

Artículo 303:

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del rechazo de una revisión o revocatoria, podrá la parte afectada recurrir en apelación ante el Consejo.

Artículo 304:

Los recursos contra las resoluciones del Consejo serán interpuestos ante el mismo, el que caso de admitir el de apelación, citará y emplazará a las partes que hubieren señalado oficina para notificaciones, para que dentro del término de cinco días ocurran ante el superior a hacer valer sus derechos.

Artículo 305:

De las resoluciones que haya dictado el Consejo, conocerá en alzada el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, quien resolverá definitivamente dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del término del emplazamiento.

— 0 —

Tal es la legislación relativa al caso en cuestión.

Precisamente, en diciembre de 1974, el citado Consejo acordó rescindir el contrato administrativo suscrito con la *supramencionada* adjudicataria con base a un conjunto de motivos que le dieron sustento a su resolución, en cumplimiento del artículo 301, ya transcrito. En *La Gaceta* del 3 de junio de 1975 se declaró desierto el concurso que se había promovido con el fin de contratar la explotación de los servicios de bar y restaurante en el aeropuerto "Juan Santamaría".

Este ejemplo lo hemos traído a nuestro discurso escrito con el fin de ilustrar, por medio de una impugnación ante la Contraloría, el comportamiento real de las normas de comentario.

ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

*Fernando Bolaños Céspedes (**)*

(*) Trabajo presentado cuando cursaba el primer año profesional de Derecho. (1974).

(**) Estudiante de 2º año de Derecho y 2º de Ciencias Políticas.

INTRODUCCION

El problema de la creación del Derecho es y sigue siendo el problema más importante para cualquier estudioso de la ciencia jurídica. El avance de las tesis positivistas y "puras" en la formación académica de muchos juristas no puede menos que alarmarnos a los que insistimos en concebir al orden jurídico como una superestructura de la sociedad. Decir que el Derecho es superestructura no significa negarle la importancia que él tiene, como algunos quisieran creer, sino más bien colocarla en el lugar que le corresponde dentro de un esquema real y objetivo de la sociedad.

El estudio de las fuentes del Derecho posee un lugar de importancia fundamental dentro de toda esta problemática, pues son ellas las que en forma directa nos van a explicar el trasfondo escondido detrás de ese "simple conjunto de normas". Estudiar las fuentes del Derecho desde un punto de vista estrictamente jurídico puede tener gran valor como técnica jurídica, pero no nos aclara nada el problema de la creación y contenido del Derecho.

El Derecho como creación humana pertenece al campo de las ciencias de la realidad y jamás al de las ciencias del espíritu, como pretende Hermann Heller. Máxime si tomamos en cuenta su injerencia directa en la realidad social.

La norma jurídica sólo encuentra explicación en las distintas valoraciones que los hombres hacen de los intereses que ellos mismos portan, de acuerdo a la ideología dominante en ese momento. Los intereses a que nos referimos no son meras abstracciones, como tampoco lo es la ideología dominante de la sociedad. Tales intereses provienen directamente de las condiciones reales de producción en que los hombres se han organizado para la satisfacción de sus necesidades. Son las relaciones que para tal efecto establecen los hombres entre sí, las que los van a colocar en distintas posiciones desde donde van a poseer diferentes intereses unos de otros. Es tan simple como decir que al comerciante le interesa expandir su negocio y al obrero asegurar su futuro con una mejor posición socio-económica. Ese es el mundo del ser, al que el mismo Heller llama mundo de la "normalidad" y Marx (con todas las reservas del caso) "infraestructura económica". La distinta posición que ocupan los hombres en el pro-

ceso productivo los enseña a "valorar" el mundo en distintos grados y formas. Aparece entonces el "debe ser" o mundo de la normatividad. Las meras repeticiones de conducta permiten ya la aparición de ciertas normatividades como los usos sociales y las costumbres. Es ese el primer grado de objetivación de la realidad social. Más alto aún es el grado de objetivación cuando los hombres, no por mera repetición, sino por un proceso de abstracción mental consiguen valorar la realidad que los rodea y normatizar en base a estas valoraciones su conducta. Claro está que esa valoración no se da en el aire, sino que responde a la posición que los hombres ocupen en la estructura social. Así, la valoración que se haga de la propiedad privada no puede ser igual en un esclavo que en un ciudadano griego.

Cuando el grado de objetivación crea una estructura de sentido lo suficientemente independizada de la voluntad de los hombres como para parecerles autónoma, aparecen las diversas ideologías, sustentadas por distintos grupos, con distintas valoraciones de la sociedad. El choque ideológico no se deja esperar, aunque siempre triunfa aquel grupo social que posee los medios materiales para imponerse a los demás grupos. De este modo, es la ideología de las clases dominantes la que termina por imponerse, con lo que son sus valoraciones las que determinarán la forma en que la sociedad debe tutelar los diferentes intereses. Una vez que la sociedad en manos de esa clase, logra imponer sus propias valoraciones, ya sea por medio de métodos especiales de coacción externa, o por la simple dominación que se da a nivel de ideologías, aparece el Derecho como conjunto de normas con carácter obligatorio y general.

Una vez que el ser se ha erigido en debe ser, este debe ser va a influir el ser, generándose entre ambos una verdadera relación dialéctica, sin que el Derecho deje de ser siempre un instrumento de dominación en manos de una clase.

Una explicación dentro del campo de la ciencia jurídica y no meramente sociológica o filosófica de esta relación entre infraestructura y superestructura a través de la objetivación de las distintas valoraciones sociales, es lo que pretendemos lograr con el presente trabajo. En ese sentido vamos a partir de la existencia de dos tipos de fuentes, las llamadas materiales y las llamadas fuentes formales, para terminar demostrando la determinancia que existe de las fuentes materiales con respecto a las inmateriales.

Para el desarrollo del tema utilizaremos fundamentalmente la tesis de Derecho Administrativo del profesor Eduardo Ortiz, siguiendo el esquema sobre las fuentes del Derecho que plantea en dichas tesis. Tendrán especial relevancia para nosotros las llamadas fuentes formales escritas, por parecer más "puras" e independientes. Por ello les dedicaremos buena parte de nuestro trabajo.

Cabe agregar que en el desarrollo del trabajo hemos incluido algunas opiniones y ciertas informaciones dadas por el profesor García Enterría cuando visitó nuestro país en el mes de setiembre del año 1974.

DEFINICION Y CLASIFICACION DE LAS FUENTES

La indiscutible relevancia que adquiere día con día la administración pública, tanto dentro de las democracias liberales como en los regímenes de tendencia socialista, sumada a la importancia de determinar el alcance y sumisión administrativa de las prescripciones legislativas en los llamados "Estados de Derecho", exigen el estudio profundo y serio de las fuentes del Derecho Administrativo. Al respecto es importante asimismo la determinación del respeto especial de los órganos creadores de normas administrativas al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas y la sujeción de los actos concretos administrativos a las disposiciones vigentes de carácter general. Sabemos además que la administración no sólo aplica normas emanadas de la Asamblea, sino también normas creadas por ella misma.

Según el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

"Se llama fuente de derecho todo acto o hecho creador de normas jurídicas. La fuente es el origen inmediato y suficiente de una norma o regla general, de acuerdo con el mismo orden jurídico. (1)

De acuerdo con nuestro criterio particular, siendo el derecho una creación humana imputable y aplicable sólo a hombres en cuanto portadores de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, la fuente de una norma jurídica sólo puede ser un acto, jamás un mero hecho. Por tal razón, no podemos, en principio, estar de acuerdo con la definición anterior salvo que se aclare mejor lo que se está entendiendo por hecho. (2)

(1) Lic. Eduardo Ortiz. "Derecho Administrativo". Tesis N° 5, pág. 1.

(2) Mortati nos habla de la diferencia entre actos y hechos basándose en la conciencia o no del fenómeno temporal que se realiza. Nosotros preferimos abandonar esa clasificación tradicional y considerar con Falzea como hechos jurídicos a todo fenómeno temporal relevante para el derecho, distinguiendo dentro de los mismos hechos, eventos y comportamientos. Los comportamientos serían aquellos en que interviene la iniciativa humana, contrariamente a los eventos en que no encontramos tal iniciativa. Ver al respecto: Víctor Pérez, "Hechos Jurídicos", Facultad de Derecho, 1974.

