual. No hay que esforzarse mucho para probarlo. El mecanismo de suministro de las divisas decretado por el Banco Central lo indica claramente.

i.—*La terminología*: el reglamento emplea constante y consecuentemente la palabra venta y precio, típicas de la compraventa como contrato.

ii.—*El procedimiento conducente al recargo*: inexistencia de la obligación de comprar divisas.

El decreto del Banco lo regula todo en forma tal que el importador nunca llega a contraer la obligación de pagar el recargo. Si para que haya tributo tiene que haber obligación de pago del mismo, resulta imposible que lo haya cuando nunca surge obligación de pago de ninguna especie, anterior a la compra de las divisas. Basta analizar el decreto para demostrarlo a plenitud.

El particular, en primer término, tiene la opción de comprar las divisas en el mercado libre. No tiene que hacerlo en el oficial.

El particular solicita la autorización para “comprar” divisas en el mercado oficial y el solo hecho de formular en tales términos su petición implica que, si no quiere, nadie lo obligará a comprar.

El Banco, comprobada la regularidad de la documentación, autoriza la compra de divisas oficiales y es unánime en doctrina la opinión de que la autorización, como acto administrativo, produce el derecho a contratar, no el deber de hacerlo. (6)

Si el importador quedara obligado después a pagar el recargo, sería evidente que se trataría de una tasa fundada en la precedente autorización, pero no hay la menor duda de que ello no es así.

El importador, en efecto, puede dejar caducar su derecho a la compra si dentro de los dos meses posteriores al arribo de la mercancía no presenta su solicitud con la documentación en regla, lo que depende enteramente de su voluntad.

(6) Enrique Sayagués Laso *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 414 y 415: “La autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o derecho preexistente...” “como simplemente habilita para realizar un acto o hecho o a ejercer un derecho, el interesado queda en libertad de decidir si lo realizará o no; el otorgamiento de la autorización no le obliga a ejecutar lo autorizado”.

Todavía más: el único obligado a algo dentro de este procedimiento administrativo es el Banco frente al importador, después de haberle dado la autorización, momento a partir del cual el importador adquiere el derecho —según un riguroso orden de presentación— de exigir esa venta si así lo quiere.

iii.—*El contrato administrativo de compraventa*.

El recargo no se debe, entonces, sino en el momento de la venta y como parte de la misma, nunca antes, ni sobre la base de ningún acto administrativo, ni con independencia de la voluntad del importador, por obra de una imposición legislativa o de otra emanada del Banco Central, sino, todo lo contrario, en función exclusivamente de la voluntad y el interés del importador.

Todo esto nace de un hecho patente e innegable: los recargos cambiarios son una medida de estabilización monetaria cuyo fin es desalentar la compra de divisas, encareciéndola; es concorde con ese fin y representa su plena realización, el que no haya cobro de recargos cambiarios, a condición de que tampoco haya compra de divisas. Esta función explica la conclusión del procedimiento, típicamente contractual: el Banco no cobra el recargo sino cuando le es inevitable hacerlo, porque el importador se lo impone exigiendo su derecho a la compra recargada.

El importador decide comprar y, entonces, al momento de la venta y sobre la facturación de la misma, se calcula el recargo. El recargo nace con la venta, se cobra con ella y se hace jugar como un sobreprecio, necesariamente dependiente del precio y de la compraventa de que forma parte. La solución contractual es lógica puesto que, como se dijo, no sólo no hay voluntad del Banco ni de la ley en imponer la operación sino que, al contrario, ésta se da contra el interés institucional de ambos en que se venda la cantidad menor posible de divisas, aunque no se cobre un cinco de recargos.

No hay imposición ni tributo, sino pura y simplemente un contrato de compraventa de divisas, con un precio compuesto por una base y un sobreprecio político con fin de estabilización monetaria.

iv.—*El ingreso de Derecho Público*.

El carácter del contrato y del respectivo ingreso están claros también para este dictamen. No se trata de un ingreso tributario, porque no es imperativo, pero sí de una entrada de derecho público, por ser esa compraventa un contrato típicamente administrativo y no privado, regido por principios y reglas totalmente distintas de las que rigen la compraventa civil o mercantil común.

Se trata, en primer término, de una venta que sirve de medio para que el Estado cumpla una función esencial e inherente a su soberanía (para emplear la añeja terminología del *Código Tributario*, cual es la de estabilizar la moneda en los cambios internacionales. Y se da en tales condiciones en los cambios internacionales. Y se da en tales condiciones que esa función soberana queda vivamente reflejada sobre el contrato.

El contrato es obligatorio para el Banco, aunque libre para el importador.

La venta es a precio regulado por el Banco y su producto para éste, como se verá de inmediato, queda inmovilizado por disposición de ley (artículo 61 de la Ley Orgánica del Banco Central), convirtiéndose en indisponible.

El precio de la venta puede variar unilateralmente, si el Banco usa de la potestad que el decreto le da de variar la clasificación de la mercadería por lista en cualquier momento, abaratando o encareciendo por sí el recargo cambiario aplicable y el precio a cobrar, todo lo cual indica que, además, es una venta que sólo puede referirse a las mercaderías enlistadas.

El contrato es uno de compraventa claramente administrativo y regido por normas y reglas de derecho público, distintas del Código Civil y Mercantil, con obvios privilegios de maniobra a favor del Banco en cumplimiento de su función estabilizadora.

Se trata, pese a ello, de un contrato, y ya hoy existe unánime consenso sobre el hecho de que éste es posible en el ámbito del derecho administrativo tanto como en el del derecho civil o mercantil, siempre que el Estado decida coordinar su conducta con la del particular, en lugar de hacer uso de sus potestades de imposición, siempre que decida —como en el caso— contratar la venta de divisas con recargos cambiarios, en lugar de crear legislativamente un impuesto *ad valorem*.⁽⁷⁾

La existencia de una desigualdad jurídica contractual entre el Estado o ente público y el particular cocontratante no es obstáculo para la existencia del contrato de derecho público, siempre que al

(7) Son innumerables las citas que podría hacer de la aceptación del contrato administrativo como un contrato (que supone libre concurso de voluntades para su formación) con cláusulas distintas de las usuales en los contratos privados, llamadas "exorbitantes", en cuya virtud el Estado o ente público puede usar de poderes unilaterales y lesivos del particular co-contratante, que, después de contratar, queda subordinado a la Administración y pierde su posición de igualdad. Nuestra jurisprudencia lo reconoce con alcance limitado a las concesiones administrativas (Casación N° 105 de 15 horas del 26 de octubre de 1960), pero la doctrina es universal y la jurisprudencia citada (relativa a contratos leyes) ha sido fuertemente criticada en Costa Rica como fuente de problemas nacionales para el interés público, justamente por su limitado alcance. Para desvanecer cualquier equívoco entre la tesis que se sostiene y un enfoque socialista del problema transcrito, transcribo cita de un fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de los EE.U.U., insospechable al respecto: "la absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicadas a objetos puramente privados. Cuando los usos son públicos... el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargado de prestar" (citado por M. Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 201).

mismo haya llegado el ciudadano, o la compañía privada en pleno uso de su libertad psicológica de contratación. La coacción de hecho que implica el monopolio virtual del mercado de divisas en favor del Banco Central no puede ser jurídicamente relevante, como no lo es la necesidad imperiosa de salario para el trabajador necesitado frente a la empresa o el cartel industrial, siempre que no haya violencia en su contra.

No puede negarse el carácter formalista del derecho, desde este ángulo. Es, sin embargo, el medio único de conciliar la libertad con la autoridad en un ordenamiento libre pero sujeto a un Estado intervencionista, en el que es libre aquello que el ordenamiento de ese Estado supone tal en la ley, aunque efectiva y realmente no lo sea. La única solución a tal formalismo intervencionista es el cambio del contenido material del ordenamiento mediante la instauración de una nueva ideología liberal en el gobierno, con el inevitable resultado de que, por esa vía, serán los intervencionistas quienes ataquen el formalismo lesivo desde su punto de vista opuesto. La coacción económica, social o institucional que no está prohibida está jurídicamente permitida.

La estabilización de la moneda y la existencia misma de una banca central implican una ideología intervencionista en lo político y en lo económico. Mientras ello sea así parece inevitable reconocer el carácter no tributario de muchas de las medidas que dicta el Banco Central, propias de una política de estabilización monetaria y totalmente extrañas a lo fiscal.

Lo que nos lleva el examen de la finalidad de los recargos cambiarios.

c) La finalidad de los recargos cambiarios.

No creemos que sea necesario explicar largamente cuál es esa finalidad: los supuestos de hecho en que se basan constan en el decreto que los creó y consisten en una desfavorable balanza de pagos y en una acelerada disminución de las reservas internacionales del país. La finalidad de los recargos es disminuir las importaciones encareciendo las divisas, y por ahí, aflojar la presión del colón sobre el dólar en el comercio internacional de Costa Rica.

El efecto esperado es disminuir el circulante y aumentar la reserva internacional, estabilizando la moneda y el índice de precios del país.

Función de tal naturaleza no puede ser fiscal, porque habría insalvable contradicción con los supuestos en que se funda la medida.

Lo tributario va indisolublemente unido a lo fiscal, no en cuanto sólo sea admisible un tributo a fin fiscal, sino en cuanto ese fin tiene que ser, al menos, uno entre los de la medida tributaria, aun que no sea siquiera el más importante.⁽⁸⁾ Es evidente que el im-

(8) Gian Antonio Micheli, *Corso di Diritto Tributario*, pág. 60: "En la noción de tributo se ubica en primera línea la correlación institucional entre gastos

puesto es hoy el medio principal de instrumentar la política de los estados intervencionistas con pretensiones de crear una mejor distribución del ingreso y de la riqueza. Pero pese a ese fin político y extrafiscal, el impuesto, para serlo, tiene que estar tomado en cuenta en el presupuesto del respectivo Estado como soporte de sus gastos o de los de sus entes. Caso opuesto, no es impuesto sino cosa diversa.

Esto no es doctrina en Costa Rica. La finalidad del tributo está incorporada a su definición legal en el artículo 4 del *Código Tributario*, como ya se vio, y en tal noción ese Código tiene el apoyo de la mejor doctrina.

Es, pues, perfectamente correcto decir que para que un tributo sea tal tiene que ir dirigido a suplir los gastos de administración y funcionamiento del Estado, o del ente de servicio, en el caso de las tasas, lo que, respecto de éstas, se halla expresamente "enfaticado" por el antedicho Código al definir las, prohibiendo que las mismas puedan tener otro destino.

Los recargos cambiarios no pueden ser tributo, entonces, porque su finalidad es de estabilización de la moneda y no de creación de rentas en beneficio del Banco Central ni de ningún otro ente público. Si así no fuera se frustraría la finalidad estabilizadora que persiguen, dado que la afectación de ese ingreso al gasto público en cualquier zona o sector administrativo implicaría necesariamente, así como inevitablemente, una nueva emisión de dinero, por igual monto, de parte del Banco Central, con aumento del circulante y de la oferta de colones en relación con los dólares en el mercado internacional, que sería exactamente lo contrario de lo querido y anunciado.

