

- AROSENA, Luis: Estudio preliminar a la edición de El Príncipe. Ed. de la Universidad de Puerto Rico. Revista de Occidente. Madrid. 1954. 40 páginas.
- BARON, Hans. Problemas Discutibles en la Interpretación del Renacimiento. Journal of the History of Ideas. Trad. castellana por Rose Marie Karpinsky, de Murillo en el Ensayo. Problemas fundamentales en la Interpretación del Renacimiento y el Humanismo, Universidad de Costa Rica, 1969. 56 páginas.
- BARON, Hans. The Crisis of the Early Italian Renaissance. Princenton University Press. N. Jersey. 1966. 584 páginas.
- BUTTERFIELD, Herbert. Maquiavelis Historical Method and Statecraft. G. Bell and Sons. Ltd. Londres 1955. 6 páginas.
- CASSIRER, Ernest: Individuo y Cosmos en los siglos XVI y XVII. Emecé editores S.A. Buenos Aires - 1951. 237 páginas.
- CROCE BENEDETTO: Teoría e Historia de la Historiografía. Edit. Escuela Buenos Aires 1955. 300 páginas.
- RENAUDET, Agustín: Maquiavelo. Colección Semblanzas. Ed. Tecnós, S.A. Madrid 1955. 362 páginas.
- RIDOLFI, Roberto. Maquiavelo. Ed. Renacimiento. S.A. México, 1961. 400 páginas.
- THOMPSON, James Westfael: A History of Historical writing. N. York. The Mc Millan Co. 1942 T.I. 495 páginas.
- YOUNG, C.B. The Medici. Random House. N. York, 1930. 824 páginas.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN COSTA RICA. RÉGIMEN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Por el Lic.

EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Titular de Derecho Administrativo.

I. La potestad reglamentaria en nuestra Constitución, y sus interrogantes.

Las únicas normas constitucionales que expresamente mencionan la potestad reglamentaria son los artículos 121 inciso 22 y 140 incisos 3 y 18 ibídem.

El artículo 121 inciso 22 atribuye a la Asamblea el poder de dictar su reglamento interior.

El artículo 140 inciso 18 hace lo propio con el Poder Ejecutivo, autorizándolo para darse el régimen interior de sus Despachos.

El mismo inciso 18 contempla, además, la potestad del Poder Ejecutivo para dictar los reglamentos necesarios para una "pronta ejecución de las leyes", y el inciso 3 del mismo artículo otorga al dicho Poder la facultad de "sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento".

Lacónica como es, la Constitución no puede contestar con claridad todas las preguntas que suscita su texto.

Algunas de esas fundamentales cuestiones son:

- a) ¿Es lo mismo el reglamento de la Asamblea que el del Poder Ejecutivo?
- b) ¿Se limita al ámbito interno de su organización propia la potestad reglamentaria de la Asamblea y del Poder Ejecutivo, o pueden también regular sus relaciones con otros sujetos, públicos y privados?

- c) ¿Pueden emitir reglamentos los otros Supremos Poderes estatales, el Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, y qué tipos de reglamento pueden dictar, caso afirmativo?
- ch) ¿Es la misma la potestad reglamentaria prevista por el inciso 3 que la prevista por el inciso 18 del artículo 140 ibídem?
- d) ¿Tienen potestad reglamentaria los entes autónomos y, caso afirmativo, con cuál régimen, en relación con los reglamentos del Poder Ejecutivo y demás Supremos Poderes?
- e) ¿Contempla nuestra Constitución todas las formas posibles de potestad reglamentaria, necesarias para un eficiente desempeño ante los problemas del subdesarrollo económico y cultural?
- f) ¿Es posible suplir por ley las omisiones en que eventualmente haya incurrido la Constitución y crear nuevas potestades reglamentarias a favor de otros entes u órganos públicos?

Las cuestiones están íntimamente relacionadas, por lo cual no es posible contestarlas en orden y separadamente. El tema fundamental de esta ponencia es el análisis de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y entes autónomos en Costa Rica, y alrededor de ese tema se hilarán las reflexiones que permitirán contestar algunas —no todas— las cuestiones planteadas.

2. A. Autonomía normativa y potestad reglamentaria.

Conveniente, aunque innecesaria, puede ser la advertencia de que hay múltiples normas dentro un mismo ordenamiento, con origen y jerarquía diversos, lo que determina una diversidad de naturaleza y de valor.

En punto al origen de los ordenamientos es decisivo distinguir entre soberanía, autonomía y supremacía especial, como fuentes del ordenamiento.

Es un hecho histórico y positivo, hoy día aceptado como principio en la teoría general del Derecho, que dentro del ordenamiento estatal conviven varios ordenamientos jurídicos menores.⁽¹⁾ El ordenamiento estatal es el principal y originario, en cuanto todos los demás son sus derivados, si se miran desde la perspectiva del Estado mismo. Desde este punto de vista todo ordenamiento no estatal tiene que ser, al menos, compatible y armónico con el del Estado, para ser aplicable en su territorio y por sus tribunales; la exigencia de unidad puede conducir a afirmar un monismo jurídico, consistente en decir que todos los demás ordenamientos derivan del ordenamiento estatal, que autoriza su creación. Es lo cierto que, mirados dentro de sí mismos y desde su propia perspectiva, es posible encontrar dentro del territorio estatal órdenes no estatales, que valen como verdadero derecho para sus destinatarios, incluso cuando sus normas violan las del Estado.⁽²⁾ Dada la intensidad del intervencionismo estatal ello es cada vez más difícil, pero es posible y demuestra que el derecho puede ser mirado desde doble ángulo, con resultados radicalmente opuestos: desde el ángulo del derecho creado por el Estado o derivado de éste, o desde el ángulo de grupos parciales de interés con ordenamiento propio, eventualmente opuesto al del Estado: es el caso de los clubes y sociedades privados, de los sindicatos e incluso de las asociaciones criminales. En un caso, se hallará sólo un ordenamiento comprensivo; en el segundo, un pluralismo jurídico complejo.

El Estado asume posiciones diversas frente a dichos ordenamientos: los autoriza (caso de los sindicatos y sus convenciones colectivas) los impone (caso de las asociaciones obligatorias para fines de urbanismo o de manutención de calles públicas vecinales, en los países donde existen) o los prohíbe (caso de las asociaciones criminales).

(1) Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, parte II, págs. 111 y 113. Vezio Crisafulli, *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XVII. pág. 241.