Otra particularidad de la definición del Lic. Ortiz es la de limitar las fuentes al "origen inmediato y suficiente", con lo cual se cae en el peligro de aislar de una forma que nos recuerda el positivismo Kelseniano, el derecho de su base social. Es claro que el mismo valor "seguridad" exige criterios muy bien definidos para la definición y jerarquización de las fuentes; sin embargo, no vemos por qué se deba limitar su estudio al campo netamente jurídico. Para otros autores:

"Fuentes del Derecho Administrativo son, en sentido técnico, las formas o actos a través de los cuales se producen las normas jurídicas administrativas".⁽³⁾

A nuestro parecer, la conceptualización anterior cae en la imprecisión al no explicarnos a qué se refiere cuando habla de "formas", palabras que pueden suscitar múltiples interpretaciones.

De las dos anteriores definiciones podemos partir para llegar a una primera conclusión y es la de que las fuentes del Derecho son "comportamientos", entendiendo por comportamiento cualquier hecho jurídico en que intervenga la iniciativa humana. "Comportamiento es pues, entendido con un contenido esencialmente subjetivo", todo hecho o actitud del hombre que tenga un contenido psíquico".⁽⁴⁾

Constantino Mortati agrega que cuando se habla de fuentes del Derecho, se considera como tal no a las normas singulares, sino al poder de darles vida, "poder que no se agota con la emisión de las mismas en cada caso, sino que permanece en la potencialidad productiva de que está provisto".

La pregunta a hacerse es la de cuál es ese poder en el caso de la costumbre, o de los principios generales del Derecho; por lógica se dirá que sería el poder formal encargado de dar el carácter de jurídico a esa costumbre o a los principios generales. Pero si esto fuese así debería explicarse antes cuál es la fuente de ese poder normativo, pues precisamente andamos tras la búsqueda de los comportamientos que están en posibilidad de crear normas jurídicas. Si la fuente de ese poder está en el mismo ordenamiento deberemos remitirnos a la norma que le dio origen, pero si consideramos al ordenamiento como "realidad política total"⁽⁵⁾ o como "institución,⁽⁶⁾ la fuente de ese poder es eminentemente social.

Con lo anterior no estamos aprobando la tesis de Carl Schmitt, para quien el orden jurídico descansa en la mera decisión política. Reconocemos la construcción dialéctica del Derecho, es decir la dialéctica entre acto y sentido, ser y deber ser de que ya hablamos en la introducción. El Derecho es una objetivación de cánones valora-

tivos que se levantan desde la infraestructura social, razón por la cual, las fuentes mismas del Derecho deben buscarse en esa realidad social. Mucho ha contribuido al respecto el concepto sociológico de constitución como "suma de los poderes reales de la sociedad".⁽⁷⁾

Lo mismo o parecido podríamos decir del concepto de constitución material de Mortati, autor que concibe a las fuerzas políticas dominantes como las verdaderas conformadoras del orden jurídico. Al respecto veamos el siguiente concepto de constitución material que nos da Paolo Biscaretti, en base a la apuntada concepción de Mortati:

"La constitución material sirve para indicar el conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente al orden normativo...; la fuerza política y el fin político serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero material y el segundo instrumental) de la concepción en cuestión".⁽⁸⁾

Desde una posición bastante amplia y tomando en cuenta la relación dialéctica entre Derecho y Sociedad, podríamos concluir diciendo que las fuentes del Derecho son comportamientos sociales que una vez objetivados en una estructura de sentido adquieren legitimidad ante toda la sociedad, a la vez que adquieren un carácter positivo gracias al respaldo de la coacción física por parte de los detentadores del poder formal en la sociedad. En razón de lo anterior, dichas fuentes deberían buscarse en la infraestructura social (o en la estructura económica para utilizar una terminología marxista) y no en esa estructura de sentido que es el Derecho. (derecho como conjunto de normas).

Es interesante comprobar cómo el mismo Lic. Eduardo Ortiz coloca entre las fuentes del derecho lo que él llama el mundo de lo histórico social, aludiendo al contenido material de las fuentes del Derecho. Con ello pareciera adoptar, con ciertas reservas, una posición amplia al respecto.⁽⁹⁾

Sin embargo cabe agregar a su posición el hecho de que las fuentes por él llamadas materiales se imponen no sólo a nivel ideológico (recordemos el concepto de falsa conciencia de la realidad de Marx), sino también como medio de presión política real.

El hecho de que la dogmática jurídica prefiera reducir las fuentes al "origen inmediato o suficiente de una norma o regla general", no es un hecho que impida, según nuestro modo de ver las

(7) Ferdinand Lasalle. "¿Qué es una constitución?".

(8) Paolo Biscaretti. "Derecho Constitucional", pág. 152.

(9) Al respecto nos dice el Lic. Ortiz en su tesis V de "Derecho Administrativo": "El contenido proviene de la fuerza material, pero la naturaleza jurídica y la fuerza de obligar dependen de la fuente formal. En este sentido son fuentes materiales no sólo la doctrina, sino todos los elementos históricos, ideológicos o sociales de que se vale el autor de la norma para concebirla y formularla".

(3) Benito Castejón Paz y Emilio Rodríguez Román. "Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración". Tomo I, pág. 57.

(4) Víctor Pérez. "Hechos Jurídicos", pág. 48.

(5) Ver al respecto: Hermann Heller "Teoría del Estado".

(6) Ver al respecto: Santi Romano "El ordenamiento jurídico".

cosas, el considerar un origen eminentemente social de las fuentes jurídicas. La posición tradicional es útil dentro del campo de la mera técnica jurídica, pero el mismo hecho de ser el derecho un instrumento para el cambio social (o al menos debiera de serlo), nos conduce necesariamente a la adopción de un criterio más amplio que el anterior, un criterio que no excluye al tradicional, pero que lo complementa al demostrar qué es lo que está detrás de las mismas fuentes formales.

Clasificación de las Fuentes.

Siguiendo la posición estrictamente jurídica podemos distinguir con el profesor Ortiz, dos tipos de fuentes, las formales y las materiales, clasificación que queda en tela de juicio con nuestro razonamiento anterior, pues como vimos, las mismas fuentes formales tienen un origen material. Ello no quita, que tal división sea útil para una clasificación de las fuentes.

Fuente formal sería aquella que está autorizada y regulada por el mismo orden jurídico, y que, en ese sentido produce normas de observancia obligatoria. Fuentes materiales son, siguiendo siempre al Lic. Ortiz, las que inspiran o llenan el contenido de la norma, pero que no la crean.

Benito Castejón Paz y Emilio Rodríguez Román reconocen en su obra "Derecho Administrativo y ciencia de la Administración" dos criterios para la clasificación de las fuentes:

- 1.— Por razón de su procedencia. En este caso tendríamos: a) Fuentes para la administración. Ejemplo la ley. b) Fuentes de la administración. Ejemplo el reglamento.
- 2.— Por razón de la materia regulada: a) Fuentes exclusivas del Derecho Administrativo. Serían los reglamentos que regulan normalmente materias jurídico-administrativas. b) Fuentes eventuales de Derecho Administrativo. Ejemplo la ley, que también regula materias civiles, penales, etc.

Eduardo Ortiz subdivide a su vez las fuentes formales en dos, escritas y no escritas. Fuentes escritas serán los actos jurídicos conscientes y deliberadamente encaminados a producir la regla general. Fuentes no escritas son las nacidas de hechos materiales o de actos jurídicos no dirigidos a producirla.

De acuerdo a lo anterior tendríamos:

- 1º—Fuentes formales escritas: La constitución, la ley y los actos con fuerza de ley; además de los reglamentos centralizados o descentralizados.
- 2º—Fuentes formales no escritas: la costumbre, las llamadas prácticas administrativas, el precedente, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

- 3º—Fuentes materiales: la doctrina, las instrucciones y circulares, y el mundo de lo histórico social.

El profesor español Garrido Falla clasifica las fuentes en:

- 1º—Escritas: leyes-constitucionales u ordinarias, los reglamentos estatales y los reglamentos de otras corporaciones públicas.
- 2º—Fuentes no escritas: La costumbre y los principios generales del derecho.
- 3º—Fuentes indirectas: los tratados internacionales (incluidos los concordatos) y la jurisprudencia, pudiendo añadirse como fuente indirecta la doctrina científica.

Es necesario aclarar que para el profesor Eduardo Ortiz, la jurisprudencia es una fuente formal no escrita, siempre y cuando esté autorizada para producir precedentes obligatorios. Suponemos que si no sucediese de este modo, la jurisprudencia se incluiría dentro de las fuentes que él llama materiales. Siendo así, habría bastante afinidad entre las clasificaciones de ambos autores: Ortiz y Garrido Falla.