Y se hace necesario aquí repetir la distinción que debe hacerse jurídicamente entre fin institucional de un ingreso público y empleo final del mismo.

Dijimos y creemos haber demostrado ya que una cosa es el fin de la multa, que es un ingreso público, y otro el empleo de su producto. El fin va necesariamente condicionado por su antecedente, que es el delito, y sólo puede ser la sanción penal del delincuente; el empleo es la afectación de su producto a las Juntas de Educación o al ente público que indique la ley. Ese empleo, repetimos, no puede convertir en tributo lo que es una pena, como no puede convertir en impuesto o tasa lo que es una medida de estabilización monetaria.

El antecedente factual de los recargos es siempre un juego de hechos como el invocado por el decreto que los estableció, escasez

y contribuciones pecuniarias a los gastos, a cargo de todos los que están sujetos a la soberanía del Estado".

Y en *Apuntes*, op. cit., pág. 34 y 35, agrega aclarando:

"la necesidad de que los ingresos sirvan para sostener los gastos y la noción de capacidad contributiva no excluyen, en mi criterio, que la prestación coactiva conformada según el esquema del tributo pueda servir para la consecución de otras finalidades económicas, políticas y sociales".

de divisas y exceso de importaciones. Se trata de un fenómeno estudiado abundantemente por la doctrina económica, aunque casi nada por la jurídica, que afecta directamente la convertibilidad de la moneda y que imprime necesariamente a cualquier medida que se adopte para conjurarlo o mitigarlo igual naturaleza monetaria y cambiaria. Es nuestra opinión que esos recargos no llegarían a ser impuesto ni tasa ni aún en el supuesto de que una nueva ley los destinara al gasto público, porque esa ley afectaría su destino o empleo, no su función institucional, que seguirá siendo extrafiscal mientras existan en la realidad los fenómenos monetarios que nominalmente tiende a ordenar. Se trataría evidentemente de una ley equivocada y contradictoria, que desvirtuaría parcialmente el resultado práctico que los recargos tratan de lograr, pero incapaz de desnaturalizar su función, que depende enteramente del motivo del acto y no de la suerte que sufra el producto económico de su ejecución.

Pero esto nos lleva directamente a indagar sobre el hecho curioso de que siempre haya sido necesaria una ley para destinar al gasto público las utilidades o excedentes originados en los recargos cambiarios.

La razón es clara: la función de los recargos supone que esos excedentes no pueden tener destino ni uso alguno, son pena de contradicción con su propio origen. De conformidad con ello, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Banco impone la formación, antes de la determinación de las utilidades, de una reserva para las fluctuaciones de cambios y cualesquiera otros fines similares, con lo que claramente indica que los excedentes provenientes de tales fluctuaciones, no son utilidades sino capitalización anterior a éstas. ¿Qué destino tiene esa reserva?

El artículo 14 *ibidem* contiene una disposición referida al destino de los ingresos por concepto de modificaciones a la paridad legal de la moneda, que es claramente aplicable por analogía al caso de los recargos cambiarios: esa norma dispone que sólo pueden emplearse aquellos excedentes para la formación de una Reserva o Cuenta de Revaluaciones Monetarias, con el fin de enjugar las ganancias y pérdidas de esa función.

Todo ello quiere decir que el ingreso por concepto de recargos sólo puede ser destinado a un fin específico y único, que es la formación de una cuenta cuyo destino es el regular la oferta y demanda de circulante, mediante la emisión de la correspondiente reserva.

No se trata de cubrir gastos de la Institución sino de ordenar su función externa de emisión y estabilización de la moneda. Es decir, no se trata de ingreso, sino de una forma de emisión estabilizadora.

La tradición institucional es más drástica. Siempre que se ha querido dar un destino cualquiera a los excedentes provenientes de recargos cambiarios, se ha efectuado la afectación y erogación mediante una nueva ley (la última de las cuales fue la N° 1460 de 21 de junio de 1952).

Todo ello confirma lo dicho primeramente: el recargo cambiario no puede ser tributo por su función institucional, que es la estabilización de la moneda, nunca la cobertura de gastos del Banco ni de ningún otro ente público.

B-4) Conclusión: la naturaleza no tributaria del recargo cambiario.

De conformidad con lo anterior el recargo no es ni imperativo ni ordenado hacia un fin fiscal, de financiación de gastos del Banco Central o de cualquier otro ente público.

El recargo cambiario no puede reputarse tributo, ni impuesto, ni tasa.

Se trata de un precio público o político, dado por el Banco Central a la venta de sus dólares al importador, que no afecta directamente la paridad monetaria del colón y cuya única función es de estabilización de la moneda.

C).—La competencia del Banco para crear los recargos.

C.)—La competencia legal para establecer recargos cambiarios.

a) La competencia desde un punto de vista técnico.

El Banco ha invocado expresamente el párrafo segundo del artículo 97 (y la reforma legal correspondiente) para fundamentar jurídicamente el decreto creador de los recargos cambiarios, como puede leerse de la exposición de motivos.

Cabe preguntar si tal medida encaja o no, puede considerarse autorizada o no, con la potestad de "dictar controles cuantitativos y cualitativos a las importaciones".

No somos economistas y en este aspecto la doctrina jurídica es particularmente pobre, por contraste con la económica, que abunda sobre el tema. Pero podemos manifestar que en materia técnica como ésta el derecho público toma la realidad y los conceptos pertenecientes a otras disciplinas tal y como se dan en éstas, mientras no haya un principio propio que impida hacerlo, como no parece haberlo en este caso. Y dentro de la teoría económica podemos decir no sólo que la distinción es irrelevante, sino, además, que uno de los típicos controles cualitativos parece ser el de los recargos, que suele llamarse en jerga económica sistema de cambios múltiples.

La conclusión dicha parece perfectamente lógica. Cualidad y cantidad son formas de ser de la realidad en toda su dimensión, verdaderas categorías lógicas u ontológicas a las que no escapa ningún ser. Lo que no es cuantitativo es cualitativo y a la inversa, pues entre ambos conceptos se reparte toda la realidad. Desde este ángulo es inevitable que una norma redactada con tal amplitud abarque y autorice, en abstracto y sin más limitación, todo tipo posible de control sobre las importaciones, sea cual fuere su naturaleza, efecto, contenido o finalidad. Los recargos cambiarios son un control sobre las impor-

taciones necesariamente autorizado al Banco, pues si no son control cuantitativo tendrán que ser cualitativo y a la inversa.

El punto nos parece poco importante, desde otro punto de vista. Todo control sobre las importaciones es necesariamente cualitativo, pues inevitablemente se basa en una clasificación de las mercaderías como esenciales, necesarias o superfluas, distinción que es totalmente cualitativa. Los llamados controles cuantitativos —como las cuotas de importación— no son tales, sino mecanismos de aplicación de una decisión previa que implica un control cualitativo según esa jerarquía de mayor o menor importancia para el consumo. El control no está tanto en la cuota, como en la valoración que sirve para establecerla, necesariamente cualitativa. Así, si los automotores se reputan superfluos, la cuota de importación tendrá la apariencia de un control cuantitativo, pero será en el fondo un control determinado por una valoración de calidad (superflua) y esto último es lo que importa. A esta luz parece claro que una cuota —que sí se acepta incluida en los controles cuantitativos— es más restrictiva que el recargo cambiario desde un punto de vista cualitativo, pues garantiza mucho más rígidamente la jerarquía de consumos creada por la autoridad de control, después de alcanzada la cuota. El recargo, en cambio, permite el juego de la oferta y la demanda del producto, aunque encareciéndolo.

Es claro, en mi concepto, que la redacción del párrafo segundo del artículo 97 es omnicompreensiva y autoriza la totalidad de los controles posibles sobre las importaciones. (9)

Ello dicho, conviene examinar, desde otros puntos de vista más propiamente jurídicos, el artículo 97 párrafo segundo, el decreto de los recargos y las relaciones de ambos entre sí y con el resto del ordenamiento.

b) La ilegitimidad del reglamento dictado para fijar los recargos cambiarios.

1.—La competencia reglamentaria del Banco Central.

El artículo 97 párrafo segundo termina disponiendo que el Banco "preparará la reglamentación correspondiente". El Banco ha llamado reglamentos a los decretos que ha emitido con motivo de la

(9) En doctrina económica abunda el tratamiento de los recargos cambiarios, bajo el nombre de "tipos múltiples de cambio": Irving Friedman "Foreign Exchange Control and Evolution of International Payments Systems", pág. 34: "El efecto de varias casas (de cambio) es visto frecuentemente como igual al efecto bien de los subsidios, bien de los impuestos. No tenemos nada que decir en contra de este enfoque, sino sólo que no ayuda mucho para comprender por qué se han introducido cambios múltiples, los resultados que se quieren obtener, la bondad de su preservación ni tampoco lo que pasará si se eliminan, caso de que así se considere conveniente... Al permitir diferentes tasas para importaciones los sistemas de cambios múltiples reducen automáticamente la presión sobre las importaciones desfavorecidas con los tipos más altos o tipos punitivos. Esto hace más fácil administrar un sistema de asignaciones discriminadas de divisas".

crisis cambiaria, uno entre ellos que ahora nos ocupa. Se trata de un enfoque correcto, pues el reglamento no es otra cosa que "el acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales" (Sayagués Laso, op. cit., tomo I, pág. 120).

Es claro que el Banco forma parte de la Administración Pública descentralizada, pues es una institución autónoma.

Es claro también que el decreto de recargos y los que lo precedieron son verdaderas normas. Aunque se han dictado por tiempo determinado y para resolver una crisis concreta y bien enmarcada en sus orígenes y probable evolución, esos decretos del Banco se orientan más bien a regular, mientras dure esa crisis, cómo han de distribuirse y venderse las divisas, con independencia de casos o personas concretas. No desaparecen, en consecuencia, con su aplicación, sino que más bien confirman su vigencia y continúan rigiendo para el futuro los casos iguales que se presenten, exactamente como lo hace una ley. En ese sentido puede decirse que el decreto de recargos cambiarios es una norma dictada por el Banco Central y, por consiguiente, un reglamento administrativo. El lenguaje utilizado por la ley y por el Banco coinciden con la realidad jurídica.

2.—La violación del artículo 7 de la Constitución y del artículo 104 de la Ley Orgánica.

El Convenio con el Fondo Monetario Internacional (llamado de Bretton Woods) fue firmado por el Poder Ejecutivo el 22 de julio de 1944 y aprobado por el Legislativo mediante Ley N° 55 de 24 de diciembre de 1945, con lo que dicho convenio internacional entró en plena vigencia y se hizo obligatorio desde ese entonces para Costa Rica.

El artículo IV de dicho Convenio, titulado "Paridad de las Monedas", dispone en su Sección Tercera:

Recopilación y sistematización de antecedentes en derecho económico. Materiales de Enseñanza, Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción de Chile, tomo III. Comercio Exterior y tributación fiscal externa: "Se entiende por tipo de cambio único el hecho de que una misma moneda extranjera tenga, en un momento dado, un mismo valor, cualquiera que sea su origen o su destino"... "Por el contrario, se conoce con el nombre de tipo de cambio múltiple aquel en que el valor de la divisa varía o es diferente atendido el origen o el destino de la misma" (Pág. 1159). "Un tipo de cambio único implicaría que cualquiera que fuera la mercadería a importar, el valor de las divisas sería el mismo. Un tipo de cambio múltiple, en cambio, significará que las divisas destinadas a adquirir artículos esenciales y de primera necesidad sería más bajo que el destinado a mercaderías necesarias, y esté más bajo que el destinado a mercaderías suntuarias". (págs. 1159 y 1160).