(2) Santi Romano, *op. cit.* págs. 197 y 198. Parte de la doctrina llega a configurar los ordenamientos parciales o internos sobre la base de la inoperancia, en el ámbito de los mismos, de los principios clásicos del Estado de Derecho, como la reserva de ley, el principio de legalidad, la inderogabilidad singular del reglamento, la tipicidad de pena y delito, etc., lo que resulta inadmisibile. Ver al respecto Alessandro Mariano Offidani, *Studi Sull' Ordinamento Giuridico Speciale*, págs. 16 a 21 y, sobre todo, pág. 202. Contra, el enfoque con acertada crítica de Vittorio Bachelet, *Profili Giuridici della Organizzazione Amministrativa*, págs. 15 y 16.

Es posible que el Estado cree el sujeto u órgano productor del ordenamiento (cualquier institución autónoma, por ejemplo) pero nada diga sobre la potestad del mismo para dictar las normas correspondientes, en cuyo caso se da una situación de indiferencia del derecho estatal frente al orden parcial de que se trata, pues aquél no regula la existencia de éste como tal.

En esta última hipótesis el sujeto autor del ordenamiento parcial ha sido creado por el Estado, pero no está autorizado por éste para dictar normas equiparables a las suyas. Si las crea, serán normas válidas para ese sujeto frente a los otros que se encuentran con él en una especial relación (por ejemplo: usuarios de los servicios del ente o empleados del mismo), pero no para el Estado, cuyos tribunales no las tomarán en cuenta como tales. Las mismas serán, ante esos tribunales, meros actos o contratos de los entes en cuestión, no verdaderas normas jurídicas.⁽³⁾ La violación de éstas no causa nulidad de los actos respectivos ni tampoco podrán los particulares fundar en las mismas sus demandas y peticiones ante esos tribunales. Ello no obstante, serán normas jurídicas dentro del ámbito interno del ordenamiento parcial, para su autor y para los sujetos colocados frente a éste en una posición de súbditos dentro de una relación especial de servicio o de autoridad. Dijimos de los empleados y usuarios y podemos afirmar lo mismo de los concesionarios de un servicio, que están supeditados a las instrucciones y reglamentos de la autoridad concedente.

Estas situaciones de sujeción a un poder especial pueden darse no sólo en relaciones nacidas de un acto voluntario del particular, sino también en relaciones nacidas de un acto de imperio del Estado, como cuando el Ministerio de Salubridad autoriza en sede de contralor el expendio de estupefacientes, o cuando una Junta mantiene una potestad reguladora de actividades privadas, como ocurre con nuestras Juntas de Aviación Civil y del Servicio Nacional de Electricidad, con la Oficina del Café y con la Liga Agrícola Industrial de la Caña, respecto de las empresas sujetas a su vigilancia y regulación.

La doctrina ha bautizado en muy diversas formas este tipo de ordenamientos, creados espontáneamente por un ente público o una autoridad en relación especial con un grupo de destinatarios, vinculados a él por un contrato o acto de imperio que se extiende

en el tiempo, ordenamientos cuya nota fundamental y decisiva es la de no tener validez ante el Estado ni ser aplicables por los tribunales de éste, en razón de carecer el ente u órgano productor de la potestad, claramente conferida por el Estado, de crear ese orden y de dictar las normas correspondientes. Se han llamado ordenamientos de supremacía especial, ordenamientos disciplinarios, ordenamientos espontáneos y ordenamientos internos.⁽⁴⁾

Como casi todos son ordenamientos que viven dentro del Estado, parece que la terminología más apropiada es llamarlos "internos" o "especiales", o ambas cosas a la vez, porque están dentro del Estado y no forman parte de éste, sino que se confinan a un ámbito especializado y limitado de vigencia.

En contraposición a este fenómeno, resulta claro el de la llamada autonomía normativa. En la hipótesis una norma del Estado, competente al efecto, autoriza expresa o inequívocamente a otro ente u organismo para dictar normas en un ámbito limitado, dentro del cual valen exactamente como si emanaran del Estado.⁽⁵⁾ Este fenómeno suele llamarse "autonomía normativa" y jurídicamente descrito en forma precisa consiste en la potestad de dictar normas válidas ante el Estado, conferida por éste a otro sujeto o, en general, a organismo diverso de la Asamblea Legislativa. Hoy, dicho fenómeno se presenta normalmente en los entes públicos menores y la doc-

(4) Offidani, op. cit. pág. 10.

(5) Massimo Severo Giannini, Enciclopedia del Diritto, Autonomia (Teoria Generale e Diritto Pubblico, vol. I, pág. 357). Dice Giannini: "La autonomía normativa es, entonces, hoy, por definición, propia de sujetos no soberanos. La misma se define como el poder atribuido a entes no soberanos de crear normas jurídicas equiparables a las normas del Estado soberano". Particularmente enfática resulta la insistencia de este autor en la necesidad de una atribución expresa o, al menos, inequívoca y taxativa de potestad normativa para que se de la autonomía en cuestión. Dice al respecto: "Los sujetos tributarios de autonomía normativa, en cuanto la misma es un poder extraordinario, deben ser taxativamente indicados por la ley" . . . "De modo que cada ordenamiento positivo, en orden a la autonomía normativa, debe ocuparse de disciplinar: los sujetos titulares del poder, los actos normativos (fuente) y las normas relativas, los controles sobre las fuentes de autonomía". (op. cit. págs. 357). Puede concluirse, de ello, que si la norma nace espontáneamente y sin base en una autorización legal, es norma interna referida a las atribuciones de su autor, sin valor ante el Estado. Se da, entonces, un caso de ordenamiento especial interno, y no de autonomía. En este sentido Giovanni Miele, Principii di Diritto Amministrativo, pág. 197: "se distingue, entonces, una autonomía interna (norma interna) que constituye ejercicio de un poder inherente a la institución, de una autonomía externa, que constituye ejercicio de un poder derivado del ordenamiento jurídico general (ley o acto equiparado a ésta) . . . Solamente las normas de esta segunda categoría son jurídicas respecto del ordenamiento general, mientras las otras no pueden considerarse tales y obligan a título diverso, en razón del estado de sujeción particular (jerarquía, disfrute de servicios, etc.) en que se encuentran sus destinatarios respecto de la institución; es evidente, en consecuencia, que las normas internas no pueden elevarse entre las fuentes del ordenamiento".

(3) Massimo Severo Giannini, Lezioni di Diritto Amministrativo, pág. 63.

trina excluye de su campo, no obstante su esencial identidad, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Cabe apuntar, ello no obstante, que ésta última presenta características esencialmente idénticos a la de los entes autónomos, cuando la tienen por ley (como nuestros Municipios). Puede decirse, entonces, que así como la nota distintiva del ordenamiento interno consistía en su falta de relevancia y aplicación dentro del ordenamiento estatal, por no estar expresa o inequívocamente autorizado por éste (aunque no esté tampoco prohibido), así la característica opuesta es la que define los órdenes autónomos, consistente en ser ordenamientos especiales, por su ámbito especializado de vigencia, pero válidos ante el Estado y sus tribunales e integrantes del ordenamiento de éste, conjuntamente con las normas del Poder Legislativo.