Por motivo de limitaciones de espacio y tiempo no podremos analizar otras clasificaciones, por lo que nos basaremos, sin temor a no perjudicar el trabajo, en las clasificaciones de los profesores Ortiz y Garrido Falla en el desarrollo del presente ensayo.

Jerarquía de las fuentes (10)

En la clasificación de las fuentes se puede usar varios criterios. Uno sería el de la prevalencia de las fuentes escritas sobre las no escritas, salvo expresión en contrario de la constitución o la ley. Así cuando la ley remite a la costumbre, ésta adquiere rango de fuente exclusiva sobre la materia, que sólo la misma ley puede interferir. La costumbre pasaría en este caso por sobre el reglamento.

Un segundo criterio sería el condicionar la jerarquía de la fuente a la jerarquía del órgano que la pone en ejecución. Desde este punto de vista podríamos decir que:

- 1—La constitución prevalece sobre la ley y sobre cualquiera otra norma.
- 2—La ley emanada de la Asamblea Legislativa, y los actos a ésta equiparados por el orden jurídico, prevalecen sobre la norma producida por otros órganos del Poder Central o por otros entes públicos.
- 3—Dentro de cada poder, salvo en el caso de la relación de coordinación por separación entre los órganos, la norma dictada por el órgano superior prevalece sobre la dictada por el inferior.

(10) Esta sección del trabajo ha sido estructurada fundamentalmente en base a las tesis de Derecho Administrativo del Lic. Eduardo Ortiz Ortiz.

- 4—Los reglamentos dictados por el Estado prevalecen sobre los dictados por entes menores, salvo que la constitución o la ley establezcan una coordinación entre ambos.
- 5—Los reglamentos de una institución están coordinados con los de las otras, en virtud de una reserva reglamentaria en favor de cada una.

La determinancia histórica-material con respecto a las fuentes del Derecho queda clara con el siguiente comentario del profesor Entrena Cuesta:

- 1—El reglamento, aun cuando en el orden jerárquico no se encuentre por encima de la ley, constituye la fuente más importante del Derecho Administrativo por la frecuencia de su aplicación.
- 2—Los principios generales del Derecho tienen un papel cada vez más relevante al constituir el límite de ejercicio de la actividad discrecional de la Administración.
- 3—La jurisprudencia y la doctrina tienen una creciente significación en la elaboración y desarrollo del Derecho Administrativo, fundamentalmente en Francia y en los países de "régimen administrativo".

Fuentes materiales.

Dentro de las llamadas fuentes materiales, nos interesa estudiar fundamentalmente y de manera sonera dos fuentes de gran importancia dentro del campo del derecho: Los principios generales del Derecho y la Doctrina.

Para el profesor Eduardo Ortiz, los principios generales del Derecho son "reglas jurídicas no escritas, de tipo impreciso, que fundamentan o integran el orden expreso".⁽¹²⁾ Más adelante hace una división interna entre dichos principios, la cual consideramos bastante afortunada. Se trata de la distinción entre principios inmanentes o inducibles del orden expreso y principios trascendentes, o afines por su contenido al orden expreso. Según algunos autores, el primer tipo de principios constituyen tan solo una forma de conocimiento de Derecho Positivo, antes que una verdadera fuente autónoma del mismo. En el segundo caso, los principios, para estos autores, sí constituyen una auténtica fuente del Derecho Administrativo.⁽¹³⁾

En la práctica pareciera difícil la distinción comentada, pues los principios, llamados trascendentes, sufren un proceso de integración jurídica, una vez que el legislador los imprime en las normas jurídicas. Es decir que de trascendentes pasan a ser inmanentes.

(11) Autor citado por Benito Castejón y Emilio Rodríguez en la obra ya mencionada de estos autores. Pág. 60.

(12) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis 9, pág. 1.

(13) Benito Castejón y Emilio Rodríguez. Op. cit. Pág. 63.

Y aunque no se traduzcan inmediatamente en normas positivas, los llamados principios trascendentes tienen una existencia real en la ideología de todos los hombres encargados de crear y aplicar el derecho. Este no es un simple problema metafísico, sino que es un problema de la ciencia de la realidad, concretamente de la sociología del conocimiento.

Las ideas de los hombres, lo mismo que ellos mismos, son productos sociales. Recordemos las palabras de Marx:

"El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general".
(14)

En la diaria producción de su vida, el hombre crea y construye no sólo obras materiales, sino también inmateriales, obras que se objetivan, alcanzando una relativa independencia con respecto a su creador. Sin embargo, esas creaciones siguen estando condicionadas tanto en su creación como en su evolución, a las condiciones de vida material en que se desarrolla su creador: el hombre. Por ello es que la palabra trascendente puede llamar a confusión; ya que en la práctica todas las ideas de los hombres pertenecen a una misma estructura real, aunque inmaterial, limitada espacial y temporalmente. En otras palabras, los principios generales son productos sociales que, de acuerdo a los grupos sociales que los sustentan tendrán mayor o menor vigencia. Véase si no cómo la clase burguesa pudo revolucionar el mundo en torno a sus propios principios de "libertad, igualdad, propiedad privada", etc. Ahora bien, una vez que estos principios han servido de fundamento ideológico a un sistema jurídico determinado, continúan completándolo e integrándolo como si fueran parte de él.

Lo interesante es ver cómo los principios generales han ido evolucionando históricamente de acuerdo a la conveniencia de las clases dominantes. En un tiempo, podemos suponer que tales principios estuvieron muy ligados a la práctica de cultos religiosos y mitos de la antigüedad. Cultos que favorecían una clase sacerdotal, producto de una joven división del trabajo en la historia. Luego pasaron a ser patrimonio de aquellos que en nombre del ocio creador y de la "democracia" llegaron a crear una gran cultura sobre los hombros de una población esclava, tres veces mayor que la de los hombres libres. Nos referimos claro está al caso griego.

Los romanos también tuvieron sus principios generales, los cuales fueron evolucionando conforme dejaron de ser pequeña aldea para convertirse en un inmenso imperio. De su idea de justicia primitiva, pasaron al libertinaje y al desenfreno durante la edad imperial. El honor y la honra, al igual que las gestas caballerescas caracterizaban una sociedad feudal que debía distraer la mente de los oprimidos en el escolastismo de la doctrina cristiana. Una iglesia que

(14) Carlos Marx. *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. Ediciones Estudio, Buenos Aires. Pág. 9.

creía en un reino celestial por encima del terrenal, razón por la cual la ley superior era la ley divina y no la de los hombres. Precisamente en nombre de esos principios, aparentemente religiosos, España realizó la labor económica y política de explotar la mano de obra y las riquezas americanas.

Con la libertad y la igualdad como baluartes, la clase burguesa derrumbó el régimen feudal, pero ya cuando Montesquieu hablaba de igualdad, distinguía entre tribunales plebeyos y tribunales burgueses, cámaras legislativas burguesas y cámaras que hicieron leyes plebeyas. Locke nos habló entonces del principio de la propiedad privada como derecho natural, al par que la gran mayoría de la población no tenía nada. Por algo Rousseau, quizá el padre del socialismo francés, nunca creyó en ese mito de la representación. Y en nombre de la libertad y de la igualdad, Europa aplastó el mundo, llevando dondequiera "su cultura" e imponiéndola con el filo de la bayoneta.

Una vez pasada la "fiebre liberal", y que las contradicciones inherentes al sistema capitalista empiezan a exigir la intromisión del Estado en la esfera privada de los particulares con el beneplácito de los grupos dominantes más inteligentes, aparecen los Francisco Javier Conde y los Heller, hablándonos de los "principios suprapositivos", para legitimar ya una dictadura fascista o ya una nueva fase del capitalismo.

Todavía hoy, continúan muchos autores hablándonos maravillas del "Estado de Derecho", cuando ese consabido estado de derecho se derrumba ante sus propios ojos, cuando aparecen los casos Watergate y Saopim, cuando se pasan leyes casuísticas con nombres y apellidos y cuando aparecen presidentes que gastan millones de colonos en confites. La pura verdad es que el Estado de Derecho no es más que la forma más acabada de dominación clasista que ha habido en la historia, y no se necesita ser marxista para ver esto.