La obra de MEADE, ya citada, es de extraordinaria utilidad y claridad para comprender los controles sobre los cambios y muestra igualmente clara aceptación de los recargos cambiarios, bajo el nombre de "tasas múltiples de cambio", como típicas formas de control cualitativo, especialmente págs. 268 a 272 y 163 a 170.

"Transacciones en divisas basadas en la paridad. Los tipos máximo y mínimo para las transacciones cambiarias entre monedas de los países miembros, que tengan lugar dentro de sus territorios, no diferirán de la paridad:

i) en el caso de transacciones cambiarias *spot*, en más del uno por ciento; y

ii) en el caso de otras transacciones cambiarias, en un margen que exceda del fijado para transacciones cambiarias *spot* en más de lo que el Fondo juzgue razonable".

A efecto de controlar la observancia estricta de dicha regla el artículo VIII del mismo Convenio, bajo nueva vigencia está Costa Rica afiliada ahora al Fondo referido, dispone:

Artículo VIII. Sección Segunda. a):

"ningún país miembro impondrá, SIN LA APROBACION DEL FONDO, restricciones a los pagos ni a las transferencias por transacciones internacionales corrientes".

Esto queda reforzado, en punto a eliminación de restricciones cambiarias, por la prohibición contenida en la Sección 3 del mismo Artículo VIII, que dispone:

"Ningún país miembro participará ni permitirá que ninguno de sus organismos fiscales mencionados en la Sección I del Artículo V participe en prácticas monetarias discriminatorias ni empleará prácticas de tipo de cambio múltiples, salvo en aquellos casos autorizados por este Convenio o que el Fondo apruebe".

Deriva de tales normas el artículo 104 de la Ley Orgánica del Banco Central, que dispone en su párrafo primero:

"Artículo 104.—Los tipos de compra y de venta que regirán para las operaciones en divisas del Banco Central y de los bancos autorizados por la Junta, serán fijados por ésta. Los tipos de compra y de venta de giros y letras a la vista no podrán diferir en más del 1%, respectivamente, de las paridades legales correspondientes".

En efecto: la fluctuación hasta el 1% sobre la paridad oficial en los precios de las divisas vendidas por el Banco equivale y se ajusta a lo permitido por el artículo IV, párrafo i) del antecitado Convenio, como fácilmente se desprende de un cotejo entre ambos textos. Es evidente la contradicción entre los recargos fijados y las normas anteriores, por ser superiores aquéllos al 1% máximo de fluctuación permitida en los cambios respecto de la paridad oficial.⁽¹⁰⁾

(10) Esta interpretación es clara y corroborada por la poca literatura existente en la materia, así como por la reiterada negativa del Fondo a aceptar o aprobar fluctuaciones excesivas de ese tipo. Dice la obra colectiva sobre Derecho Económico de la Universidad de Chile, citada en la nota anterior (N° 9): "Como se hiciera presente, la existencia de un sistema de cambios múltiples,

Esta paridad está fijada en el artículo 2 de la Ley de la Moneda y representa ciento cincuenta y ocho mil doscientos sesenta y siete millonésimas de gramo de oro fino, lo que equivale a ₡ 6.62 por dólar.

Los recargos del 15% y del 30%, para alcanzar tipos cambiarios de ₡ 7.65 y de ₡ 8.67 exceden en más de un 1% del ₡ 6.62 referido.

La contradicción revela una violación grave de los artículos IV y VIII, en sus secciones y párrafos indicados, del Convenio Internacional con el Fondo Monetario, dado que no se ha obtenido en el caso la aprobación del mismo para llevar a cabo la variación en el tipo de cambio.

Las violaciones del Convenio Internacional por el decreto son dos en realidad:

i) Se ha decretado un cambio múltiple que excede del 1% (sobre la paridad oficial del colón) permitido por el Convenio referido, sin obtener aprobación del Banco;

ii) Se ha sustituido la aprobación del Fondo Monetario por la del Consejo de Gobierno, según expresa confesión del decreto en examen, que dice:

“Se dispuso asimismo someter al Consejo de Gobierno el presente acuerdo en cumplimiento de lo que al efecto dispone la Ley, *el cual se considerará firme una vez que ese Alto Poder le da su aprobación, en cuyo caso entrará en vigencia el 12 de julio de 1971*”.

Con violar el tratado y disponer contra su texto, dándole vigencia al tipo múltiple de cambio sin la necesaria aprobación del Fondo, se ha violado el artículo 7 de la Constitución Política, que dispone:

“Artículo 7.—Los tratados públicos, *los convenios internacionales* y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*”.

atenta contra la idea de una paridad fija en los cambios internacionales, propiciada por el Fondo Monetario Internacional. Es interesante consignar la opinión del Fondo a través de las palabras de su personero Woodley, John (*Finanzas y Desarrollo*, Vol. 3, N° 2, 1966, pág. 136): “Ha habido casos en que el Fondo no ha formulado objeciones a una propuesta para implantar un sistema sencillo de tipos de cambio múltiples, porque efectivamente el país no se encontraba en aptitud para implantar un solo tipo de cambio valedero. Pero el Fondo ha encontrado que en casi todos los países los tipos múltiples crean más tarde o más temprano, tantos problemas como los que resuelven y que aún aquellas soluciones que parecen logradas, raras veces perduran. La finalidad que se persigue de que se establezca un tipo de cambio único que proporcione el incentivo de un precio uniforme para las transacciones de exportación e importación continúa siendo vital, tanto para el país de que se trate como para la comunidad internacional”. (Op. cit. pág. 1165).

Si la ley es superior al Reglamento y el tratado superior a la ley, innecesario resulta concluir en que este último también es superior al reglamento. La violación de un tratado por un reglamento hace incurrir a éste no sólo en la ilegalidad común, consistente en quebrantar un precepto de superior jerarquía como el tratado, sino en la violación máxima, que es la de violar la Constitución y concretamente el artículo 7 de la misma.

Pero esto no es todo, como bien se comprende.

El decreto examinado del Banco Central viola no sólo el convenio internacional referido, sino también, como se dijo, el artículo 104 de la Ley Orgánica antecitada, al disponer una variación en los precios o tipos de cambio de las divisas que excede el límite máximo para tales fluctuaciones que esa norma autoriza.

Ahora bien: el reglamento está supeditado no sólo al tratado, sino también a la ley, para demostrar lo cual sobran citas.

La contradicción es evidente entre ambas reglas y por ahí la ilegalidad —y no sólo la inconstitucionalidad— del referido reglamento bancario es bastante clara. La nulidad consiguiente es absoluta e insubsanable, como siempre que hay un conflicto entre normas de diversa jerarquía. El vicio que padece una norma cuando viola otra es, en efecto, de la máxima gravedad, porque se disemina y propaga en todos sus actos de aplicación. (11)

Ello no obstante, podría pensarse —y tal es la posición de algunos servidores del Banco— que el artículo 104 está en suspenso y sin aplicación actual, en razón de la emergencia que prevé el párrafo segundo del artículo 97. Se trataría, según ello, de un reglamento con capacidad para dejar en suspenso o sin aplicación una ley, lo que es desconocido en nuestro sistema y amerita párrafo aparte. Pero desde ahora podemos alcanzar la siguiente conclusión: el reglamento bancario es ilegal siempre y en todo caso, pues o bien estaba vigente el artículo 104 y lo violó, o bien no lo estaba y entonces ese reglamento está fundado en una ley inconstitucional, el artículo 97, párrafo segundo, que otorga a un reglamento la posibilidad de aplicarse como si dejara sin efecto una ley, lo que está prohibido en nuestro sistema.

3.—La inconstitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo. Planteo.

Todo lo dicho revela que muchos de los vicios del reglamento bancario derivan del artículo 97, párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central, como pasamos a demostrarlo.

(11) Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 12: “La consecuencia de la inaplicación de los Reglamentos ilegales encuentra una expresión técnica suficiente en una calificación sumamente simple: los Reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho... Esta nulidad radical de los Reglamentos ilegales es una simple consecuencia de la prevalencia de la Ley violada por los mismos respecto de sus propios pronunciamientos, que hace por fuerza a éstos totalmente ineficaces”.

El artículo 97, párrafo segundo, consagra, en el decreto, la posibilidad de que el Banco prepare un reglamento que imponga los controles cuantitativos y cualitativos a que se refiere. No dice el artículo 97 expresamente que el Banco podrá decretar el reglamento, pero se sobreentiende que intenta hacerlo cuando pone al Consejo de Gobierno a aprobarlo, para que la norma adquiera firmeza. El Banco Central así lo ha interpretado, según se dijo, decretando él mismo el Reglamento, dándole firmeza y vigencia inmediatamente después de obtenida la aprobación del Consejo de Gobierno, como el decreto respectivo expresamente lo dispone. Ahora bien, una de dos: o el Banco interpretó mal el término "preparará" y se excedió en su función al decretar por sí, en cuyo caso el reglamento es nulo por hacer del uso de una potestad reglamentaria no conferida; o el Banco actuó bien y entonces sólo queda concluir —como parece lo lógico— que el artículo 97 autorizó al Banco a reglamentar para imponer los controles contemplados, en cuyo caso —como veremos— actuó de acuerdo con la ley, pero contra la Constitución.

Creemos que la interpretación lógica del artículo 97 párrafo segundo no puede ser otra que la dada por el Banco Central, pues resultaría absurdo, caso contrario, que el Consejo de Gobierno tuviera que aprobar lo que el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministros de Hacienda y/o de Industrias), que está presente en ese Consejo, tendría que decretar después. Si el Consejo de Gobierno aprueba es porque el Poder Ejecutivo no tiene que decretar el Reglamento, potestad que, en el caso, parece claramente atribuida al Banco por el artículo 97 antecitado. Caso opuesto, tendríamos albarda sobre aparejo, con un Poder Ejecutivo que primero aprueba como parte del Consejo y después decreta como órgano independiente.

En tal sentido toca juzgar de la constitucionalidad de la potestad reglamentaria concedida al Banco por el artículo 97 párrafo segundo en examen, reiterando la conclusión de que si el Banco no la tuviera, habría incurrido siempre en ilegalidad que anularía el reglamento de los recargos, por violación del artículo 97, el cual, según ello, no se la habría concedido, sino que se la habría negado. Lo que nos lleva directamente a analizar la potestad reglamentaria del Banco Central frente a la Constitución.

Suponemos ahora que el artículo 97 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco confiere a éste la potestad de imponer controles cambiarios por reglamento, cuando dice, para rematar, que el Banco "preparará la reglamentación correspondiente".

4.—La situación de emergencia como origen de un derecho especial.

a) Los dos enfoques de la urgencia.

El artículo 97 párrafo primero alude expresamente al motivo de los controles que autoriza exigiendo que sea una "emergencia". Supuestos más graves contemplan los artículos siguientes de la misma ley y todo el capítulo pareciera regular las crisis monetarias en el comercio internacional.