Puede llegarse así a una síntesis de las tres diversas fuentes normativas posibles en un ordenamiento estatal moderno:

- a) La soberanía, fuente del ordenamiento estatal fundada en su potestad legislativa de rango constitucional (por norma escrita o consuetudinaria);
- b) La autonomía normativa, fuente de ordenamientos especiales externos, fundados en una delegación normativa del Estado a su favor, y válidos ante el ordenamiento de éste último;
- c) La supremacía interna o especial, fuente de órdenes jurídicos en sí, pero irrelevantes e inaplicables como tales en el ordenamiento del Estado, por ausencia de potestad normativa conferida o reconocida por éste.

Puede concluirse, entonces, en que no siempre que hay potestad normativa, hay norma válida ante el Estado. Para que la haya se requiere autorización expresa o inequívoca de esa potestad por el Estado en favor del autor de la norma.

B. Concepto del reglamento, naturaleza, fundamento y clases.

i) Jerarquía. No requiere explicación el principio de que las fuentes de un ordenamiento han de operar armónicamente y con arreglo a cierto orden, para evitar y resolver las contradicciones y las lagunas jurídicas. Tres métodos se han aplicado al efecto:

- 1) El principio de la prevalencia cronológica, por el cual la regla última en el tiempo prevalece sobre la anterior, salvo que ésta sea especial por su materia;

- 2) El principio, prevaleciente sobre el cronológico, de que las fuentes son desiguales por su valor, de modo que unas pueden catalogarse como superiores y otras como inferiores, puestas en relación y comparación; criterio que supone un campo concurrente entre dos normas desiguales, de forma que la superior pueda dejar sin efecto todas las anteriores de su mismo rango o de uno inferior, pero no las de rango superior a ella;
- 3) El principio de la competencia, en virtud del cual cada norma tiene un campo exclusivo de vigencia por razón de la materia, en términos que es suprema dentro del mismo y nula cualquiera otra que lo invada.

Esto revela que el régimen jurídico de una norma depende del principio de armonía entre las fuentes empleado por el orden, que puede ser más de uno.

No basta con hallar una potestad normativa fuera de la competencia de la Asamblea, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo o de cualquier otro ente administrativo, para tener por necesariamente cierto que se trata de un reglamento.

Pues, en efecto, el reglamento es, por esencia, una norma secundaria y subordinada a la ley, no cualquier norma de origen administrativo. De este modo, si el Poder Ejecutivo o un ente autónomo tiene potestad de dictar normas primarias y no subordinadas a la ley, se tratará de leyes de la Administración Pública y no de reglamentos, aunque suene paradójico.⁽⁶⁾

Lo dicho significa que histórica, positiva y doctrinalmente los ordenamientos han optado por el método de la jerarquía para regular el régimen jurídico del reglamento respecto de las otras

⁽⁶⁾ Como veremos posteriormente la afirmación anterior queda ampliamente comprobada con la historia y con nuestra actual experiencia institucional. Ver Lorenza Carlassare, Regolamento dell' Esecutivo e Principio di Leggalita, págs. 10 a 25.

Se verá, por otra parte, que la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial nuestros emiten reglamentos ejecutivos de las leyes aplicables a su organización y funcionamiento, lo que revela la existencia de un criterio material de distinción de las funciones legislativa y reglamentaria, pues la diferencia entre ambos persiste incluso cuando es la Asamblea la que emite el reglamento. La diferencia, como se verá, no está en la generalidad, extremo por el que más bien se identifican, sino en la jerarquía o distancia respecto de la Constitución; el reglamento se subordina a la ley y por ello dista dos grados de la Constitución (fuente secundaria), a la inversa de la ley, que dista sólo un grado (fuente primaria). En el caso de que los tratados y normas del derecho internacional sean fuente superior a la ley, la nota distintiva entre ésta y el reglamento será el carácter secundario de la primera y el terciario de la segunda. Todo esto será más ampliamente desarrollado después, en lo estrictamente concerniente a las relaciones entre ley y reglamento.

fuentes y, sobre todo, respecto de la ley. La solución ha sido concebir el reglamento como una norma subordinada a la ley, instrumento de realización de los fines de ésta. Puede decirse que el reglamento, acto normativo y similar por ello a la ley, es simultáneamente un acto administrativo, regulado por ésta en un mínimo, que comprende necesariamente su autor, su fin y los límites del contenido, el cual, eventualmente, puede ser no otra cosa que mera interpretación o desarrollo de la ley (reglamento ejecutivo). A la inversa de ésta, que es siempre un acto a fin indeterminado según la libre decisión política de su autor, el reglamento está siempre vinculado al fin que la ley le impone, incluso cuando se dicta sobre la base de una competencia para actuar en concreto sin mención de potestades normativas (reglamento independiente o autónomo), pues en ese caso la única meta admisible es siempre y necesariamente la eficiencia en el ejercicio de la competencia legal instrumentada.⁽⁷⁾ Cuando, como veremos en breve, el reglamento parece suplantar la ley, invadiendo el campo material a ella reservado dejándola sin efecto, hay en el fondo otra ley que lo permite y que es la verdadera causa del fenómeno, dirigiéndolo y limitándolo como si el reglamento fuese acto administrativo común (reglamentos autorizados o delegados). Se ha dicho, por ello, que el reglamento es un acto normativo a estructura administrativa, aludiendo a esta su doble cualidad de ser norma y acto normativamente predeterminado al mismo tiempo.⁽⁸⁾

ii) Origen histórico-político del reglamento.

La superioridad de la ley sobre el reglamento es histórica y política y está anclada en lo más íntimo del Estado de Derecho. Corresponde, en realidad, al concepto de que la Asamblea es el

(7) Giuseppe Guarino, Scritti di Diritto Pubblico Dell'Economia, Vol. I, pág. 42: "Si se compara la estructura del poder negocial privado con la del poder público (político o discrecional), se constata que el poder negocial y el político, son libres en el fin y consienten al sujeto titular el orientar libremente su conducta, mientras el poder discrecional es vinculado en el fin y obliga a moverse sólo en la dirección pre-establecida por la ley". En igual sentido Enzo Cheli, Potere Regolamentare e Struttura Costituzionale, pág. 431.

(8) Enzo Cheli, op. cit. pág. 440. Respecto de los reglamentos delegados, los que aparentan derogar la ley por fuerza propia, de conformidad con la previsión de la misma norma derogada o de otra, dice claramente este autor (pág. 415): "el reglamento delegado, lejos de incidir directamente por virtud propia, sobre la norma primaria a abrogar o derogar, se limita, en lugar de ello, exclusivamente a operar como condición resolutoria de la eficacia de esta norma, o bien, como acaecimiento de una condición suspensiva puesta a la eficacia de la norma que autoriza la abrogación".