La conclusión que podemos sacar de todo esto es que mientras la sociedad esté dividida en clases sociales, los principios generales responderán a los diferentes intereses materiales concretos que mantiene cada uno de esos grupos.

Concluyamos este aparte diciendo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, los principios generales del derecho sólo son fuente cuando el orden jurídico los reconoce como tales. En este punto su rango jurídico es el de la norma que los reconoce. Si es una norma constitucional, igual será su régimen, si es ley ordinaria, será equiparable a la misma.

La Doctrina.

Sobre la Doctrina dice Eduardo Ortiz que es "el conjunto sistematizado de conceptos sobre el contenido de las normas jurídicas".

Podríamos decir que la influencia de la doctrina es meramente persuasiva, por lo que hoy día no se considera como una verdadera

fuerza del derecho. A pesar de ello no podemos negarle su gran relevancia como instrumento de análisis de la realidad jurídica.

Al respecto podemos decir que al igual que con los principios generales del derecho, la Doctrina evoluciona de acuerdo con las distintas situaciones histórico-sociales en que se desenvuelven los juristas de cada época.

FUENTES FORMALES NO ESCRITAS

En este aparte nos referiremos únicamente y también en forma muy somera a la costumbre y la jurisprudencia.

Costumbre.

"La costumbre jurídica es la repetición colectiva de un hecho".⁽¹⁵⁾ Afirman algunos autores la necesidad de que exista la convicción, por parte de quienes cumplen con la costumbre de que ella esté sancionada jurídicamente y de que su no observancia acarree una responsabilidad también jurídica. El profesor Eduardo Ortiz niega esa posición por cuanto "el derecho es un orden objetivo de la conducta externa cuya validez no depende ni puede depender de un elemento subjetivo radicado en la conciencia de cada ciudadano".⁽¹⁵⁾

Para Garrido Falla, la costumbre sólo tiene vigencia en relación con el funcionamiento de instituciones surgidas históricamente. (Ejemplo, los municipios) o para regular relaciones entre particulares sobre materias determinadas, conectadas con el interés público. (Ejemplo relaciones entre los usuarios de un aprovechamiento de agua). Aún así, según este autor, resulta necesario que la costumbre haya sido reconocida por la ley, y una vez realizado dicho reconocimiento, no podrá ser derogada por normas de inferior rango legal.

Aunque nos parece correcta la posición de los dos autores antes mencionados, en el tanto y en el cuanto la costumbre como fuente jurídica, debe distinguirse de la mera repetición de conducta o uso social, creemos que no por ello se debe olvidar el origen social de la costumbre. Y es que la costumbre, tal como lo dijimos en la introducción, representa ya un grado de objetivación de las relaciones sociales.

La costumbre se diferencia del simple uso, en que la comunidad la estima obligatoria para todos, independientemente si existe o no un cuerpo organizado encargado de la coacción legítima. Es una pauta que empezó siendo una simple repetición de conductas

(15) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis N° 8. Pág. N° 1.

hasta adquirir un grado de objetivación y legitimación tal que llegó a verse como algo obligatorio para toda la comunidad. Un paso ulterior en esa objetivación sería la transformación de la costumbre en norma jurídica al ser integrada dentro de un orden jurídico. De acuerdo a lo anterior podría decirse que la costumbre es una situación normativa intermedia entre el mero ser social y el deber ser jurídico. La costumbre es, podríamos concluir, un deber ser que puede o no convertirse en jurídico y que se muestra más o menos eficaz según el grado de legitimidad que posea ante los ojos de la sociedad.

En un sistema escrito como el nuestro, la jerarquía de la costumbre depende de su reconocimiento expreso. En cada caso en que se diera ese reconocimiento, la jerarquía de la costumbre dependerá de la jerarquía de la norma que se le otorga. Así, una costumbre no reconocida está por debajo del reglamento que puede derogarla o modificarla.

Pensemos para terminar que la pérdida de relevancia de la costumbre como fuente con respecto a la ley, es un fenómeno histórico que una vez más nos viene a dejar clara la vinculación permanente entre la infraestructura social y la superestructura jurídica. La ley es una necesidad del mundo industrializado a partir de la Revolución Industrial. La costumbre, conforme se incrementaron las relaciones sociales en la Europa Industrial, fue resultando un escollo para el desarrollo de la "seguridad" jurídica que necesitaban los nuevos grupos sociales.

La Jurisprudencia.

Podríamos definirla como: "El conjunto de reglas de conducta no estrictas y contraídas por generalización, de los fallos existentes sobre una materia determinada".⁽¹⁶⁾

De la definición anterior se colige que la jurisprudencia es fuente de derecho, en cuanto hay una verdadera creación de normas generales. Se habla no de "fallos", sino de un conjunto de reglas de alcance general.

En la jurisprudencia encontramos un conjunto de principios fácticos con vida independiente frente al fallo. Podríamos entonces hablar de un hecho y de su correspondiente proceso de objetivación. El hecho sería el fallo, y la objetivación de este, la abstracción normativa que se realiza. Es decir, la relación ser-deber-ser a que nos referimos en la introducción.

Es cierto que el fallo es un "deber ser" para un caso concreto, pero visto desde una perspectiva no concreta, el fallo es sólo un hecho para un proceso de inducción normativa.

Una vez dicho esto, resulta interesante referirnos a ese "ser" que es el fallo. El fallo, según nuestro punto de vista, no es la mera

(16) Ibidem. Pág. 7.

subsunición de una premisa menor en una premisa mayor. Es decir no se trata de un proceso mecánico de meter y sacar, muy por el contrario, el fallo, en cuanto aplicación humana de una ley que también es creación humana, está sujeto a la interpretación subjetiva que hagan los jueces de la ley y de la situación concreta en que deben aplicar esa ley. Ya los realistas norteamericanos hacían mención de la importancia que tienen los factores extrajurídicos en el funcionamiento real de los tribunales. Por ello, planteaban que "la sentencia no resulta de un mecanismo deductivo basado en la norma, sino que es la decisión que adopte el juez entre una pluralidad de posibilidades que se le ofrecen, y la ciencia jurídica debe dedicarse en primer término a examinar esas posibilidades, sus fundamentos y los factores que influirán en el juego a la hora de decidir".⁽¹⁷⁾

Podemos sacar en conclusión que los fallos nos son aplicaciones mecánicas de la ley, sino que responden a la "ideología" de los jueces, entendiendo ideología, en un sentido muy amplio, como la concepción del mundo que tienen los jueces. Desgraciadamente, la historia ha probado que los juristas han sido por naturaleza los más fervientes defensores de "status quo", sea cual fuere el orden social vigente. Esto los hace coincidir con los intereses de las clases dominantes para quienes el derecho se convierte en un instrumento para sus fines.

Todo lo anterior viene a corroborar lo ya dicho acerca de que las fuentes del derecho son eminentemente sociales más que jurídicas.

FUENTES FORMALES ESCRITAS

Entramos ahora a conocer las dos fuentes más importantes del Derecho Administrativo: la ley y el reglamento. Su importancia reside en ser los instrumentos más acabados con que cuenta el Estado para la configuración del orden jurídico. Además de ello, el hecho de ser las fuentes más "formales" nos obligan a profundizar en mayor grado en ellas, para descubrir su vinculación estrecha con la realidad socio-económica y la política de la comunidad. La complejidad de estas dos fuentes, exige de por sí un mayor cuidado al tratarlas.

La ley.

En consideración al hecho de haber naciones donde las normas constitucionales no son superiores a las normas ordinarias, a la vez que pueden ser emitidas por el mismo ente que promulga las normas ordinarias, hemos decidido incluir a las leyes ordinarias y a

(17) Angel Latorre. "Introducción al Derecho". Pág.170.

las constitucionales en un mismo aparte, sin que por ello dejemos de distinguirlas entre sí.

Garrido Falla define la ley, en el sentido amplio ya apuntado, como "norma jurídica de carácter general y obligatorio dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el poder legislativo".

En la definición misma distinguimos dos elementos de gran importancia. La generalidad de la ley y su obligatoriedad. La generalidad alude a su vigencia "erga omnes", y su obligatoriedad, a la vinculación a la conducta de un sujeto que la norma crea, por la cual se le impone taxativamente la realización de un hacer, no hacer u omitir algo.

Podríamos agregar a las dos características anteriormente citadas la llamada "abstracción" de la ley, aunque como veremos luego cuando hablemos de la potestad reglamentaria, tanto la generalidad como la abstracción de la ley, están dejando de ser rasgos fundamentales en la definición de la ley.