No hay un concepto jurídico preciso de emergencia. Uno aproximado lo tenemos en el artículo 3 párrafo final de la Ley de Defensa Económica (Nº 1208 de 9 de octubre de 1950), que dispone:

"Se entiende por estado de emergencia o de necesidad pública el que por cualquier causa produzca o amenace producir interrupción o paralización grave, en toda la República o parte de ella, del abastecimiento indispensable de uno de varios artículos imprescindibles para el consumo".

Tal definición es aplicable a las divisas como artículo indispensable en el comercio internacional. Sería una emergencia relativa a las mismas, en este sentido, la escasez de divisas por exceso de importaciones que amenace la estabilidad monetaria y puede provocar inminentemente una devaluación.

Lo característico de la emergencia o urgencia es que coloca a la Administración en el deber de violar o desaplicar el derecho para lograr la realización de los fines públicos que le están encomendados y evitar males mayores a la comunidad. Desde este punto de vista la urgencia o emergencia en el derecho administrativo se distingue por la doble nota de ser funcional y derogatoria.

Lo de funcional hace relación con el cumplimiento del cometido público. Surgen ocasiones en que es imperativo e inaplazable realizar un fin público, por ejemplo: el de mantener la estabilidad monetaria y el nivel de precios, porque si ello se difiere se produce un daño irreparable y cuantioso. Si, entonces, el ordenamiento escrito no ofrece los medios para lograrlo u ofrece medios insuficientes, la Administración tiene que utilizar los que sean eficientes, aunque sea violando o desaplicando la ley. Esto último es lo que se alude cuando se habla del carácter derogatorio de la urgencia. Quiere decirse con ello que la urgencia en derecho público tiene siempre como consecuencia la suspensión o desaplicación del orden escrito para la aplicación de otro derecho, temporal y más adecuado a la circunstancia, de origen administrativo. En esta hipótesis es posible reputar legal lo que sería ilegal en una situación normal, lo que habilita a la Administración para prescindir de formalidades y aún para dictar actos que son posibles únicamente en esa circunstancia de excepción.

En tanto que todos los autores coinciden en cuanto a esa doble nota (funcionalidad y carácter derogatorio), hay una permanente polémica sobre las condiciones y límites en que la urgencia puede funcionar dentro de un ordenamiento. Más que diversidad de enfoques, lo que hay es una diversidad de métodos para acoger e incorporar la urgencia o emergencia al ordenamiento escrito.

i.—Según una doctrina la urgencia (o emergencia) funciona de acuerdo con el ordenamiento escrito, en el silencio de y contra el ordenamiento escrito. Es decir: la urgencia se impone al ordenamiento, forzando de hecho la derogación y sustitución de las normas de éste inadecuadas en situaciones de excepción, en forma tal que el Juez se ve obligado a aceptar los hechos cumplidos por razón de la necesidad, aun cuando no haya ley que lo autorice y aun cuando haya ley

que los prohíba. La obligación de salvar los valores y los bienes jurídicos de la comunidad, por encima de la ley considerada como una entre los varios instrumentos con igual fin, legitima la actuación irregular de la autoridad y crea el derecho que ésta necesita. La urgencia, en estas condiciones, tiene alcances imposibles de medir y puede autorizar no sólo la derogación y sustitución de la ley ordinaria sino también de la Constitución, pues la necesidad por sí misma es fuente suprema del derecho en el caso de urgencia. Un principio tan amplio de admisión de ésta y de su derecho especial no puede estar consagrado por la ley escrita, pues significa por sí su anulación sin límites ni condiciones cuando surge aquélla. El origen de esta doctrina especial es siempre y necesariamente la jurisprudencia, los fallos de los jueces. El Juez puede resolver caso por caso y con toda prudencia, con la ventaja sobre el legislador de que no tiene que formular principios ni reglas generales, que enunciados en abstracto pueden ser muy peligrosos (como el que nos ocupa). Pero, por otro lado, sus fallos definitivos tienen carácter de cosa juzgada y pasan por encima de cualquier otra norma dentro del caso concreto fallado, lo que garantiza la estabilidad definitiva de la sentencia. Si se dictan varias por el Juez de última instancia, aceptando un derecho especial para la urgencia aun contra el texto expreso de una ley, se crea la llamada jurisprudencia, que en definitiva viene a constituir una regla general, derogatoria y sustitutiva de la ley.

Es así como ha llegado a consolidarse en Francia la llamada doctrina de las circunstancias excepcionales, de origen enteramente jurisprudencial, en virtud de la cual las autoridades administrativas pueden actuar sin sujeción al ordenamiento escrito y aun contra éste, cuando surge una situación de emergencia, sin límite jurídico ni de ningún otro tipo, siempre y cuando sus decisiones sean estrictamente necesarias para cumplir el fin público en el caso y para salvar los bienes jurídicos que se trata de proteger.⁽¹²⁾

En otros sistemas —como Italia— la doctrina apoya en parte la misma tesis, pero la jurisprudencia no es tan clara. La anterior posición no existe en Costa Rica. Nos abstenemos aquí de tomar partido sobre los postulados de fondo de la misma, pero queremos ha-

cer ver que en Costa Rica no hay jurisprudencia que sostenga consistentemente el punto de vista anterior en cuanto a la urgencia. Se ha responsabilizado al Estado por actos ilegales realizados en situaciones de emergencia o conmoción nacional, como cuando ocurrió la invasión del país en 1955, afirmando que tales actos estaban justificados por la especial situación en que se dieron (se trataba de la requisición de vehículos, ganado y víveres por las tropas en tránsito hacia el frente de fuego); pero nunca —que sepamos— se ha discutido la validez de un reglamento o decreto general de emergencia cuando está todavía en curso de aplicación, que es justamente el punto de nuestro interés. No hay, entonces, jurisprudencia que permita sostener la tesis de que la urgencia puede actuar como fuente de un derecho especial y adecuado a su naturaleza, sin otro límite jurídico y racional que el carácter necesario de las medidas y los reglamentos adoptados como único medio para lograr el fin perseguido. Esta teoría, con tal amplitud, no puede sostenerse en Costa Rica.

ii.—El otro enfoque es el que podríamos llamar “legitimista”.

Esta doctrina sostiene, en síntesis, que el origen del derecho en un ordenamiento sólo puede ser el ordenamiento mismo y más concretamente, en relación con la derogación y creación de sus nor-

Esta regla tan amplia como radical, cuenta nada menos que con el respaldo del ilustre Consejo de Estado de Francia que ha creado la llamada teoría de las: “circunstancias excepcionales”, en la forma en que lo describe claramente André de Laubadere (*Traite Elementaire de Droit Administratif*, tomo I, pág. 220, 221 y 222): “La teoría de las circunstancias excepcionales es una construcción jurídica elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual ciertas decisiones administrativas que serían ilegales en tiempos normales pueden llegar a ser legales en ciertas circunstancias, porque son indispensables, entonces, para asegurar el orden público y la marcha de los servicios públicos... pág. 220)... “La teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales no es una simple aplicación de la idea general de estado de necesidad. La misma encuentra su fundamento en los deberes generales de las autoridades administrativas. Estas tienen, en efecto, la obligación primordial de asegurar el orden público y el funcionamiento de los servicios públicos; es cuando esta obligación se halla entorpecida por la aplicación de la legalidad, que la autoridad administrativa puede suspender dicha legalidad... (221)... “No es posible precisar con exactitud la extensión de los poderes administrativos en caso de circunstancias excepcionales; no se puede sino enunciar el siguiente principio director: se toman legítimas las medidas que exija como indispensables la buena marcha de los servicios públicos”... (222). La opinión discrepante es la que podría llamarse la postura pro-derecho, legalista o legitimista. El publicista panameño César Quintero la ha sabido plantear muy bien, diciendo: “*Salus populi suprema lex*, es el socorrido adagio que se cita... Pero este aforismo, como tantos otros de rutinario empleo, nada dice jurídicamente. Podría ser utilizado como pretexto para hacerlo todo si el concepto de bienestar popular quedara a merced de lo que por él entendieran en cada momento los gobernantes de turno. Precisamente para asegurar ese bienestar popular, se establecen normas fundamentales, previsoras y ordenadoras de la actividad administrativa. Negar la efectividad de esas normas es rechazar la posibilidad de existencia del Estado jurídico. Y en semejantes condiciones, el derecho público todo perdería su razón ser”. (*Los Decretos con valor de Ley*, pág. 107).

(12) Giovanni Miele. *La situazione di necessita de lo stato*, Archivo Giurídico, Vol. I, págs. 433 y 434: “La necesidad funciona con la máxima eficacia. La misma hace improrrogable, indiferible, el logro de un fin. En presencia de graves desórdenes que amenazan la paz pública, o de calamidades que amenazan las vidas y propiedades, la Administración no puede cruzarse de brazos y observar el curso de los acontecimientos. Debe actuar y hacerlo del modo más rápido y oportuno para conjurar el peligro o dismuntirlo. El fin debe ser logrado a toda costa, si es realmente necesario... (pág. 432) “Surgida la necesidad de lograr un fin y no habiendo otro medio para ello que ignorar el derecho escrito; presente, quiero decir, la necesidad imperiosa tanto del fin como del medio único disponible, esta necesidad real funciona como un imperativo jurídico al cual los órganos de la institución no pueden sustraerse. Respecto de ese imperativo se encuentran en la situación del inferior que debe seguir el mandato del superior, pese a su ilegitimidad”. (433 y 434).

mas, la Constitución suprema fuente jurídica a la que todas las demás están subordinadas. Es posible y aún necesario, según este enfoque, el reconocer y regular la urgencia o la emergencia como fuente de un derecho especial, distinto del aplicable a situaciones normales, que permita a la Administración enfrentarse ágil y eficazmente a los peligros públicos. La Administración debe, entonces, tener el poder de prescindir de la ley (de la Asamblea) para crearse su propio derecho, pero ello sólo puede ocurrir si la Constitución lo permite y en la estricta medida en que ésta lo haga. Si así no es, la urgencia carece de todo valor derogatorio o creativo del ordenamiento y la autoridad, aún en situaciones de crisis, tiene que cumplir y hacer cumplir el derecho normal, que se reputa suficientemente flexible como para enfrentarse también a las crisis institucionales o de cualquier otro tipo (como las monetarias). Es claro y definitivo que no hay normas de urgencia, en este planteo, que puedan superar la Constitución, sino tampoco las reglas no escritas, implícitas en los textos escritos a modo de fundamento, y eje, en último término, de la filosofía política e institucional que inspira la Constitución.

b) Las técnicas de la urgencia como fuente de un derecho especial.