órgano representativo por excelencia, sea de una clase burguesa opuesta al privilegio y a la arbitrariedad del Rey (Gobierno), sea de una comunidad política pluripartidista, única sede en que las minorías pueden hacerse oír continuamente y no sólo defender sus ideas y derechos sino imponerlas por la persuasión o la coalición frente a la mayoría. El Poder Ejecutivo (o Gobierno) aparece, desde este ángulo, como el órgano autócrata y unipersonal, con oídos sólo para la mayoría gobernante y, en el peor de los casos, para su personal y unilateral ideología. Esta concepción se originó en la Revolución Francesa (cuyas primeras constituciones, inspiradas en la idea rousseauiana de la voluntad general, prohibieron expresamente la potestad normativa del Rey) y se transmitió —con breves decadencias— a la forma más pura y evolucionada del Estado de Derecho liberal y burgués, la anterior a la primera guerra mundial, como vestigio de una actitud de sospecha y temor ante el Poder Ejecutivo, cuyo único papel aceptable dentro del sistema era el de mero ejecutor de la política y de las leyes de la Asamblea.⁽⁹⁾ Se trata, en consecuencia, de una superioridad no tanto de la ley sobre el reglamento, cuanto de la Asamblea sobre el Poder Ejecutivo. Dentro de este marco, resultaba concebida la potestad reglamentaria como puramente ejecutiva de la ley y claramente fundada en ésta, de ser necesario caso por caso.

Esta idea maduró en Francia, sobre todo como herencia de la gran Revolución. Pero simultáneamente y desde mediados del siglo pasado los alemanes (capitaneados por Laband, Jellinek y Meyer) desarrollaron hasta su máxima perfección la 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. Aunque en Alemania la idea se gestó para justificar una reserva reglamentaria en favor del Emperador de Prusia, en Francia sirvió para que Duguit propugnara la tesis de que, a la inversa, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo era excepcional, por ser legislativa, y requería ya no de ley sino de autorización constitucional expresa, que dejara sin efecto la separación de funciones impuestas por el sistema. El carácter excepcional de la potestad reglamentaria obliga a interpretar la como un instrumento al servicio de la ley de la Asamblea,

(9) Constantino Mortati, Atti con Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalita, págs. 38 y 39.

de cuya naturaleza participa y frente a la cual no es sino un medio de actuación.

Paradójicamente, estas dos opuestas concepciones, una favorable a la potestad reglamentaria sobre cualquier materia a condición de que esté autorizada por ley previa, y la otra tendente a restringir su desarrollo como si se tratara de un germen de concentración de funciones y de despotismo, coinciden en el punto básico y fundamental: ambas doctrinas tienden a mantener la subordinación del Poder Ejecutivo a la Asamblea y el paralelo carácter subordinado del reglamento frente a la ley. Ambas sostienen, en el fondo, el carácter administrativo del reglamento, si se para mientes en la estructura jerarquizada de los actos de poder y de las normas antes apuntada.

iii. Estado actual de la evolución histórico-política.

Esta concepción ha variado en sus supuestos, pero no en sus resultados. El Estado de Derecho ha llegado a centrarse claramente sobre el Poder Ejecutivo, incluso en los sistemas parlamentarios. Múltiples y muy examinados han sido los factores determinantes: aumento de atribuciones estatales, multiplicación de órganos y entes públicos y necesidad de coordinación, carácter predominantemente técnico y dinámico de los problemas e intereses a resolver, lentitud de funcionamiento de las Asambleas, excelencia y capacidad política mayores de los Jefes de Gobierno (Presidentes o Primeros Ministros), todo ello ha terminado por conferir al Gobierno y a su Jefe la primacía en la dirección política y económica del país y a invertir los términos de la relación clásica entre ambos Poderes, si no en la ley, sí en la realidad.⁽¹⁰⁾

Esto es así mayormente en regímenes presidenciales como el nuestro. Esa naturaleza presidencialista puede haber detenido durante mucho tiempo la invasión y sujeción del Ejecutivo por la Asamblea, propia de otros sistemas parlamentarios europeos.

Y, sobre todo, el origen popular y representativo de nuestro Presidente, y la clara evolución de nuestra vida pública desde hace más de tres decenios hacia la formación de dos grandes bloques políticos, han fortalecido la posición de aquél como el Jefe de la Nación y del Estado, por encima de los demás Poderes.

(10) Constantino Mortati, op. cit., págs. 40 y 41; Enzo Cheli, op. cit., págs. 239, 240 y sgtes.

La función de elegir metas nacionales, programarlas y ponerlas en marcha es preferentemente suya desde hace ya mucho tiempo.

Con esta evolución se ha alcanzado un cambio de enfoque: la potestad normativa del Poder Ejecutivo es connatural a su función administrativa, de planificación e impulso diario y continuo de la vida nacional. El Poder Ejecutivo tiene esa potestad porque debe tenerla y le corresponde por derecho propio como instrumento diario de gobierno, no como concesión extraordinaria de la Asamblea. La sede natural para otorgar y reconocer esa potestad del Poder Ejecutivo no es la ley, sino la Constitución, y no, como había sido, por considerar incompatible esa potestad con la división de poderes, sino por considerarla inevitable y normal en el funcionamiento del Gobierno. Es lo que se ha llamado la potestad institucional de reglamentación del Poder Ejecutivo, como derivación necesaria de la misión y función propias del mismo. La función reglamentaria es administrativa y tiende más que a la ejecución de la ley al cumplimiento de los fines de la Administración. Esta tiene a su disposición dos tipos de medios al efecto, el "acto concreto" y la norma administrativa, el "reglamento." Aunque distintos por el contenido ambos son medios de naturaleza administrativa, que nada tienen que ver con la ley.⁽¹¹⁾ Llevada a sus últimas consecuencias este enfoque propugna la admisión de la potestad reglamentaria sin texto alguno y en favor de todo aquel órgano adminis-

(11) Maurice Hauriou, *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, Ed. 10 pág. 61. "Cada uno de los grandes poderes públicos tiene el poder de regular, de ordenar por vía general; en donde este poder no funciona es que ha sido suprimido; pero allí donde funciona, no es en virtud de una delegación de la ley, sino por su propia virtud".

Lorenza Carlassare, *Regolamenti dell'Esecutivo e Principio di Legalità*, págs. 84 y 87.