La vinculación permanente entre sociedad y derecho queda clara cuando pensamos que históricamente, tanto la obligatoriedad como la generalidad de la ley han estado sujetas al momento histórico que vive la sociedad.

En el mundo antiguo, al igual que en la Edad Media, la ley no poseía el grado de objetivación que luego pasó a tener. Muy por el contrario, ella era patrimonio exclusivo de unos cuantos, quienes la aplicaban caprichosamente según su parecer personal. Quizá quedaría fuera de este esquema la Roma Republicana donde la ley logró un grado de objetivación normativa acorde con la complejidad de las relaciones sociales que se daban en esa época.

Conforme cambian las relaciones sociales entre los hombres van cambiando sus sociedades. Esto a su vez es producto del avance de las fuerzas productivas, la división del trabajo y la apropiación social de la riqueza producida. Por supuesto que superestructuralmente también se van produciendo cambios muy importantes en la ideología y organización jurídico-política de los hombres; siempre en relación con la producción social de cada época.

La creciente complejidad de las relaciones de producción van a exigir un grado superior de objetivación de las normas jurídicas. Esto era para la clase burguesa en ascenso un imperativo de carácter inmediato para lograr la mayor certeza posible en sus relaciones diarias. (18)

Las exigencias, sin embargo, no eran meramente normativas sino que corresponderían más bien a necesidades políticas en general. El Estado en cuanto unidad organizativa debía de pasar de las

(18) Benito Castejón y Rodríguez Román. Op. cit. Pág. 60.

(19) "...la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado" Hermann Heller, "Teoría del Estado", pág. 150).

manos de una pluralidad de centros de poder (príncipes, imperio, municipios, gremios, la Iglesia), para centralizarse en una unidad de poder que lograra el monopolio de la coacción legítima. Precisamente, la evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizativo hacia el estado moderno, "consistió en aquellos medios reales de autoridad y administración que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejercitando como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado. (20)

Tenemos por otra parte que, la evolución económica y política hacia la eclosión de una nueva clase dominante va a determinar una correlativa producción ideológica. Nos referimos a todo el pensamiento liberal del siglo XVIII, en el cual va a aparecer la ley como expresión de la "voluntad general". García de Enterría nos habla de la ley en sentido moderno, como expresión de la voluntad general, y ya no como patrimonio de unos cuantos.

Fue Juan Jacobo Rousseau quien elaboró este concepto de voluntad general, concepto que luego fue prostituido, como lo sigue siendo hoy por el pensamiento liberal burgués. (21)

El referirnos a la ley como expresión de la voluntad general nos lleva al dilema de si se puede hablar de ley antes de que ésta fuera, al menos en teoría, la expresión de una voluntad general representada en un órgano legislativo. Al respecto y no queriendo detenernos mucho en ese asunto por ahora, creemos que lo mejor es adoptar la posición de ley en sentido moderno, no sin antes tomar conciencia de que durante la Edad Media y Antigua hubo también normas que por ser obligatorias y provenir de una "institución" (22) tienen el carácter de jurídicas.

Repasando los rasgos de la ley, tendríamos en primer lugar su generalidad. En segundo lugar, el hecho de ser emanada de un único centro de poder, además de existir un cuerpo especializado, al servicio de ese único centro, que se encarga de la aplicación y ejecutoriedad de la ley.

Cabe decir, como ya lo mencionamos, que la ley es expresión, al menos en teoría, de la voluntad general. Finalmente, hemos hablado de la objetividad de la ley. Quisiéramos aclarar al respecto, tal como lo hicimos ver en la introducción, que esa objetividad no proviene del poder que la emana, sino que ya existe en un momento anterior. Lo que sucede realmente es que la técnica del Derecho en el Estado Moderno, lleva esa objetivación a su máxima expresión al presentar la ley como un algo totalmente alejado de la voluntad de los hombres. En lo que se refiere a la voluntad general, creemos que

(20) Hermann Heller. Op. cit. Pág. 146.

(21) Para Rousseau la voluntad general no es igual a la suma de voluntades particulares: "Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad general de todos y la voluntad general, ésta sólo atiende al interés común, aquella al interés privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares" ("Contrato Social", pág. 38).

ella es una noble utopía, pues mientras exista una sociedad dividida en clases, la ley seguirá siendo una valoración ideológica que hacen los grupos socio-económicos dominantes, en razón de sus intereses materiales.

La Constitución.

Se ha definido la Constitución como la norma más importante y de más alto rango dentro de un sistema. (22) Se dice además que su misión fundamental es la de reglar el proceso legislativo.

Es interesante hacer un análisis histórico de los distintos conceptos de constitución, para ver cómo ellos responden a las diferentes posiciones ideológicas, sustentadas por grupos con intereses contrapuestos.

El profesor español García Pelayo nos habla de tres conceptos de constitución: Racional Normativo, Histórico Tradicional y Sociológico.

La concepción racional normativa, es aquella que ve en la constitución un plan creador de la razón que se propone regular, de una vez para siempre el orden jurídico político. Esto responde a los intereses materiales de una clase burguesa que al llegar al poder quería dar permanencia eterna a un sistema especial de relaciones sociales de producción; relaciones de producción capitalista. (24) Su mundo debía de ser el mundo de todos. Su civilización había llegado a un grado de racionalidad que ninguna otra había alcanzado, era "el reino de la razón". En su afán ordenador, sintieron la necesidad no sólo de fijarle una forma a la constitución, sino también su contenido. Sólo vale como constitución aquello que realiza el programa liberal burgués, aquello que establece limitaciones a la actividad del Estado y que de modo racional finalista prevé los medios orgánicos adecuados para su realización. Así pues, la constitución debía de tener dos condiciones esenciales: a) Debía garantizar los derechos individuales y b) establecer la división de los poderes. En este sentido se pronuncia la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789: "dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la separation des pouvoirs, determinee, n'a pas des constitution".

El concepto histórico tradicional es expresión de la reacción conservadora frente a la avanzada liberal burguesa. La razón no podía conformar el orden jurídico-político de una vez para siempre, ni se podía resumir en un solo instrumento la legalidad suprema de un orden. La historia, para ellos, está llena de elementos irracionales, es cambiante y caprichosa, por lo que sólo nos queda tomar lecciones del

(22) "Entendemos por institución todo ente o cuerpo social". "El ente de que hablamos debe tener una existencia objetiva y concreta, y en cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible". (Santi Romano "El ordenamiento jurídico", pág. 122.

(23) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis V, pág. 10.

pasado, sin que podamos planear el futuro en forma racional. La constitución, en este sentido debe darle entonces un papel preponderante a la costumbre.

Sin lugar a dudas, ese contemplar el pasado, era para la reacción anti-burguesa, un recurso ideológico ante la imposibilidad de detener el triunfo del mundo liberal-burgués.

Por último, la concepción sociológica ve en la constitución, no un deber ser, sino un ser social. Ella no es un reflejo del pasado, sino una immanencia del presente. La constitución es el producto de una infraestructura social, de la correlación de fuerzas sociales que en un momento determinado exista en una sociedad. Esta concepción, la cual goza de nuestra simpatía personal, se impone al demostrarse que la razón como "absoluto" no existe, sino que lo que nos encontramos en la sociedad son distintas ideologías como producto de los diferentes intereses materiales que portan las clases sociales. La sociedad deja de ser el reino de la "voluntad general", para pasar a convertirse en el campo de batalla de las clases sociales. (25)

Hermann Heller nos habla en su obra "Teoría del Estado", de un concepto de constitución que en estos momentos nos podría ser útil. Se trata de la llamada "constitución jurídico-destacada" que vendría a ser toda la estructura normativa de sentido que entendemos comúnmente por derecho.

Tendríamos entonces que de la constitución "total", es decir, vista en sentido sociológico, podemos obtener un contenido jurídico normativo compuesto por todas las normas constituciones más el resto de normas jurídicas que se han producido en base a esa constitución. Quedémonos por ahora con las normas constitucionales.

La constitución como fuente de Derecho, fija el régimen jurídico formal de las funciones públicas. Así, el artículo N° 49 de nuestra constitución, al establecer la jurisdicción contencioso administrativa, establece claramente la supremacía de la ley sobre el acto administrativo y la posibilidad de anularlo cuando la viole. Según el Lic. Eduardo Ortiz, en este mismo artículo de la constitución queda consagrada la subordinación de todo lo particular y concreto las disposiciones de tipo general, aun si provienen del mismo poder administrador.