Desde este ángulo lo importante es determinar en qué forma puede la Constitución o el ordenamiento escrito fundado en ella hacerle frente a la urgencia. Varias son las técnicas conocidas.

i.—Los decretos legislativos. La Constitución autoriza a la Asamblea para que, en situaciones de emergencia, habilite a la Administración para dictar por una sola vez y sobre una materia perfectamente delimitada, dentro de un tiempo prefijado, el régimen adecuado, confiriéndole la misma fuerza que a la ley. Esto lo hace exclusivamente en beneficio del Gobierno o Poder Ejecutivo, órgano supremo de la Administración, el cual, al actuar, tiene que sujetarse a las directivas, bases y límites de regulación que le ha impuesto la delegación, más allá de los que desaparece su potestad para regular el campo y sus actos se tornan meros reglamentos administrativos, sin fuerza de ley.⁽¹³⁾ Esta teoría está prohibida en Costa Rica por el artículo 9, que dispone:

(13) Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 123: "Cuando la ley decide elevar a su propio rango una norma administrativa ya elaborada, esa elevación se produce total y absolutamente para el contenido pleno de la norma asumida, salvo que otra cosa se determine en la propia ley. Pero cuando la norma administrativa a asumir por la ley no existe todavía, la ley ha de referirse a ella necesariamente como portando un determinado contenido. No puede la ley, según sabemos, referirse en blanco a lo que la Administración decida, porque ello supondría no una delegación legislativa, sino algo sustancialmente distinto, una ley de Plenos Poderes, una abdicación de la posición y poderes del órgano legislativo en favor de otro órgano constitucional". (pág. 123)... "de ello se deriva una consecuencia ineludible: la norma de elaboración administrativa quedará asumida, en efecto, por el legislador —o, en términos más simples, su rango será el de Ley formal— sólo en la medida en que haya respetado los límites con que esa asunción se decidió". (pág. 125).

"Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias".

Pero es importante destacar desde ahora lo siguiente: la delegación legislativa, en los países en que está permitida, supone siempre y necesariamente límites en la delegación, cuya ausencia la hace inconstitucional e ilegítima, porque esos límites son los que expresan el mínimo de voluntad de la Asamblea en cuanto a la regulación delegada, que de otro modo se convertiría en una auténtica enajenación de la potestad legislativa.

ii.—Los decretos de urgencia.

La urgencia o la emergencia inviste a la Administración, por sí sola y sin necesidad de delegación por parte de la Asamblea, de la potestad de legislar, derogando, reformando y sustituyendo leyes, mientras dure la situación anormal. Esas leyes de emergencia deben ser sometidas posteriormente y dentro de un plazo razonable a ratificación de la Asamblea Legislativa. Es muy discutido qué pasa si no son ratificadas, en cuanto al efecto consiguiente: ¿desaparece la vigencia del decreto de urgencia retroactivamente o sólo hacia el futuro? Sea cual sea la solución debe apuntarse que tal tipo de decreto —ley de urgencia— no está previsto en nuestra Constitución, al menos según la interpretación común de su texto.

Es nuestra personal opinión —y así siempre lo hemos expuesto en la cátedra— que cuando el artículo 140 inciso 18 habla de las "ordenanzas" necesarias para la pronta ejecución de las leyes, se está refiriendo precisamente a este tipo de decreto de urgencia, pues es ese justamente el nombre usual que se le da tanto en otras legislaciones como en la doctrina en general.

Pero aún admitido esto, cabe apuntar de inmediato que la potestad de dictar esas ordenanzas es atribución constitucional conjunta de Presidente y Ministro, según la norma citada, no del Banco Central. Si una ley se la diera a éste —como podría interpretarse que se la da el artículo 97 párrafo segundo— estaría violando la Constitución, al usurpar una potestad exclusiva del Poder Ejecutivo.

iii.—Los reglamentos delegados. Bien podría decirse que el aparte anterior se refería a las leyes delegadas o dictadas en virtud de delegación legislativa. Este aparte se refiere, por contraste, a los reglamentos delegados. ¿Qué significa ello? El reglamento se rige en Costa Rica por la doble regla de que no puede regular materia que está reservada a la ley (los impuestos, por ejemplo) y de que no puede regular materia que está ya regulada por la ley (aunque no sea exclusiva de ésta) en contra de la ley. Estos principios suelen llamarse de "reserva de ley" y de "preferencia de ley".

En Francia y en Inglaterra el Parlamento, agobiado por el exceso de trabajo, inició la práctica, antes de la guerra del 39, de encomendar al Gobierno la regulación de materias claramente reservadas a la ley (como la materia penal o tributaria) o bien el modernizar la regulación de una materia ya regulada por una ley, reformándola y sustituyéndola. Desde el punto de vista del efecto de-

rogatorio y creativo, en nada pareciera diferir esta hipótesis de la ya expuesta, de las leyes delegadas o decretos legislativos. La diferencia, sin embargo, es bien clara en las hipótesis que ahora nos ocupan las normas dictadas por el Gobierno en uso de la habilitación expresa conferida por la Asamblea, eran y seguían siendo reglamentos y no leyes, a la inversa de lo que ocurre con las leyes delegadas o dictadas por delegación, que tienen la fuerza formal de una ley y se pueden equiparar a la ley de la Asamblea. En el caso de los reglamentos delegados lo que ocurría era que el Parlamento confería aparentemente al Gobierno el poder de dictar normas capaces para derogar leyes, pero no le confería el poder de crearlas, porque las dictadas en sustitución no tenían el rango de ley, sino el de simples reglamentos administrativos. La prueba de ello radicaba muy claramente en el hecho de que el Gobierno podía continuar regulando esa materia y que el último reglamento común y corriente que dictaba sobre la misma derogaba el anterior, dictado en uso inicial de la habilitación legislativa. Todavía más; reglamentos ejecutivos, dictados por el Poder Ejecutivo o Gobierno para lograr la aplicación de otras leyes, y sin ninguna relación con la autorización de la Asamblea, podían derogar y reformar los reglamentos dictados, en cambio, en uso de ésta. Si, a la inversa, la habilitación dada por la Asamblea hubiera sido para crear verdaderas leyes, ello hubiera sido imposible —como ocurre en el caso de las leyes delegadas— porque una vez dictada la norma en uso de la delegación, la misma era una verdadera ley, totalmente fuera del alcance de cualquier futuro reglamento del mismo Gobierno, que como tal tenía que estar subordinado a ella. De aquí nace la otra diferencia complementaria entre ambos fenómenos, de que mientras los reglamentos dictados en materia regulada por ley y con derogación de ésta pueden continuarse dictando indefinidamente sobre la misma materia por el Gobierno, mientras la Asamblea no revoque la autorización al efecto, las leyes delegadas o dictadas por delegación se dan por una sola vez, desde luego que inmediatamente después de promulgadas quedan fuera del alcance del Gobierno o Poder Ejecutivo, que ya no puede modificarlas ni derogarlas en virtud de simple reglamento, por adquirir de inmediato el rango superior de una verdadera ley.

El fenómeno resulta insólito: se trata de reglamentos que derogan leyes como si fueren leyes, pero que continúan siendo reglamentos, sujetos a derogación por cualquier otro reglamento futuro del Gobierno. Una categoría de semileyes.

La doctrina ha intentado varias ingeniosas explicaciones, todas tendientes a demostrar que cuando el reglamento deroga una ley es la ley la que se deroga a sí misma, sea previendo de antemano que dejará de surtir efecto cuando se dicte el reglamento (como si éste fuera una condición resolutoria de su vigencia), sea porque, desde que autoriza al reglamento para ordenar materia ya regida por ley, está “deslegalizando” ese campo, con lo que quiere decirse que está degradando la ley, quitándole su rango de ley, para convertirla en mero reglamento. Es la ley la que al autorizar al reglamento a de-

rogar la ley degrada ésta a reglamento, por modo que cuando el reglamento nuevo surge y regula diversamente la misma materia (antes gobernada por ley) deroga reglamentos, no leyes, que ya desde antes habían dejado de existir. La ley se “deslegaliza” o degrada a reglamento, habilitando a éste para que regule una materia que antes le estaba prohibida, por estar regulada por ley. (14)

Desde este ángulo aparece clara la diferencia radical y más importante entre leyes delegadas y reglamentos delegados: las leyes delegadas le permiten al Poder Ejecutivo darle rango de ley a una regulación suya que sin la delegación legislativa sería un simple reglamento, elevando así la categoría o rango formal de éste; los reglamentos delegados suponen, a la inversa, que la ley desciende de categoría, para convertirse en mero reglamento, sujeto a derogación, reforma y sustitución por otro futuro reglamento cualquiera del Poder Ejecutivo.

Mediante la técnica del reglamento delegado la ley habilita a la Administración para regular una materia ya legalmente regulada como si no lo estuviera. Se trata de un fenómeno cuyo impacto normativo sobre el ordenamiento es tan grave e importante, e incluso mayor, que el del fenómeno inverso de las leyes delegadas, ya arriba descrito. Porque mientras, como se dijo, estas últimas suponen que el Gobierno adquiere una competencia para dictar leyes por una sola vez, sobre una materia, dictadas las cuales pierde su competencia para continuar regulándola, en virtud del principio de que la ley no puede ser afectada por un reglamento (que es lo único que en el futuro el Gobierno podrá dictar); los reglamentos delegados suponen, en cambio, que la materia como tal pasa a la competencia propia del Poder Ejecutivo, aunque no deje de pertenecer a la Asamblea, pues ese Poder podrá seguir dictando reglamentos en el campo de que se trate mientras no desaparezca la desautorización legislativa de base. (15) La verdadera delegación es una atribu-

(14) Eduardo García de Enterría, op. cit. pág. 168. “Llamamos deslegalización, de acuerdo fundamentalmente con la doctrina francesa, como más atrás hemos expuesto, a la operación que efectúa una ley, que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración... Una Ley de deslegalización funciona como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos”.

(15) Lorenza Carlassare, *Regolamenti Dell'Esecutivo e Principio di Legalita*, pág. 252: “La idea de que el conferimiento de poder reglamentario delegado sea cosa “de menos” respecto de la delegación de la potestad legislativa, corresponde a una visión superficial de la situación. Si se consideran las consecuencias derivadas de la atribución a un órgano diverso del Parlamento del poder de dictar actos dotados de fuerza innovativa en ámbito legislativo, pero sin el valor de una ley, se debe reconocer que el órgano mismo llega a obtener por esa vía poderes que son mucho mayores y peligrosos que los que se adquieren por una delegación legislativa común. Pues, si bien se mira, la falta del valor

ción de competencia legislativa al Poder Ejecutivo transitoria y pe-
recedera con su primer acto de ejercicio, mientras que la autorización
para dictar reglamentos delegados es una atribución permanente y
estable de competencia administrativa. Y esa atribución se hace jus-
tamente para que el reglamento pueda sustituir la ley, haciendo las
veces de ésta.

En consecuencia, debe regir la autorización para dictar regla-
mentos delegados a todas las normas y principios que rigen la delega-
ción legislativa, por mayoría de razón, en bien del interés público
y de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

¿Qué reglas son esas?

Esos principios son los siguientes a grandes rasgos y sin entrar
en detalle en lo posible:

1.—La autorización legislativa (de la Asamblea Legislativa o
de la ley) para que un reglamento deje sin efecto una o varias leyes
tiene que ser expresa, o, al menos, inequívoca en ese sentido, exac-
tamente como tiene que ser expresa la delegación legislativa (en sen-
tido estricto) cuando se da. Se trata del fenómeno sumamente grave
de cambiar la jerarquía de las normas que constituyen el ordena-
miento (realzándola o degradándola) y eso exige expresa y clara ma-
nifestación del legislador.