Similar enfoque del reglamento como medio administrativo de acción implícito en la competencia para decidir por medio de actos concretos, en Teitgen, según Jean Claude Douence, *Recherches sur Le Pouvoir Reglementaire de L'Administration*, págs. 342 y 343; igualmente, en lo que concierne al carácter institucional y funcional de la potestad reglamentaria, que conlleva su reconocimiento y aceptación incluso sin texto expreso que la atribuya, págs. 364, 366 y 371, con cita de Rivero.

Conviene aclarar, sin embargo, que la existencia no claramente autorizada de poderes implícitos de organización y reglamentación, en relación con actos o servicios propios del autor del reglamento, es aceptada en Francia como una forma de autonomía normativa en el sentido verdadero del término, en tanto que en Italia es considerada como una simple forma de ordenamiento interno especial, todo según lo antes explicado. La solución francesa abarca no sólo la potestad reglamentaria de los servicios propios —fundamentalmente de auto-organización de los mismos— 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. Desde este punto de vista es evidente la ventaja política e ideológica que contiene la solución italiana, para quien entiende como fin último del Estado de Derecho, pese a sus transformaciones, la tutela de la dignidad y de la libertad.

trativo que, aunque diferente del Gobierno, tenga en sus manos el poder de dirigir y aun el más modesto de decidir. Planteada en esta forma radical, la postura en comentario ha encontrado eco limitado en la doctrina, ninguno en la jurisprudencia.⁽¹²⁾

Esta postura, en su forma menos radical, propugna la existencia de la potestad reglamentaria con base en la Constitución, como instrumento típico de alta administración, y ahí donde la Constitución no contenga autorización expresa, afirma la posibilidad de fundarla como quiera en los principios implícitos dentro del sistema, como potestad inherente a la función administrativa, de rango siempre constitucional.⁽¹³⁾ En esta hipótesis y para evitar la multiplicación irracional de los centros titulares de la potestad, admite la atribución de la misma únicamente a los órganos supremos del Gobierno, Presidente y Ministro (en régimen presidencial) o Presidente y Primer Ministro (en régimen parlamentario).⁽¹⁴⁾ No puede negarse el acierto de esta última posición, sobre todo si se mira a las Constituciones contemporáneas, cuya gran mayoría prevé

(12) Jean Claude Douence, op. cit., págs. 433 y 438: "El problema es, entonces, saber en qué medida una (potestad) implica la otra y principalmente si el poder de adoptar actos particulares puede conllevar el de establecer la reglamentación general correspondiente". El Consejo de Estado ha respondido negativamente, según se desprende de cita de jurisprudencia hecha por el autor a pág. 440, y de las palabras del Comisario de Gobierno Bernard, quien dijo: "el poder de adoptar decisiones individuales no supone el de reglamentar las condiciones dentro de las cuales esas decisiones serán adoptadas", opinión que aceptó el Consejo de Estado.

(13) Enzo Cheli, op. cit. págs. 232 y 233. "la concepción del poder reglamentario como producto de atribución expresa, contingente y puntual operada por la ley a favor del Ejecutivo, no encuentra más efectivo apoyo en la realidad de los ordenamientos occidentales contemporáneos (aún si de tipo parlamentario) dado que, en estos, los poderes de normación secundaria tienden, con clara orientación, a derivar en forma orgánica y estable de esferas de competencia normativa institucionalmente atribuidas al Gobierno por normas constitucionales". . . . "no es infundado buscar la verdadera justificación de la existencia y la medida fundamental del poder reglamentario justa y esencialmente en la posición constitucional del Gobierno, en cuanto órgano investido en primer término de cometidos que tienen por substancia propia no sólo la ejecución (de la ley) sino también la normación (en diversos niveles)". Lorenza Carlassare, op. cit., pág. 278, que sostiene no ser necesaria la norma constitucional, por ser posible un fundamento legal ordinario para la potestad.

(14) Lorenza Carlassare, op. cit., pág. 274: "el hecho de que sólo algunas de tales autoridades estén legitimadas para dictar reglamentos podría explicarse teniendo en cuenta el carácter de la Administración Central del Estado. Esta, salvo norma en contrario de la Constitución, todavía está organizada jerárquicamente, de modo que los poderes de las autoridades inferiores están absorbidos en un ordenamiento jerárquico de las competencias". Enrique Sayagues Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 135: "La opinión sustentada acerca del fundamento de la potestad reglamentaria (que "radica en la naturaleza misma de la función administrativa") determina la respuesta a la cuestión de cuáles órganos pueden dictar reglamentos: desde el momento que esa potestad es inherente a la función administrativa y constituye uno de sus atributos fundamentales, la tienen los órganos jefes de las distintas administraciones públicas".

y regula la potestad reglamentaria.⁽¹⁵⁾ La idea de un poder reglamentario de rango constitucional, inherente y tácito, que opera fuera de toda atribución (constitucional o legal) expresa, es también corriente en la doctrina publicista latinoamericana.⁽¹⁶⁾

Ello no obstante, la más nueva doctrina encuentra, de conformidad con la evolución descrita, que la función reglamentaria es administrativa y que la potestad correspondiente, como todo lo administrativo, está sujeto al principio de legalidad. Todo reglamento y toda potestad reglamentaria exigen una norma de base que lo autorice, expresa o implícitamente. El fundamento de dicha potestad —dada su naturaleza administrativa— no puede ser otro y tiene que ser el mismo de toda potestad administrativa común: el bloque de la legalidad, que para estos efectos no abarca al reglamento mismo. Un reglamento no puede autorizar otro⁽¹⁷⁾ pero

(15) La autora Carlassare enumera más de treinta constituciones actuales que tocan expresamente el punto; op. cit., págs. 91-92.

(16) Enrique Sayagues Laso, op. cit., Tomo I, pág. 134. En contra Ismael A. Vargas, Las Instituciones Autónomas y la Potestad Reglamentaria en la Constitución Política de Costa Rica, págs. 137 y 136, Revista de Ciencias Jurídico Sociales, Universidad de Costa Rica, que dice: "si la moderna doctrina ha extendido la potestad reglamentaria, en cambio el derecho positivo y la misma doctrina no se han apartado del principio de que el ejercicio de tal función, en aspectos tan concretos, debe estar necesariamente conferido por la propia Constitución en términos expresos o implícitos". La admisión de una potestad constitucional implícita equivale a la de una potestad inherente.