El profesor Ortiz cita además, otros principios generales del Derecho Administrativo, consagrados en la constitución. Ellos son:

1º—Igualdad ante la ley, que a su vez produce la regla de la igualdad en la distribución de las cargas públicas. Este principio ha servido en otros ordenamientos y puede servir en el nuestro para varias soluciones como: responsabilidad del Estado por actos ilegítimos, obligación de indemnizar el enriquecimiento sin causa, tanto a favor como en contra del Estado.

2º—Principio de defensa ante el Poder Político.

(24) Cabe agregar, por cualquier confusión, que somos nosotros quienes afirmamos esto, no García Pelayo.

3º—Principio de libertad. Con respecto al individuo, esto quiere decir que todo lo que no está prohibido le está permitido. Para el Estado, a la inversa, significa que requiere estar autorizado expresamente para actuar (Art. 28 de la Constitución).

4º—Principio de la supremacía de la personalidad humana.

5º—Además de estos existen otros de gran importancia como: la inviolabilidad de la propiedad, la irretroactividad de la ley, la inderogabilidad singular del reglamento, etc.

Ley en sentido estricto.

Como ya lo dijimos, la ley es entendida aquí como el producto de aquel órgano que el ordenamiento ha establecido para hacer emanar normas con carácter obligatorio.

Algunos autores suelen hablar de ley en sentido formal y ley en sentido material. Así por ejemplo, Castejón Paz y Rodríguez Román expresan lo siguiente al respecto:

“Materialmente se define como ley toda norma, jurídica de carácter general y obligatorio. Formalmente es ley todo acto emanado, según el procedimiento establecido, del órgano u órganos en que resida la potestad legislativa con arreglo al régimen político de que se trate”.

Para el profesor García de Enterría, sin embargo, no cabe hacer tal separación, pues no existen leyes en sentido material que no lo sean en sentido forma y viceversa. Toda ley tiene que ser emanada siguiendo los procedimientos establecidos por el ordenamiento. De otra forma no sería ley.

Los mismos autores antes citados distinguen dos fases de la formación de la ley, fase interna, desarrollada dentro del propio órgano legislativo, que comprendería: la proposición de la ley, su discusión, la aprobación final y la aprobación por dicho órgano. La fase externa, para Castejón Paz y Rodríguez Román corresponde normalmente al Poder Ejecutivo y abarca la sanción, la promulgación y la publicidad de la ley.

A nuestro parecer, la distinción que hacen los autores es cierta, aunque pareciera extraño llamar a una fase interna y a otra externa, dado que ambas fases forman parte de un único proceso que es interno en su totalidad, pues se refiere a la formación de la ley dentro de los órganos supremos del Estado.

(25) “La historia de todas las sociedades hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases. Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra; opresores y oprimidos se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada unas veces y otras franca y abierta; lucha que terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda sociedad o el hundimiento de las clases en pugna” (Carlos Marx y Federico Engels, “Manifiesto Comunista”, Obras Escogidas, Tomo I, pág. 111).

Jerárquicamente, la ley es inferior a la constitución. En algunos sistemas el tratado también es superior a la ley. Sin embargo, dado que en nuestro ordenamiento el tratado no es fuente automática de derecho, pudiendo ser eficaz únicamente a través de la ley, pareciera que ello no se cumple en Costa Rica.

Ligado al concepto de ley está el de “fuerza de ley”. “Llamase fuerza de ley a la capacidad que ésta tiene para prevalecer sobre cualquier otro acto del ordenamiento y para resistir la derogación o modificación por obra del mismo, salvo frente a la constitución” (26)

Como un dato más acerca de la ley, digamos que ella puede ser impugnada por inconstitucionalidad, pero mientras no se le declare como tal, debe ser aplicada aun a sabiendas de su no juridicidad.

Reserva de Ley:

Reserva de ley, en principio, sería la prohibición de que el reglamento del Poder Ejecutivo pueda regular la libertad y la propiedad, sin que una ley la limite y determine su campo de acción. Esta institución jurídica es producto de la doctrina alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. Algunos autores afirman que fue concretamente Otto Mayer quien a principios del siglo XX aludió con este nombre al establecimiento de ciertos límites al poder reglamentario de la administración.

Lo cierto del caso es que la reserva de ley surge y sigue funcionando como un instrumento jurídico de gran trascendencia para frenar el poder de la administración frente a los particulares, históricamente hablando, frente a la clase burguesa en ascenso. Sobre el particular, el profesor García de Enterría ha dicho que cuando se habla de reserva tributaria lo que se está haciendo es protegiendo la propiedad privada. Lo mismo con la expropiación. Históricamente fue un triunfo de los estamentos medievales al lograr que los impuestos se aprobaran por los parlamentos (o Cortes), lo mismo que las penas. Así se formula el principio de que sólo la ley puede tipificar delitos y penas. Cuando la clase burguesa derrotó a la monarquía, resumió esas dos conquistas en sus ideales de libertad e igualdad.

El concepto de reserva de ley se ha extendido en la actualidad a todas aquellas materias que imponen la existencia de una ley formal para ser reguladas, independientemente de si se relacionan en forma directa con la libertad o la propiedad.

Ultimamente, las transformaciones de la “infraestructura” de la sociedad han obligado a la flexibilidad un poco este concepto, dado que el Estado necesita regular cada vez en mayor grado esferas que antes estaban reservadas en forma total a los particulares. Esto,

(26) Castejón Paz y Rodríguez Román. Op. cit. Pág. 63.

siempre con el fin de mantener el mismo sistema de dominación política, que de otro modo se quebraría a causa de sus múltiples irracionalidades. Como un ejemplo de la debilitación del principio de reserva de ley, el Lic. Ortiz cita el hecho de que en los contratos administrativos hay la posibilidad de rescindir y modificar el contrato por acto unilateral ejecutorio en la vía judicial.

Actos con valor de Ley.

Son actos con valor de ley aquellos emanados del Poder Ejecutivo con régimen jurídico formal de ley, con o sin autorización constitucional. "La nota fundamental de los actos con valor de ley es doble: emanan del Poder Ejecutivo y tienen fuerza de ley, con todo lo que quiere decirse que pueden derogar y reformar leyes anteriores, ser derogados o modificados únicamente por éstas, y ser atacados únicamente por razones de inconstitucionalidad".⁽²⁷⁾

Los actos con valor de ley son considerados con razón como separación del principio de la separación de los poderes. De nuevo queda claro cómo la infraestructura de la sociedad va actuando dialécticamente sobre la superestructura hasta acomodarla a las necesidades de la época. Así, el ejercicio de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo empieza a constituir la regla después de la Primera Guerra Mundial y de la crisis económica de 1929, cuando la irracionalidad del sistema capitalista obliga al Estado a intervenir abiertamente en las relaciones sociales de producción.

La doctrina conoce tres tipos fundamentales de actos con fuerza de ley: los decretos de facto, los decretos de urgencia y necesidad, los decretos legislativos. Sobre estos últimos hablaremos con más amplitud cuando nos refiramos a la potestad reglamentaria.

En lo que concierne a los decretos de facto, sabemos que ellos sólo pueden ser obra de gobiernos de facto. Según el profesor Eduardo Ortiz, son precisas dos circunstancias para que se dé el gobierno de facto:

- 1—Desaparición del gobierno constitucional anterior, por disolución de cualquiera de los supremos poderes.
- 2—Consolidación de los nuevos gobernantes hasta el punto de gobernar pacífica, pública y regularmente, sin agitación ni violencia constantes.

Por lo tanto, los poderes del gobierno de facto provienen de un hecho socio-político y no de la constitución, tal es en síntesis su principal característica. Es precisamente en la búsqueda de la fuente de validez de todas las normas de facto cuando nos damos cuenta de lo imprescindible que son las llamadas fuentes materiales de ordenamiento, para entender la dinámica interna del derecho.

En lo que se refiere a los decretos de urgencia, llámase de este modo a los decretos "dictados con fuerza de ley —y como se

(27) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis V, pág. 19.

verá eventualmente con fuerza constitucional— por el Poder Ejecutivo movido por una situación provisoria de urgencia y necesidad y sometidos a ulterior ratificación de la Asamblea Legislativa.⁽²⁸⁾

El caso más típico de urgencia es el estado de sitio. Se supone un aumento de los poderes de policía, en razón de conmoción interna, guerra exterior, o catástrofe nacional. La consecuencia más común del Estado de sitio es la suspensión de las garantías públicas individuales. En Costa Rica el Poder Legislativo tiene la potestad de suspender las garantías, salvo en caso de que dicho poder esté en receso, en cuya situación, el Poder Ejecutivo puede hacerlo, con lo que la Asamblea queda convocada ipso-facto para ratificar la medida (art. 121, inc. 7 y 140 inc., 4).