2.—La autorización no sólo debe darse dentro del marco de la
Constitución y con pleno respeto para sus principios, sino que debe
ser posible en virtud de un texto constitucional que la admita, exac-
tamente por la misma razón por la que antes se exigió manifestación
clara y expresa de la ley al respecto.

3.—La autorización legislativa del reglamento delegado debe
ser tasada y limitada, es decir: no puede ser una autorización en blanco
o prácticamente en blanco, para que la Administración regule una
materia a su antojo. Es necesario, en otras palabras, que haya una
especificación de las leyes que podrá derogar, de lo que no podrá ha-
cer, de las bases y directrices que deberá seguir, de los fines que
perseguirá y del tiempo justo en que ejercerá la potestad reglamen-
taria delegada la Administración, exactamente como ocurre con la
delegación legislativa en sentido propio.⁽¹⁶⁾

de ley implica necesariamente la posibilidad para el órgano en cuestión que
ha emanado el reglamento, de modificarlo sucesiva y aún reiteradamente en
el tiempo, o sea se traduce, en último término, en la atribución estable y
definitiva de competencia normativa en un sector dado".

(16) Eduardo García de Enterría, op. cit. pág. 171: "La ampliación del ámbito ma-
terial de la potestad reglamentaria se hace siempre delimitando dicho ámbito
de una manera más o menos precisa, pero siempre expresa, puesto que no
cabe una deslegalización general de todo el bloque de la legalidad. Esa deli-
mitación puede incluir, además de unas determinaciones materiales externas,
una finalidad más o menos explícita y, también frecuentemente, un plazo tem-
poral. Esas determinaciones materiales, ese fin y, en su caso, el plazo se consi-
stituyen en límites concretos de la delegación de que se trata". En igual sentido
pero todavía con más énfasis en la necesidad de límites claros en la auto-

iv.—El principio de legalidad sustancial vigente en Costa Rica
y los reglamentos delegados.

Es este último requisito exigible de toda ley que autorice un
reglamento delegado —la indicación de límites precisos que permitan
conocer la voluntad del legislador sobre la materia delegada al regla-
mento, y sobre todo, de las leyes que podrán dejarse reglamenta-
riamente sin vigencia dentro de la misma— lo que creemos que es
la clave para averiguar la posibilidad de ese tipo de reglamentos en
Costa Rica, y, caso afirmativo, los límites y condiciones dentro de los
que deberán darse, bajo sanción de inconstitucionalidad si los ignoran.

El principio que está detrás de esta exigencia de una precisión
legislativa respecto del reglamento delegado es el mismo principio de
legalidad, llevado al plano de producción de normas. Este principio
consiste en decir que la Administración no podrá actuar sin una ley
que lo autorice a hacerlo y regule, en un mínimo, el contenido del acto
autorizado. Normalmente se admite una excepción a esta regla en el
caso de urgencia o emergencia, en el cual es posible autorizar el acto
regulando únicamente el motivo —como lo está en el caso del artículo
97 párrafo primero— sin delimitar el contenido. Pero cuando se
trata de la producción de normas, dada la importancia de esa materia,
la regla es que el contenido de la norma administrativa tiene que estar
predeterminado en un mínimo por la ley que le da base, sin lo cual
el reglamento se convierte en ley y resulta inconstitucional. Es decir,
lo propio de la ley no es sólo poder regular una materia con fuerza
suficiente para dejar sin efecto cualquier otra norma que se le oponga

rización de reglamentos delegados, Lorenza Carlassare, op. cit., 258, 265 y
260: "Ciertamente sería inadmisibles la atribución de una potestad reglamen-
taria que se acompaña del poder de derogar o modificar las disposiciones de
una ley indicada en forma totalmente genérica: inconstitucional sería por lo
tanto una ley del Parlamento que dejase a los órganos ejecutivos la disciplina
de una materia en forma eventualmente diversa de la legislación existente,
según quieran modificarla o derogarla libremente los órganos titulares de la
respectiva potestad reglamentaria... Diverso es el caso en el que las disposi-
ciones legislativas modificadas por reglamento sean puntualmente identifi-
cadas por la ley, o, al menos unívocamente identificables... Desde un punto
de vista sustancial, una ley de este tipo será legítima o ilegítima según su
contenido: deberá determinarse, efectivamente, caso por caso, si el sucesivo
ejercicio de potestad reglamentaria está suficientemente vinculado en forma de
respetar las exigencias de una legalidad sustancial: quiere decirse, si la ley
ha disciplinado ella misma la materia en forma tal que el ejercicio de la
potestad reglamentaria pueda reconducirse a la ley y controlarse o medirse
efectivamente su legalidad".

En lo que toca a Latinoamérica la experiencia es igual. Dice al respecto el cono-
cido tratadista Miguel Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo, tomo
I, pág. 249: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta que el re-
glamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que implique agravio a
texto o principio alguno de orden constitucional. Pero supedita la validez de
esos reglamentos a ciertas condiciones: las facultades normativas otorgadas al
Poder Ejecutivo deben serlo dentro de un ámbito cierto y determinado ex-
presamente".

—excepto la Constitución— sino también poder regular materia no regulada previamente por ninguna otra norma, disponiendo de plena libertad para dar esa regulación por primera vez. Lo propio de la Administración, en cambio, es tener que actuar siempre sometida a la ley y, cuando se trata de reglamentos, servir únicamente para facilitar la aplicación y ejecución de la misma. La Administración no tiene otros poderes que los que la ley le confiere, dentro de los límites que la ley debe imponerle. Si le confiere una potestad plenamente libre y sin límites ni guías de ninguna especie, la ley está realmente abdicando de su papel propio y delegando en el reglamento lo que ella misma debe hacer.

El principio anterior está consagrado expresamente por el artículo 11 de la Constitución, que dice:

“Artículo 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes”.

Tratándose de reglamentos, como se dijo, la regla es más estricta todavía.

Nuestra Constitución sólo regula una clase de reglamentos de la Administración, capaces para regir sus relaciones con el ciudadano. Se trata de los llamados reglamentos ejecutivos, contemplados por los incisos 3 y 18 de nuestra Constitución, que disponen al respecto:

“Artículo 140 incisos: Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: 1), 2)...

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento;

18) Darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus Despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes”.

El reglamento ejecutivo es, para decirlo con el propio texto constitucional, el que sirve para “la pronta ejecución de las leyes”. Su contenido está condicionado y limitado por el de la ley que trata de ejecutar, pues con esa función no puede hacer otra cosa que iluminar aspectos oscuros de la ley o tratar de complementar sus preceptos sobre la materia, para lograr que se apliquen mejor, pero nunca disponer algo en contra o totalmente nuevo respecto del texto de aquélla. Esto es tan conocido que sobran citas para apoyarlo.

Se encuentra ahora la clara diferencia entre reglamento delegado y reglamento ejecutivo. Con el primero la ley nada dispone en concreto sobre la materia a regular, sino que simplemente enmarca en límites y directivas la potestad que le confiere a la Administración para que ella regule la materia, en lugar de la ley; el segundo, en cambio, encuentra frente a sí una ley que ya regula la materia y frente a la cual su única función es de aclaración y complementación, es decir, de mera ejecución.

Demos un ejemplo y escojamos, precisamente, el del artículo 97 párrafo segundo.

Si de lo que se trata es de regular la materia de los controles sobre las importaciones, habría autorización para dictar reglamentos delegados si el artículo 97 se limitara a decir en qué plazo, cuáles leyes y artículos de la ley podrían ser específicamente derogados, reformados o sustituidos por el reglamento, qué tipo general de controles se podrían crear y qué límites deberían tener los reglamentos en relación, por ejemplo, con los derechos humanos o legales, para regular la materia. Si el artículo 97 sólo dijera eso, nada dispondría directamente sobre la materia, sino que se limitaría a guiar al futuro reglamento, para que éste lo hiciera por su cuenta.

El caso del reglamento ejecutivo es otro. El mismo se daría si, en lugar del artículo 97, párrafo primero, existiera ya (inserta en la Ley Orgánica del Banco Central o en cualquier otra) una ley que regulara el tipo, los alcances, los fines, los procedimientos, la forma, etc. de los controles cambiarios. El reglamento ejecutivo vendría, entonces, a completar esa regulación ya existente, agregándole claridad o cabalidad de detalle y operación.

Ahora bien: explicado el principio de legalidad y la naturaleza del reglamento ejecutivo es fácil llegar a la conclusión buscada, en la siguiente forma:

Nuestra Constitución sólo admite un tipo de reglamento de las relaciones del ciudadano con la Administración, que es el ejecutivo de la ley que regula esas mismas relaciones, y excluye y prohíbe el reglamento delegado. La prueba mejor de ello es que expresamente prohíbe la delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo (artículo 9 *in fine*), por la razón de que encuentra que, aún habiendo limitaciones y directrices claras y aplicables en la delegación legislativa, como se vio que es práctica institucional que ocurra, aún así la vinculación entre ley y reglamento sería muy vaga e imprecisa en ese campo y equivaldría a erigir a la Administración en legisladora, dándole un gran margen de libertad para regular una materia todavía no regulada directamente por la ley.

El reglamento delegado, desde este ángulo, aparece como contrario, en nuestro ordenamiento, al principio de legalidad consagrado por el artículo 11 de la Constitución, dado que equivaldría darle a los funcionarios del Poder Ejecutivo una facultad que la Constitución no les concede, cual es la de regular por primera vez y con gran libertad una materia, sin sujeción estricta a una ley previa reguladora de la misma. Equivale igualmente, el reglamento delegado, a una violación de la norma constitucional que exige que todo reglamento se oriente necesariamente a la “pronta ejecución de la ley” o a su “ejecución” a secas, tal y como categóricamente lo preceptúa el artículo 140 incisos 3 y 18, suponiendo una estricta sujeción del reglamento a las disposiciones materiales de la ley reguladora previa, como reglamento ejecutivo de ésta.

Y ese tipo de reglamento delegado es, finalmente, una violación del artículo 9 *in fine* de la Constitución, porque equivale, des-

de el punto de vista de la dosis de libertad permitida a la Administración en relación con la ley y con el uso de sus potestades normativas y reglamentarias, a una delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo (con la única variante de que aquí no hay atribución de la fuerza formal de la ley en favor de este último).

La doctrina no ha dejado sola a nuestra Constitución. Esta postura de radical desconfianza ante la Administración —se comparte o no— es hoy un rasgo común a gran parte del pensamiento constitucional y administrativo.

A riesgo de extensos, volvemos a citar a García de Enterría, el gran publicista español, que ha manifestado como nadie su repudio y el de la filosofía política contemporánea por las normas administrativas de alcance ilimitado por ley:

“la articulación entre la Ley y el Reglamento se hace sobre el principio formal de jerarquía normativa, en virtud del cual la ley precede al Reglamento y no puede ser, consiguientemente, derogada por éste, lo cual no es sino una consecuencia de la jerarquía previa de los órganos de que respectivamente emanan una y otra norma. El reglamento es, pues, una norma subordinada y secundaria, tanto en su fuente de legitimidad como en su eficacia normativa... (pág. 9, op. cit.) “la ley es esencialmente “soberana”, expresión de la voluntad comunitaria organizada, disposición de la comunidad sobre sí misma, en tanto que el reglamento no es sino una disposición de la Administración, que no es en modo alguno la comunidad sino un ente servicial y secundario de la misma, o, si se prefiere, una organización instrumental de gestión, carente de soberanía, más bien obligada a justificarse a cada momento por el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe”.. (pág. 8, op. cit.).