(17) Jean Claude Douence, op. cit., pág. 289, parece inclinarse por la tesis opuesta, pero explica claramente que la misma tiene fundamento en los artículos 21 y 37 de la Constitución francesa actual, la cual, como se sabe, constituye el punto culminante de la evolución histórica descrita en favor de un potenciamiento del Poder Ejecutivo y de una liberación del reglamento frente a la ley. En este sistema el reglamento hace las veces de la ley, dada la relativa pertenencia de la creación y distribución de competencias públicas, en la esfera de la Administración, al Poder Ejecutivo. Es éste el que se autoorganiza, con independencia de la ley, y distribuye la potestad reglamentaria, con fundamento directamente constitucional. El hecho de que, según el artículo 34, la organización administrativa no corresponda a la Asamblea, sino al reglamento autónomo del Gobierno que prevé el artículo 37, y el hecho de que el artículo 21 permita al Gobierno delegar funciones, autoriza y legitima toda atribución de potestad reglamentaria por medio de reglamento autónomo. Fuera de ese caso, la Asamblea puede intervenir cuando sean objeto de regulación la propiedad o las libertades fundamentales, materia reservada a la ley, lo que implica que la mayor parte de los reglamentos importantes tienen que ser autorizados por ley, dado que casi ninguna actividad administrativa es extraña al roce con esos derechos fundamentales. Esto reduce a muy poco la exclusividad en la atribución de la potestad reglamentaria dentro del ámbito administrativo, aparentemente reservada al Gobierno, y no a la Asamblea. (Ver, págs. 194-230-248 *Ibidem*). Es digno de hacerse notar que incluso en el sistema francés, el reglamento autónomo (aún si se da sobre materia exclusivamente reglamentaria) es considerado como acto administrativo y no como ley formal, pese a su independencia frente a ésta, porque la jurisprudencia se ha encargado de mantener la primacía común de la ley siempre que hay conflicto y de someter el reglamento al control contencioso, lo que implica su consideración como acto administrativo sometido a la ley; puede verse al respecto Douence, op. cit., págs. 260 y 261.

todo reglamento tiene que estar autorizado o por Constitución o por ley.⁽¹⁸⁾ La opinión doctrinal al respecto es hoy casi unánime, aunque se admite también que la costumbre puede sustituir la ley.

He aquí, como al cabo de esta laboriosa evolución, la Asamblea ha mantenido su primacía sobre el Poder Ejecutivo y la ley sobre el reglamento. Pues, en efecto, lo que está en juego es el principio de legalidad. La necesidad de seguridad jurídica que lo inspira sigue siendo fundamental para entender la Administración moderna y sus relaciones con la Asamblea. Y ha sido también importante la reserva al cuerpo más representativo, incluso de minorías, de las decisiones fundamentales de una comunidad, las que toman la iniciativa en señalar los fines de la norma jurídica. En el fondo pervive el apoyo social efectivo a la creencia de que la Asamblea es el cuerpo más representativo de la voluntad general, cuyo procedimiento pluripartidista de discusión y decisión garantiza mejor el respeto a los derechos humanos y el acierto en la decisión política. Es, en realidad, el viejo dogma revolucionario y clásico del predominio de la voluntad general.⁽¹⁹⁾

En consecuencia, el rasgo fundamental del reglamento sigue siendo su carácter secundario y no sólo subordinado sino dependiente (por su origen) de la ley o de las fuentes superiores a ésta, en bien de la seguridad jurídica y del acierto en la decisión. El problema de regular el reglamento y la potestad reglamentaria es, entonces, el mismo que el de regular cualquier otra potestad administrativa de tipo concreto y subjetivo: es propiciar la satisfacción al máximo de fines escogidos por el legislador dentro del respeto a los derechos del individuo. Es, en síntesis, un problema de potenciamiento y, a

(18) José Ma. Boquera Oliver, Los órganos estatales titulares del poder reglamentario, Rev. Ad. Pub., Nº 47, págs. 85 y 86: "La tesis de que el poder reglamentario es un poder otorgado a la Administración está sentada en los hechos y probada por la historia, y responde a la nueva concepción de la Ley que impone el triunfo de la Gran Revolución". El poder reglamentario no es un poder espontáneo, inherente a la Administración, ni delegado en ella, sino un poder creado por el Legislador y otorgado por la Administración". En sentido igual Eduardo García de Enterría, Recurso contencioso contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición, Rev. Ad. Pub. Nº 29, pág. 165, así como Mariano Baena de Alcazar Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo, Rev. Ad. Pub. Nº 48, pág. 125.

(19) Agustín Gordillo, Introducción al Derecho Administrativo, pág. 198: "Es esencial al principio de separación de poderes y a la existencia de la libertad, que la creación de normas generales de derecho sólo fuera hecha por los representantes del pueblo en el órgano especialmente creado al efecto; como principio general, pues, debe negarse la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte tales normas".

la vez, de reducción de la discrecionalidad administrativa, cuando la misma se expresa normativamente, para garantizar al individuo y a la Administración la equilibrada satisfacción de sus intereses.

iv. El principio de legalidad y el reglamento.

El principio de legalidad significa, como se advirtió, la conformación del acto administrativo por la ley. No se trata de mera conformidad, sino de verdadera conformación. Se quiere decir que el acto administrativo queda sujeto a la legalidad no sólo en el sentido negativo de que tiene que conformarse con la legalidad, sino en el sentido positivo de que sus elementos esenciales tienen que estar regulados por ley o norma anterior, so pena de no considerarse autorizado. El acto tiene que respetar la ley pero, además, provenir de potestad creada por ésta; caso opuesto es nulo. La regulación de las potestades administrativas se hace mediante fijación, precisa o imprecisa, del "sujeto", del "fin" y, normalmente, del "contenido" del acto futuro. No basta la indicación de los dos primeros elementos, sino que es necesario una delimitación del contenido del acto por la norma, entendiéndose por tal "aquello que el acto decide, certifica y opina" (Agustín Gordillo, El Acto Administrativo, pág. 244, 2da. Edición). La mera indicación del fin no justifica ni autoriza por sí los medios necesarios, salvo caso de urgencia.⁽²⁰⁾

(20) Maurice Hauriou, citado por Douence, op. cit., pág. 436: "De la existencia de una función no se puede concluir dando por cierta la de todos los derechos necesarios para la mejor realización de la misma". Jean Marie Reinaud, La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel, pág. 102: "El verdadero principio es el del acto general previo: no se puede dictar un acto individual que no haya sido previsto, autorizado o prescrito por una ley o por un reglamento. De este modo la competencia de los servidores administrativos está subordinada a la intervención de una ley: todo acto individual supone una norma general, al menos desde el punto de vista de la competencia". El autor moderno más categórico al respecto es la Prof. Carlassare, op. cit. pág. 159: "La Ley, en consecuencia, está constitucionalmente vinculada a tener un cierto contenido, o sea a disciplinar incluso en la sustancia la materia en relación con la cual atribuye potestades a los órganos del Poder Ejecutivo, con la consecuencia de que si se limita al mero conferimiento del poder, sin poner las normas relativas a la disciplina del mismo, idóneas a ser utilizadas para medir la legalidad del acto de ejercicio del poder conferido, la norma atributiva es ilegítima".