En nuestro país existe además el llamado estado de defensa nacional, una variante del estado de sitio, a declararse por el Poder Ejecutivo en caso de agresión exterior, con la autorización de la Asamblea. De modo que es atribución de la Asamblea: "Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz".

Quizás lo más relevante del decreto de urgencia está en la posibilidad de ser jurídico aun en contra del texto expreso constitucional. Rige entonces el principio de que la administración puede dictar todas las normas y actos necesarios para conservar su existencia o la de la comunidad, ante un peligro grave y generalizado, aun en contra de la ley existente".⁽²⁹⁾

Es en este punto donde hasta al más positivista se le caen los argumentos de las manos para tener que aceptar que el Derecho no es sólo un conjunto de normas y que la explicación última de todo sistema normativo está en la misma base social que le ha permitido erguirse en superestructura. Son los intereses sociales los que crean el orden jurídico político, no son las normas jurídicas las que crean el orden político.

La delegación puede definirse como "el acto de traspaso de la función legislativa al Poder Ejecutivo dentro de los límites que el acto mismo señala.⁽³⁰⁾ En Costa Rica la constitución prohíbe expresamente la delegación de funciones públicas. Tal prohibición se puede encontrar en el artículo 9, párrafo segundo de la constitución, el cual reza: "ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias".

El Reglamento.

En términos generales podría definirse el reglamento como aquella norma jurídica emanada por la administración y subordinada jerárquicamente a la ley.

(28) Ibidem. Tesis VI, pág. 3.

(29) Ibidem. Pág. 8.

(30) Ibidem. Pág. 13.

El profesor Fernando Garrido Falla lo ha definido como "toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y subordinada a la ley".⁽³¹⁾

Para Boda, son "manifestaciones objetivamente normativas, subjetivamente administrativas".⁽³²⁾ El profesor García Enterría, en su ciclo de conferencias que impartió en nuestro país, definió el reglamento como "toda norma escrita y publicada por la administración". La doctrina alemana lo clasifica como ley material, lo cual, como ya vimos, es impropio.

El reglamento tiene de común con la ley el ser una norma escrita y obligatoria. "A la inversa de ésta, que es siempre un acto o fin determinado según la libre decisión política de su autor, el reglamento está siempre vinculado al fin que la ley le impone de potestades normativas (reglamento independiente o autónomo) pues en este caso la única meta admisible es siempre y necesariamente la eficiencia en el ejercicio de la competencia legal instrumentada. García Enterría ha agregado a esta distinción entre reglamento y ley el hecho de que aquél no tiene el carácter soberano de la ley, lo cual es obra de la "voluntad general". El reglamento es una norma subsidiaria secundaria, enjuiciable por el juez, además no puede intentar suplir la ley."⁽³³⁾

Por otro lado, es importante decir que el reglamento no es un conjunto de actos singulares. El reglamento innova el sistema, no puede ser catalogado como mero acto administrativo. Debe recordarse al respecto que no todos los órganos estatales tienen la potestad reglamentaria. Según la doctrina dominante, el reglamento es un acto de la administración, pero no un acto administrativo propiamente dicho, ya que no es expresión de la función ejecutiva, sino de la función normativa de aquella. Para evitar confusiones entre reglamentos y los llamados actos administrativos generales. García de Enterría y luego De la Vallina, han sostenido que el criterio básico de distinción entre reglamento y acto administrativo está en el criterio "ordimentalista", es decir, el reglamento forma parte simple del ordenamiento jurídico, sea su contenido general o particular, mientras que el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordimentalista.

De acuerdo a su contenido, podemos distinguir dos tipos de reglamentos: ejecutivos e independientes o autónomos. Puede decirse que los reglamentos ejecutivos son aquellos dictados por la administración para desarrollar una ley anterior, ya total, ya parcialmente. Los reglamentos independientes son los dictados como conse-

(31) *Ibidem*. Pág. 22.

(32) Castejón Paz y Rodríguez Román. *Op. cit.* Pág. 73.

(33) La deslegalización, tal como la explicó el profesor García de Enterría, y según su forma de aplicación en España, podría constituir un intento de suplir la ley.

cuencia de la propia potestad reglamentaria. A esta categoría pertenecen los reglamentos de organización administrativa y los citados por la administración para autolimitar sus poderes discrecionales. De acuerdo al organismo o autoridad de que emanan, es posible hablar de reglamentos estatales, y reglamentos autónomos. En virtud de sus defectos, se ha llegado a hablar de reglamentos delegados, con lo cual se quiere aludir a aquellos reglamentos que pueden derogar leyes formales cuando estas hayan sido previamente deslegalizadas o desgradadas por el propio Poder Legislativo.

Reseña histórica.

La superioridad de la ley sobre el reglamento, superioridad antes citada por nosotros en el concepto mismo de reglamento, es un verdadero producto histórico. La potestad normativa durante el absolutismo estuvo en manos de un solo sujeto: el monarca. No es sino con la revolución francesa en que la Asamblea, como órgano representativo por excelencia se impone como el único poder con la potestad legislativa. Dice el Lic. Ortiz al respecto que la superioridad de la ley sobre el reglamento es más una superioridad del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

Luego de la revolución francesa, la relación anti-burguesa se organiza en Europa, con lo cual aparece la llamada "Santa Alianza" y el "principio monárquico". Hablaban entonces los monárquicos europeos de que en el Estado existen dos principios: uno monárquico y otro democrático. El órgano del primero es el rey, y la Asamblea lo es del segundo. Cada cual posee un poder normativo y una fuente de legitimidad propia. Es pues esta teoría la que marca el momento de partida para la separación entre la ley y el reglamento.

La Alemania del siglo XIX vio la unificación de los reinos esparcidos bajo la alianza de las clases burguesas y terratenientes (Junkers). Escribía Engels en 1870:

"La clase capitalista y la clase de los terratenientes feudales llegan en Alemania a un compromiso a fin de evitar una guerra civil decisiva. La clase pequeño burguesa está neutralizada, la clase obrera aislada". Pero desde el momento en que ya no se trataba de defender a la nobleza del empuje de la burguesía, sino a la protección de todas las clases poseedoras frente al empuje de la clase obrera, la vieja monarquía absoluta hubo de transformarse por completo en monarquía bonapartista, la forma de Estado especialmente elaborada para este fin...".⁽³⁴⁾

Simultáneamente con la concentración de poder que se iba dando en la monarquía, los pensadores políticos alemanes como Laband, Jellinek y Meyer "desarrollaban hasta su máxima expresión la

(34) Federico Engels. "La guerra campesina en Alemania".

doctrina material de las funciones del Estado, según la cual hay identidad de naturaleza entre ley y reglamento, por ser ambos actos normativos, en cuanto abstractos y generales de contenido".⁽³⁵⁾

Conforme llegamos al siglo XX vemos como el Poder Ejecutivo va tomando más y más relevancia en el Ordenamiento interno de los Estados. Así, ya en Francia en 1914 se establece el poder alternativo de la ley (alternativo con el reglamento, claro está).

Para el Lic. Ortiz los factores por los cuales el Ejecutivo empieza a ser la piedra fundamental del ordenamiento son: aumento de atribuciones estatales, multiplicidad de los órganos, necesidad de coordinación, carácter predominantemente técnico y dinámico de los problemas e intereses a resolver, lentitud de funcionamiento de la Asamblea, excelencia y capacidad política mayores de los jefes de gobierno.⁽³⁶⁾

Para nosotros, todas esas razones son válidas, aunque no llegan al meollo del asunto cual es la necesidad de las clases dominantes de agilizar y modernizar su sistema de dominación, fin que se vuelve más viable por medio del Poder Ejecutivo, conforme el parlamentarismo burgués tiende a entrabar más y más la toma de decisiones políticas. De este modo es que nos explicamos el nuevo enfoque con respecto a la potestad reglamentaria: ya no se ve dicha potestad como una concesión de la ley, sino como algo inherente al Poder Ejecutivo, como una potestad que le pertenece por derecho propio. En su forma más radical, esta posición fundamenta la potestad reglamentaria en la constitución y no en la ley. A aun así, sigue aceptando hoy día el que la función reglamentaria es administrativa y que por tanto está sujeta a la ley.