Y después de tan fundamental toma de posición, García de Enterría reafirma con toda rotundidad:

“Contra lo que una primera impresión pudiera dejar suponer, es un hecho de fácil comprobación que suelen ser más perfectas como instrumentos normativos las leyes elaboradas por colegios de representantes políticos, entre los cuales sólo excepcionalmente hay verdaderos técnicos, que los reglamentos salidos de los gabinetes y secretarías técnicas ministeriales. La circunstancialidad de estos reglamentos, su consustancial fugacidad, subrayada por el cambio normativo frenético que registra la salida diaria del Boletín Oficial del Estado, expresión viva de la “legislación motorizada”; el detallismo absorbente, el casuismo, inmediatamente caducado antes de las transformaciones sociales incesantes; su tendencia hacia la objetualización de los ciudadanos, cuya independencia o libertad, o cuyas iniciativas y facultades rara vez respetan; su interpretación inevitablemente extensiva y centralizadora de toda competencia administrativa y aún la constante autodefinición de nuevas competencias; su esquematismo tomado del propio ambiente burocrático, desconocedor, cuando no impugnador, de la complejidad del mundo social y eco-

nómico, son todas aquellas notas presentes habitualmente en las normas de la Administración” (op. cit. págs. 30 y 31).

No creemos que sea posible un inventario más completo de inculpaciones y quejas contra las nuevas formas de reglamentación administrativa.

5.—La inconstitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo de la Constitución. Conclusiones.

Es a la luz de todo lo expuesto inmediatamente antes, que podemos juzgar sobre la constitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central.

Es evidente que el artículo 97, párrafo segundo es una ley que delega en el Banco Central, por razones de emergencia, la regulación o reglamentación del campo llamado controles (cuantitativos o cualitativos) sobre las importaciones.

Que hay delegación se desprende claramente del hecho de que todavía no existe ley de la Asamblea sobre la materia en Costa Rica, pues en todo el extenso articulado de la que contiene el artículo 97 no se encuentra el texto adecuado y aplicable a aquélla. Hay aquí una primera característica que acentúa al máximo el grado de libertad de la Administración (Banco Central): es que normalmente el reglamento delegado —como se hizo ver— deroga o parece que deroga leyes preexistentes, que así resultan “deslegalizadas”, en tanto que en este caso la deslegalización hecha por el artículo 97 a favor del Banco Central funciona en el vacío legislativo, pues, repetimos, no hay leyes especializadas sobre la materia, sino sólo normas colindantes y colaterales, como la Ley Orgánica aquí dicha.

Que la delegación tiene alcance derogatorio de ley es casi seguro, no sólo porque así lo indica la conducta del Banco, que ha ignorado y dejado sin efecto con su decreto de recargos cambiarios el artículo 104 de esa Ley Orgánica, sino sobre todo porque es una delegación en el reglamento hecha con el específico propósito de hacerle frente a una “emergencia” y ya se vio que la consecuencia primera y más característica de ésta es ese efecto derogatorio, en medida en que el ordenamiento lo permita.

Y procede reiterar, como quedó dicho, que si fuera cierto que el artículo 97 no autoriza a dictar reglamentos derogatorios o delegados, entonces de todos modos sería ilegal la actuación del Banco por violación del artículo 104 de la Ley Orgánica de éste, que su decreto ha dejado momentáneamente sin vigencia.

Dado que hay aquí una autorización al Banco para dictar reglamentos delegados sobre controles cambiarios, procedamos a analizar la corrección de ese conferimiento de potestad reglamentaria, de acuerdo con los principios que rigen ese tipo de delegación, antes puntualizados.

i.—Violación de los artículos 9, 11, 140 incisos 3 y 18.

Vimos ya que los reglamentos delegados son prohibidos en nuestro sistema, que no admite una relación de tanta desvinculación entre ley y reglamento y opta por dar cabida en su ámbito únicamente a los reglamentos ejecutivos.

ii.—La total indeterminación de la potestad reglamentaria autorizada.

Vimos ya que aquí se autoriza al Banco a regular en el vacío, pues no hay leyes sobre la materia. Ante tal situación era de esperar que, con más claridad y abundancia que nunca, se impusieran al Banco ciertos límites, bases y guías para reglamentar los controles sobre las importaciones, puesto que la materia es amplia y los controles son variadísimos, tanto en doctrina económica como jurídica. No sólo eso: no hay la menor indicación en el artículo 97 sobre cuáles son o serán las leyes conexas con la materia, colindantes o colaterales como dijimos, que puedan resultar derogadas o privadas de efecto, por medio de la ya explicada deslegalización. Hay aquí una delegación total del bloque de la legalidad, por falta de imposición de límites al respecto, que puede reputarse —como lo hace García de Enterría en su cita de nota N° 16— como una forma de conferimiento de plenos poderes, constitucionalmente imposible en Costa Rica ni aún previa suspensión de las garantías y mucho menos en favor de una entidad técnica de servicio, sin fines ni orientaciones políticos, como el Banco Central.

En efecto, cabe preguntar: si el Reglamento dictado por el Banco, con base en el artículo 97, derogó o suspendió la vigencia del artículo 104 de la Ley Orgánica referida, ¿qué límite tiene esa misma potestad derogatoria respecto de otros artículos y capítulos de la misma ley, y aún de otras leyes, dado que el artículo 97 no hace indicación ni limitación al respecto?

Baste enumerar brevemente y sin comentarios las múltiples medidas de control cualitativo y cuantitativo que el Banco puede adoptar por reglamento delegado, sin ley reguladora preexistente, para percibir las muchas derogaciones legislativas más que el Banco podría llevar a cabo sobre esa misma base y en idénticas condiciones, medidas que son, entre otras y sin que la enumeración sea exhaustiva:

1.—Licencias y cuotas de importación: se permite la importación de ciertas mercaderías y se prohíbe la de otras; también se establece el número de unidades que se puede importar de determinados artículos;

2.—Depósitos previos: se exige a los importadores depositar anticipadamente el total o un porcentaje del precio a pagar por la importación; el plazo del anticipo es variable;

3.—Sistema de autorización para el compromiso de importación: se necesita la autorización del Banco Central para cerrar la importación en firme;

4.—Fijación de utilidades mínimas: se fija a los importadores de productos no esenciales una utilidad mínima a obtener con la venta de su producto, para encarecerlo, lo que se logra también fijando precios mínimos en contra del consumidor;

5.—Establecimiento de categorías por eficiencia, no por esencialidad.

Se fijan recargos pero no contra lo no esencial, sino contra industrias poco productoras de divisas, favoreciendo a las que permiten el ingreso de las mismas, de las cuales se levanta lista, con el fin de excluir a todos los demás del respectivo beneficio. Este sistema puede llegar al establecimiento de subcategorías dentro de las listas, hasta el punto de hacer fijaciones individuales de recargos por empresa o grupo de empresas, de acuerdo con su comportamiento económico-efectivo y no de acuerdo con la índole de la industria o comercio clasificado, favoreciendo con subsidios como los descritos o de cualquier otro tipo únicamente aquellas entidades que tienen un desempeño económico-eficiente para el país en el comercio internacional.

6.—Regulación del crédito privado (además del público). De esto han hablado ya el diario La Nación y el señor Gerente del Banco Central en declaraciones varias a la prensa. Una forma indirecta de control sobre las importaciones puede ser la contracción coactiva del crédito público y privado.

7.—La participación financiera del sector público en actividades industriales o mercantiles altamente productivas de divisas. Esto ocurrió en Alemania nazi; es una posibilidad remota, pero es siempre una verdadera posibilidad.

8.—Las congelaciones de divisas. Se trata de su nacionalización (con o sin indemnización?).

La lista anterior revela que, contra lo que se cree del artículo 97, su problema no es la fijación de límites rígidos que permita verificar una extralimitación del Banco en el uso de las potestades que le confiere, sino, a la inversa, la total indeterminación del objeto y contornos legales de la potestad reglamentaria delegada que crea, habilitando así al Banco para interferir seriamente en la iniciativa económica privada, por la vía de reglamentos que instrumenten una simultánea deslegalización de las leyes que puedan ser obstáculos.

En síntesis: si los reglamentos están prohibidos cuando no tienen base en una ley reguladora de la misma materia, es evidente que la potestad reglamentaria creada por el artículo 97 está constitucionalmente prohibida también por el artículo 9, como una forma de delegación indebida de funciones por la Asamblea.

Pero aún suponiendo que la autorización de reglamentos delegados en Costa Rica fuera posible, aun suponiendo válido el reglamento que verse sobre una materia de la que no hubiera todavía una ley reguladora, justamente por encargo de la ley, aún así el artículo 97 sería inconstitucional e implicaría una delegación de funciones en el Banco Central, puesto que el artículo 97 no indica cuáles leyes podrán ser dejadas sin efecto por los reglamentos del Banco Central, no define ni aproximadamente qué controles cuantitativos o cualitativos se podrán establecer y con qué límites, y no da directrices en absoluto que puedan orientar al Banco en su labor y que expresen, en todo caso, la voluntad clara de la Asamblea en cuanto a la re-

regulación delegada que autoriza. Se trata no de una potestad reglamentaria, sino de una verdadera y grave abdicación de la Asamblea en favor del Banco, sin límites ni cortapisas de ninguna especie, ni en beneficio de la Asamblea, ni en beneficio de los derechos y libertades del individuo.

iii.—La duración indefinida de la delegación operada.

Finalmente, el artículo 97, párrafo segundo no es claro en cuanto a la duración de la competencia reglamentaria delegada al Banco, pues expresamente no dice —ni tampoco es posible entenderlo claramente implícito en su texto— cuántos meses, días o años durará ese estado de emergencia que crea.

De todo lo cual es posible inducir el que el artículo 97 es realmente inconstitucional y atenta en forma directa contra la seguridad jurídica del ciudadano.

Qué es lo que conviene examinar finalmente.

iv.—La violación del principio de reserva de ley.

Todo individuo tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe, lo que significa que toda imposición del Estado que limite esa libertad (o el uso de su propiedad) tiene que ser dispuesto por ley, o, al menos, con base *suficiente* en la ley (de la Asamblea).

Este principio está claramente formulado por el artículo 28 de nuestra Constitución, párrafos primero y segundo que dicen:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”.

“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

Dicho más brevemente: sólo la ley puede limitar la libertad del individuo. Esto se halla reforzado en norma constitucional, otorgada por el artículo 46 de la Carta, que dispone generosamente:

“Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria”.

Como esta norma es excesivamente favorable al ciudadano, ya nuestra Jurisprudencia constitucional se ha encargado de consagrar la posibilidad de que una ley (de la Asamblea) pueda restringir la libertad de industria y comercio.