La regla de la determinación o regulación mínima y suficiente, antes formulada como expresión del principio de legalidad, quiebra, según se dijo, únicamente en casos de urgencia o emergencia. Aquel principio queda, entonces, sustituido por el de "necesidad", que suele expresarse en el viejo brocardo romano: "salus populi, suprema lex est". Eduardo García de Enterría, Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo II, Vol. I, Cap. I in fine (el texto no tiene numeración de páginas): "En nuestra legislación (de España) podemos encontrar, sin embargo, disposiciones que atribuyen indeterminadamente el poder; se trata de los casos que prevén los estados de necesidad, ya aludidos al hablar de los reglamentos de necesidad". . . . "en los supuestos estudiados se recogen aplicaciones concretas de la doctrina del estado de necesidad: para salvar un bien jurídico superior es lícito sacrificar bienes de

Esto ha llevado a ilustres tratadistas a considerar típico y nominado el acto administrativo, bajo sanción de nulidad.⁽²¹⁾

Aunque no hay unanimidad sobre la vigencia del principio en materia de policía (Douence op. cit. pág. 436) el principio es hoy universal en el derecho comparado occidental.

Legalidad es sumisión del acto concreto a norma previa que regule sustancialmente su fin y su contenido (o, alternativamente, el motivo).

Ello dicho, la aplicación del principio a la potestad reglamentaria presenta algunas peculiaridades, dadas por la naturaleza normativa de los actos autorizados, pero es siempre posible.⁽²²⁾

Conviene recordar al efecto la noción elemental de norma jurídica como "juicio hipotético, en cuanto hace depender de la realización de ciertos supuestos el nacimiento de derechos y deberes. Las proposiciones que las expresan constan de dos partes: supuesto

índole inferior; para salvar el orden público, se permite sacrificar el orden normal de competencias y atribución de potestades'.

La famosa "Theorie de circonstances exceptionnelles" elaborada en Francia por el Consejo de Estado cumple igual propósito, de suspensión provisional del ordenamiento para atribuir potestades de contenido indeterminado, excepcionales en un Estado de Derecho. Francis-Paul Benoit, LeDroit Administratif Français, págs. 504 y 505: "El derecho positivo reconoce a los servidores públicos esta posibilidad de acción fuera del marco jurídico normal, cuando circunstancias excepcionales hacen imposible garantizar, con el respeto a las reglas de derecho, el buen funcionamiento de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público. En tal hipótesis un servidor podrá realizar válidamente actos jurídicos para los cuales no ha sido investido por texto legal alguno, o bien operaciones materiales que no entran normalmente en sus atribuciones".

(21) Massimo Severo Giannini, op. cit., pág. 78: "mientras en Derecho privado el sujeto puede en ejercicio de su autonomía privada realizar actos no disciplinados por el Derecho (contratos innominados) la Administración, actuando como autoridad, no puede, en principio, adoptar actos administrativos innominados, con las salvedades que se dirán". Las salvedades a que se refiere el autor son las que tocan las situaciones de urgencia. El mismo autor expresa (Atto Amministrativo, Enciclopedia del Diritto, separata editada por Giuffrè, pág. 42): "El principio de tipicidad tiene por contenido no solamente la predeterminación normativa de la figura de cada acto administrativo, sino también y principalmente la predeterminación de los elementos que lo componen, con la consiguiente delimitación positiva del contenido de cada uno de los mismos: lo que tiene muy especial importancia en orden a la inclusión de cláusulas especiales en el (contenido del) acto.

(22) Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif, Vol. I, pág. 193: "El ejercicio de la función administrativa está gobernado por el principio fundamental de legalidad. Este principio significa que las autoridades administrativas están obligadas, en sus decisiones, a conformarse a la ley o, más exactamente, al conjunto de reglas de Derecho, las más de las cuales, pero no todas, están contenidas en la ley. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer término, las decisiones administrativas individuales para las cuales (el principio) significa que toda medida particular debe ser conforme con las reglas generales pre-establecidas; pero también los actos administrativos reglamentarios deben respetar la legalidad".

y disposición".⁽²³⁾ Una nueva doctrina ha intentado agudamente analizar la estructura de la norma, separando el "campo material" del "modo de disciplina".⁽²⁴⁾ El campo material u objeto de la norma es el tipo de sujeto y conducta que aquella toma en cuenta para dictar su regulación. La regulación misma es, en cambio, la disciplina. Podría decirse que "materia de una norma" es el sujeto que actúa en el supuesto y su actuación misma, mientras que disciplina es la disposición que atribuye deberes o poderes. Como todo supuesto implica, además del sujeto actuante, una situación de hecho en que se ubica, el campo material comprende también esta última.

Si se aplica el principio de legalidad a la norma (reglamentaria), empleando la distinción hecha entre "supuesto" y "disposición", entre "campo material" y "modo de disciplina", podemos encontrar fácilmente un cierto paralelismo con la legalidad del acto administrativo concreto (no normativo).

En efecto: el acto tiene también su materia que es su objeto (punto de referencia del efecto del acto) y su disposición (que es la situación jurídica que crea). Y así como el principio de legalidad exige por modo normal y general que el acto administrativo esté previamente regulado en cuanto a fin y contenido para ser legítimo (regulación que puede ser imprecisa, por otra parte) así también la potestad reglamentaria tiene que estar determinada no sólo en la materia que regulará (determinación consistente, según lo dicho, en la definición de los sujetos y hechos a que se destina) sino también en cuanto al "modo de disciplina" o "disposición" que habrá de contener el reglamento nacido de su ejercicio (precisión que consiste en indicar los deberes o poderes que habrá de conferir).

(23) Eduardo García Maynez, Lógica del Juicio Jurídico, pág. 125: donde explica además: "Podemos definir el supuesto como la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de Derecho. Disposición es la parte de la norma que señala los deberes o facultades condicionados por el hecho jurídico".

(24) Giuliano Amato, Rapporti Fra Norme Primarie e Secondarie, págs. 31, 32 y 43: "objeto de la función legislativa, es decir: el campo material sobre el cual se ejercita, será siempre ésta o aquella otra categoría de sujetos, en tanto que colocados en una cierta situación o como autores de cierto comportamiento. Y el contenido (de la norma), es decir: el modo en que (la norma) regula (la materia), es la atribución a los sujetos de una situación jurídica"... "Dada la norma: aquel que haya tenido la conducta X o se encuentre en la situación X, puede comportarse frente a Y con una conducta Z", la dividimos en dos partes: una que dice: "el que haya tenido la conducta X", y otra que dice: "debe o puede". Y es evidente que la primera parte constituye el objeto de la disciplina legislativa, es decir: el campo material sobre el cual se ha de ejercitar la función legislativa; mientras la segunda parte es el modo de disciplina, el modo en que la función misma se ha manifestado en esta ocasión".