El caso de Francia es el de los más interesantes pues tanto en dicho país como en Italia se acepta la existencia no claramente autorizada de poderes implícitos de organización y reglamentación, aunque en Francia esa solución abarca no sólo la potestad reglamentaria de los servicios propios, sino también la de sus actos de policía limitativos de las libertades públicas, "lo que parece violar de frente el principio de legalidad administrativa y la seguridad jurídica que intenta proteger".⁽³⁷⁾ En realidad, la situación francesa tiene su explicación en el gran poder político que para sí logró reunir el General De Gaulle, tema sociológico-político que ahora no podemos entrar a conocer. El caso es que la Constitución de la Quinta República ha establecido una reserva reglamentaria. Se da una lista de materias reservadas a la ley, dejando el resto para regulación exclusiva del reglamento. De la Vallina ha admitido también atisbos de reserva reglamentaria en los artículos 2º de la ley de Protección Administrativa y 10º apartado 8º de la ley de Régimen Jurídico de España.

(35) Lic. Eduardo Ortiz. "La potestad reglamentaria en Costa Rica". Revista de Ciencias Jurídicas N° 16, pág. 133.

(36) Ibidem.

(37) Ibidem. Pág. 134.

Sobre España el profesor García de Enterría ha admitido la descarada intromisión del gobierno franquista en la potestad legislativa por medio de la llamada deslegalización de la ley, consistente en la autorización legislativa para que el reglamento pase a regular materias ya reguladas con anterioridad por la ley. Con la deslegalización, contaba el profesor español, el Gobierno se trae abajo dos o tres instituciones autónomas anualmente.

La potestad reglamentaria en Costa Rica.

En nuestro país la potestad reglamentaria se atribuye en los artículos 121, inciso 22 de la Asamblea Legislativa, y 140 incisos 3 y 18 al Poder Ejecutivo. Desgraciadamente no podemos entrar a analizar ahora el contenido y las consecuencias jurídico sociales de esos artículos, prefiriendo por el momento y, de acuerdo a la tesis que sostuvimos en la introducción, dedicar las últimas páginas de este trabajo a lo que el Lic. Eduardo Ortiz ha llamado en un artículo suyo aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 16, "La potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo".

Con ello se refiere el distinguido profesor costarricense a la radical descentralización que hoy sufre nuestro sistema jurídico, al margen y aun en contra del texto constitucional. Así se analiza cómo la Asamblea Legislativa ha tenido que competir con el Ejecutivo en la solución rápida y casuística de los problemas sociales. "Se trata generalmente de leyes que producen situaciones de ventaja, tratando de estimular (fomento legislativo) o de producir igualdad (justicia distributiva por ley) y que, en el fondo, instituyen regímenes de favor en beneficio de grupos a menudo reducidos, con simultáneo detrimento del competidor o de otros grupos más poderosos económica y socialmente".⁽³⁸⁾ Su gran peligro es doble, en primer término, la violación de la igualdad ante la ley mediante la formación de cartas de privilegiados, oficiales o institucionalizadas, y en segundo término su rango de ley que hace impugnables tales actos en la vía contencioso administrativa.⁽³⁹⁾ Nosotros agregaríamos el peligro de que se legisle abiertamente a favor de un grupo que, en razón de la dinámica de su plan de desarrollo socio-económico, presione efectivamente en la estructura jurídico-política. Entre estas leyes mencionadas, llamadas también "ley providencia" o "ley acto", se citan los siguientes ejemplos: los contratos leyes, las leyes u otorgamiento de subvenciones o subsidios, las fianzas legislativas del Estado a favor de ciertas entidades públicas o privadas, las emisiones de bonos de la deuda pública, leyes que conceden indemnizaciones a damnificados por una catástrofe natural, las leyes que retroceden propiedad ya traspasada en firme al Estado por aplicación de otras leyes, etc.

(38) Ibidem. Pág. 179.

(39) Ibidem.

Todo lo anterior nos muestra cómo es el "ser social" el que sigue imponiendo la estructura superestructural de la sociedad y del peligro que significan las aspiraciones desmedidas de ciertos grupos sociales a los que el Lic. Ortiz como jurista no puede aludir directamente, pero que cualquier sociólogo apuntaría con facilidad, nos referimos a una joven burguesía empresarial con tendencias bastante bien definidas a nivel nacional e internacional que cada vez demanda más poder de decisión para su grupo. (40)

Con esto en mente podemos apreciar mejor los procesos que el profesor Ortiz cita cuando se refiere a la potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo. Esos procesos serían:

- 1— El uso cada vez más frecuente de actos administrativos de alcance general por la Administración en el campo económico. En ese sentido la administración hace uso de diversas técnicas como:
 - a)—La planificación.
 - b)—Fijación autoritaria de precios y porcentajes de utilidades, sin límite legal o con el mismo.
 - c)—Fijación de cuotas de importación, exportación y consumo.
 - d)—Fijación integrales o fragmentarias de impuestos.
 - e)—Regulaciones sectoriales. Son ordenamientos creados por órganos distintos de los que constitucionalmente detentan la potestad reglamentaria en Costa Rica, que existen por razones de especialidad técnica y de descentralización administrativa.
- 2— Degradación de la ley: Con esto se hace referencia a la producción casuística de la Asamblea Legislativa ya aludida antes.
- 3— Desarrollo tecnológico y económico como fuente de especialización. Esto se relaciona con la formación de múltiples entes y organismos nuevos en el ámbito administrativo, con personalidad propia e identidad funcional.

Las consecuencias que se pueden sacar de este proceso no son tan simples como para concluir que las necesidades del Estado de Derecho obligan al Estado a intervenir para impartir la "justicia" y el "amor" entre las clases. Muy por el contrario, es la prueba de que el sistema liberal burgués es incompetente para alcanzar la suficiente madurez institucional y precisa de un Estado que con paliativos remedios siga poniendo parches superestructurales a los males de la infraestructura económica. Y así vemos que no importa cuánto se agilice la superestructura jurídico-política, las relaciones sociales de producción generan cada vez más y más contradicciones, con lo cual se anticipa el quiebre total del Estado demócrata liberal y la llegada de una democracia cualitativamente diferente a la que hoy tenemos, una nueva democracia.

(40) "La ampliación de la producción, la conquista del mercado, las posibilidades de inversión, etc., determinan que este sector tenga como cualidades típicas de su carácter, personalidad y gestión, las del joven capitalismo en desarrollo. Y que sus pretensiones, con base en el apoyo económico que las sustenta, no se limiten a una simple actividad económica, sino que se extienden a la esfera de lo político y lo social" (Rodolfo Cerdas). "La crisis de la democracia liberal en Costa Rica", pág. 89. EDUCA. San José. 1972).

CONCLUSION

Luego del análisis de las fuentes del Derecho, creemos haber demostrado cómo es imposible relegar las fuentes materiales del derecho a un segundo plano, siendo ellas las únicas que pueden explicar el cómo y el porqué del Derecho. Tal vez para mayor precisión deberíamos dejar claro que para nosotros fuentes materiales deben ser las condiciones de la infraestructura social en cada coyuntura socio-económica.

Creemos que la utilidad de esta infraestructura social como fuente del Derecho ha quedado corroborada con el presente trabajo, ya que ella fue nuestra guía durante todo el recorrido por las distintas fuentes del Derecho.

Vimos cómo los principios generales del derecho se reducen a los ideales objetivados de los distintos grupos sociales. Cómo la costumbre es producto de una primera objetivación de las relaciones sociales, cómo la jurisprudencia es obra de hombres de carne y hueso, con una ideología particular. Ha quedado claro también cómo la "voluntad general" no existe y cómo la ley es expresión de los intereses dominantes en un período histórico determinado. Por último, la evolución histórica de la potestad reglamentaria ha demostrado cómo los cambios de la administración pública operan en relación con las necesidades de las clases sociales que en un momento determinado poseen el poder económico de la sociedad.

Es claro que todas esas demostraciones siguen siendo débiles a falta de un instrumento más profundo y detallado. Sin embargo, un análisis tan general, y quizás, tan superficial, basta para darse cuenta de que el consabido "Estado de Derecho" no es más que un momento histórico en la transformación dialéctica del mundo hacia formas de asociación más justas y más humanas.