Hay aquí, respecto de la libertad y de la propiedad del individuo, con base en el artículo 28 de la Constitución Política, una repulsa de las intromisiones administrativas similar a la que hay en relación con la producción de normas en general. Así como está prohibido delegar en el reglamento la regulación completa y sin límites de una materia, sobre todo si ésta se deslegaliza, así también hay la prohibición de interferir, comprimir o suprimir derechos de libertad, de empresa o de propiedad sin una ley de base, que indique, en un mínimo, cómo ha de llevarse a cabo el efecto nocivo.

Hemos visto, de la enumeración hecha de controles posibles sobre las importaciones, que éstos se abren en una amplia gama, muchos de ellos con grave incidencia sobre la libertad y propiedad del ciudadano (como las autorizaciones para importar, las fijaciones de utilidades y precios mínimos contra el consumidor, las congelaciones o nacionalizaciones, etc.), todo lo cual, según el artículo 28 y el artículo 45 de la Constitución (garantía de la inviolabilidad de la propiedad y patrimonio en general, en relación con el artículo 46 ibídem (libertad de industria y comercio), tiene que hacerse por ley o con base en la ley, sin lo cual se destruye la garantía constitucional de esos derechos, fundada en los citados textos constitucionales.

Y esa violación es particularmente patente cuando la delegación de potestad reglamentaria para regular materia no legalmente regulada, la efectúa el artículo 97 en comentario en forma totalmente abierta e indeterminada, según quedó demostrado, sin fijación de bases, directrices, tiempo, o criterios de interpretación, que permitan saber la opinión y la voluntad del legislador al respecto.

Es por una problemática igual a la descrita y presente en este caso, que la doctrina se inclina así unánimemente por prohibir los reglamentos delegados en la materia reservada a la ley, como ésta de la libertad y propiedad del industrial o del comerciante.

Los testimonios de la doctrina son de particular claridad en el punto.

Dice el tratadista Miguel Marienhoff, op. cit. tomo I, pág. 248 y 249:

“Bielsa acepta la posibilidad de que estos reglamentos sean constitucionalmente emanados, “en materia de administración, siempre que no importen usurpación del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio”. Pero como lo advierte un tratadista, “es obvio que resulta de lo más difícil establecer la distinción entre materias legales y materias administrativas”. Lo cierto es que la emisión de reglamentos “delegados” debe restringírsela o limitársela, en beneficio de las libertades públicas”. Dice Enrique Sayagués Laso, op. cit. tomo I, pág. 123:

“Hay cierta materia que no admite la regulación mediante reglamento. Es la llamada reserva de la ley, que en nuestro país está consagrada expresamente en la Constitución. El ejemplo más claro lo constituye la regulación de los derechos individuales y de las actividades privadas”.

Y cerramos con la palabra certera, otra vez, de García de Enterría, cuando dice:

“Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a las materias

constitucionalmente reservadas a la ley. Esta reserva de una materia a la Ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplir con una Ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trata a los Reglamentos". (op. cit. pág. 171).

Creemos que es claro e indiscutible que los controles sobre las importaciones (cuantitativos y cualitativos) comprenden la adopción de medidas que—como las enumeradas arriba— pueden lesionar seriamente los derechos de libertad y de comercio y de empresa del ciudadano, actividades privadas reservadas constitucionalmente a la ley, no sólo en Costa Rica (donde la reserva se efectúa por el artículo 28 y los artículos 45 y 56 antecitados) sino, como se desprende de las citas, en todo el mundo occidental.

Sobre esas materias no puede funcionar el reglamento delegado ni puede una ley habilitarlo para que lo haga, como lo hace el artículo 97 párrafo segundo en examen.

Es, en consecuencia, una clara violación del artículo 28 de la Constitución, puesto en relación con los artículos 45 párrafo final y 46 párrafo primero *ibidem*, el otorgamiento de potestad reglamentaria abierta e indeterminada, para incidir sobre esas libertades legalmente reservadas, que hace el artículo 97 en favor del Banco Central. Violación ésta que completa el cuadro anterior de vicios de inconstitucionalidad que infician y matan la vida del artículo 97 dicho.

6.—Resumen de inconstitucionalidad del artículo 97.

El artículo 97 párrafo segundo de la Ley del Banco es inconstitucional por las siguientes razones:

1.—Porque crea una forma de potestad reglamentaria por delegación legislativa, libre e indeterminada, que la Constitución no prevé y más bien prohíbe, todo con violación de los artículos 9 (que prohíbe la delegación de funciones) 11 (que enuncia e impone el principio de legalidad y la sujeción de la autoridad administrativa y todos sus actos, incluso el reglamento, a la ley) y 140 incisos 3 y 18 (que permite sólo una forma de reglamento, que es el ejecutivo).

2.—Porque permite reglamentos delegados sin determinación de bases, directrices ni límites legales de ninguna especie, en materia reservada a la ley, como la atinente a la libertad de comercio e industria, que se ven directamente afectadas con los controles cambiarios, con violación de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política.

3.—Porque viola el Convenio del Fondo Monetario Internacional (artículos IV y VIII del mismo) con violación del artículo 7 de la Constitución que establece la superioridad del tratado y convenios internacionales sobre la ley y sobre los reglamentos de cualquier tipo (sean delegados o no).

D.—La jurisdicción y la vía de impugnación aprobadas.

Contra la ley (artículo 97 párrafo segundo) el recurso de inconstitucionalidad, previa interposición de la acción contenciosa contra el reglamento del Banco. Contra el reglamento del Banco la vía contenciosa ordinaria (no especial) común. Hay un plazo de dos meses para la interposición de la acción, a partir del 12 de julio pasado.

E.—Los escollos del juicio.

i.—El artículo 97, párrafo segundo como un derecho de emergencia.

La norma que examinamos expresamente autoriza los controles cualitativos y cuantitativos en casos de emergencia. ¿Qué importancia tiene esto en el caso?

Creemos que el planteo de la polémica anterior al respecto fue necesario (con las citas que lo apoyan) porque revela que la emergencia como fuente de un derecho especial es, por lo menos, polémica y no, en absoluto, inconcebible en un Estado de Derecho. La teoría de la urgencia administrativa se discute con igual brío tanto en estados totalitarios (como los nazistas o fascistas, donde se abusó de la misma) como en estados democráticos (como los EE.UU., Francia e Italia, donde ha sido acogida con efecto gravemente derogatorio de la ley ordinaria) y en muchos la jurisprudencia ha terminado por aceptarla como fundada en realidades que los jueces no pueden desconocer.

Esto significa, para el caso, lo siguiente: que no es inconcebible una interpretación del artículo 97, párrafo segundo de examen en forma amplia a favor de los poderes del Banco Central y naturalmente distinta de la antes esbozada.

La interpretación podría ser la siguiente: El Banco Central puede dictar reglamentos como el creador de los recargos cambiarios, con violación de los artículos y principios constitucionales antes citados, porque va implícito en la Constitución que ello es posible en situaciones de emergencia.

El principio de legalidad, la división de poderes, las libertades públicas, el carácter subordinado de la potestad reglamentaria, son todas reglas constitucionales que quedan en suspenso mientras haya una emergencia, paralelamente a una ampliación de las potestades de acción y regulación de la Administración para hacerle frente a la crisis.

Un planteo favorable a la doctrina de la urgencia pero respetuoso de la Constitución podría buscar una solución de tipo intermedio, que manteniendo la validez y vigencia de las regulaciones de emergencia del Banco Central, circunde con límites esas potestades excepcionales, en garantía de la Constitución y del ciudadano.

Esta teoría puede plantearse afirmando que los actos y reglamentos de urgencia o emergencia están permitido, aún cuando se otorguen en forma indeterminada e imprecisa, siempre que se ejer-

zan dentro del límite de la Constitución y respetando sus principios, aunque violen la ley.

Contra afirmación de esta naturaleza caben todos los argumentos ya esgrimidos para probar la imposibilidad de la doctrina de la urgencia en Costa Rica, salvo como principio doctrinario cuya consagración positiva —por vía de jurisprudencia o de legislación— podría ser conveniente. Pero resulta oportuno tomar en cuenta este argumento porque sería con toda seguridad uno entre los principales del Banco para defender su posición, si es que hubiera juicio.

ii.—Los límites del Banco Central en el uso de los controles de emergencia.

Debe advertirse que, en todo caso, el Banco Central está obligado a observar ciertos límites en el uso de los poderes de emergencia que le confiere el artículo 97, párrafo segundo, aun si se sostiene la tesis de que, por la urgencia, su indeterminación y falta de contorno legal son constitucionales y permitidos.

Esos límites son los que frenan cualquier poder discrecional de la Administración, para evitar que se convierta en arbitrariedad.

En primer término, la emergencia debe existir, tal como antes quedó definida.

Son muchos los economistas destacados del país que han sostenido que la crisis era inexistente; si esto es técnicamente comprobable, la medida es nula por ilegal y violatoria del artículo 97.

En segundo término, y aun existiendo la emergencia, procedería controlar si la medida era necesaria o, mejor dicho, indispensable, pues caso opuesto no debió tomarse, dado que la medida urgente debe tener ese carácter.

Y finalmente, procede controlar si cualquier otra medida hubiese sido peor, pues la Administración está obligada en esta condición a causar el menor daño posible al ciudadano, realizando sólo aquello que es inevitable dentro de la circunstancia y que represente prácticamente el único medio para actuar con éxito. Todo esto lo puede y tiene que controlar el Juez, aun si se admite que el artículo 97 es constitucional.⁽¹⁷⁾

F.—Dictamen final:

El juicio es posible y hay buena probabilidad de obtener un resultado favorable. No podemos garantizarlo; actúan en contra el carácter obviamente político del negocio y la posibilidad de una interpretación auténtica del artículo 97 de la ley, aplicable retroactivamente, que venga a eliminar los vicios de indeterminación acusados en la delegación legislativa.

Creemos que, en todo caso, la violación del artículo 7 de la Constitución Política a través de la violación del Convenio con el Fondo Monetario Internacional es una base seria y sólida para el triunfo.

(17) André de Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 223 y 224.

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DEL CONTRATISTA PUBLICO EN COSTA RICA (*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

SUMARIO

Parte I: Trayectoria histórica.— *Parte II:* Aportación al estudio de la selección de contratistas públicos.— *Parte III:* Comentarios a resoluciones de la Contraloría General de la República referidas a apelaciones contra actos de adjudicación de licitaciones públicas.— *Parte IV:* Caso especial de impugnaciones a los actos de adjudicación en donde la institución interesada es la Contraloría General de la República.— *Parte V:* Una modalidad específica de la contratación pública administrativa: el concurso de antecedentes.— *Parte VI:* ¿Tiene apelación, en vía jurisdiccional, el acto que declara desierta una licitación pública?— *Parte VII:* Comentario al Reglamento para la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.

(*) La Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica editó nuestro estudio titulado "La licitación pública en Costa Rica" (San José: 1975) que fue la monografía con la que obtuvimos el Doctorado en Derecho con la calificación de sobresaliente. Esta tesis fue premiada por el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid en el Concurso "Tesis Doctorales Hispanoamericanas" según certificación de 28 de junio de 1973 extendida por el entonces Secretario de ese Instituto, Don Juan Ignacio Tena Ybarra.