Esta es una consecuencia importante en cuanto a la relación entre ley y reglamento, que supone no sólo ilegal el reglamento que se da sin esa regulación previa de su contenido, sino también la inconstitucionalidad de toda ley que autorice expresamente una potestad reglamentaria sin determinar suficientemente, al mismo tiempo, su campo material y modo de disciplina, entendidos de conformidad con lo anterior, especialmente en aquellos ordenamientos, como el nuestro, donde está prohibida expresamente la delegación de potestades por un Supremo Poder en otro (artículo 9 C. Política).

La determinación puede ser, como con el acto administrativo, precisa o imprecisa, aunque más comúnmente será lo segundo, dado que, de otra manera, habría duplicación normativa.

vii. El carácter secundario del reglamento y sus clases.

Se suele distinguir en doctrina y en nuestro Derecho varias clases de reglamentos, a saber: ejecutivos, independientes y delegados (o, como los llama la más nueva doctrina, "autorizados").

El reglamento ejecutivo es el que se dicta, como dice nuestra Constitución (artículo 140 inciso 18) para lograr "la pronta ejecución de las leyes". Es evidente que el mismo encuentra la norma que le da base no sólo en la Constitución, sino también en la ley misma que ejecuta, cuyo contenido enmarca el suyo propio y del cual sólo puede alejarse, disponiendo por vía complementaria, siempre que actúe en lo estrictamente necesario para lograr el fin de la ley.⁽²⁵⁾

Los únicos casos que parecen poner en entredicho la tesis expuesta, consistente en afirmar que el reglamento está sometido a la ley en igual forma que el acto administrativo concreto y que, por tanto, han de estar predeterminados por ley no sólo su campo material (destinatario y hechos regulados) sino también su modo de disciplina (contenido posible de los deberes y poderes), son el reglamento llamado independiente y el reglamento delegado. Se trata en realidad de una apariencia.

(25) Giuliano Amato, op. cit., pág. 129, notas 77 y 174.

a) Reglamentos independientes.

Suelen llamarse tales los que regulan las competencias propias del autor del reglamento y, excepcionalmente, las de autoridades inferiores.⁽²⁶⁾ En Francia son concebidos como un tipo de medio para el cumplimiento de los fines públicos que son asignados a las oficinas, sobre la base, elegantemente captada por Douence (op. cit., pág. 363), de que "salvo disposición en contrario, cada autoridad debe disponer del conjunto de derechos necesarios para el ejercicio de su función". Se trata, en consecuencia, de un tipo de reglamento caracterizado por su materia y su fin, consistentes en la organización y regulación de la actividad propia del autor del reglamento o de su inferior, para un mejor cumplimiento del fin público asignado.

Han sido llamados "reglamentos funcionales" justamente por ese su carácter instrumental en relación con las competencias propias de la autoridad que reglamenta.⁽²⁷⁾

Su segunda más notable característica es que surgen de una potestad reglamentaria implícita, dado que el órgano que los dicta lo hace invocando su competencia para adoptar decisiones concretas y tipificadas en relación a un fin encomendado, sin que la ley otorgue expresamente poder alguno de reglamentación.

Ello dicho, resulta claro que se trata de reglamentos ejecutivos de la ley de competencia y accesorios respecto de ésta, pues serán admisibles en la medida en que sirvan para precisarla y complementarla en lo que hubiere sido omisa y fuere estrictamente necesario para el cumplimiento de su fin y para la fiel aplicación de su texto, más allá de lo cual resultarían ilegítimos.⁽²⁸⁾

(26) Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 270: "Los Reglamentos independientes son aquellos que se dictan como consecuencia, cabalmente, de esa originaria potestad reglamentaria que se acaba de mencionar. A esta categoría pertenecen, de una parte, los Reglamentos de organización administrativa (por ser la organización de sus propios servicios una competencia típica administrativa) de otra, los reglamentos que la Administración dicte para regular el ejercicio de poderes que le estén conferidos discrecionalmente. Por eso, estos Reglamentos son inadmisibles en materias reservadas a la ley".

En Francia resalta el carácter independiente de este tipo de reglamento con base en el famoso fallo del caso Jamart (C.E. 7 de febrero de 1936) donde se dijo: "aún en los casos en que los Ministros no tienen poder reglamentario en virtud de disposición de ley alguna, les corresponde, como a todo jerarca, adoptar todas las medidas necesarias al buen funcionamiento de la Administración colocada bajo su dirección" (Long, Weil et Brabant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, pág. 233.)

(27) Lorenza Carlassare op. cit., pág. 195.

(28) Guido Zanobini, Scritti Vari di Diritto Pubblico, pág. 410: "Las palabras usadas por el legislador ("normas necesarias para disciplinar el uso de las facultades correspondientes al Poder Ejecutivo") excluye el que estas normas puedan ser dictadas sobre cualquier materia

Esta equiparación entre ambos tipos de reglamentos fue rechazada por votación de la Corte Suprema de Justicia correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena N° 38 celebrada a las 15 horas del 13 de agosto de 1953, en la que se acusaba la inconstitucionalidad de un acuerdo de la CCSS para proceder a reglamentar lo necesario para la buena marcha de la institución, ocasión en que la Corte dijo:

"lo dispuesto como atribución de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social o sea "dictar los reglamentos para el funcionamiento de la Institución", no implica que se delegara en ella la potestad de reglamentar la referida ley, que corresponde al Poder Ejecutivo, según el inciso 3 del artículo 140 de la Constitución Política, pues aquellos reglamentos son los que se contraen al gobierno y administración de la Caja, que sí está ampliamente facultada para dictarlos, al tenor de lo que prescriben los números 73 y 188 de la Constitución también".

El fallo es dudoso, pues parte del supuesto de que hay perfecto deslinde de materias entre "administración y gobierno propios" de una institución, y la materia de la ley que le da origen y la organiza. Se trata de una diferencia de grado, que permite esas y otras posibilidades, pero que no es definible con exactitud. De este modo, una vez legalmente definidos los seguros sociales que atenderá la institución, el régimen tripartito de contribuciones que la financiará y la organización de la entidad, puede ser perfectamente concebido como ejecutivo de la ley —y no como independiente de ésta— todo reglamento dictado por la institución que defina el contenido técnico de los servicios médicos que abarcará cada seguro.

Es cierto que si la materia a regular fuera amplia, y no fuera específica la ley ni en su delimitación ni en la formulación de criterios directivos, la excesiva discrecionalidad rompería el vínculo del reglamento con la ley y el mismo sólo podría calificarse como independiente. Pero es también cierto que en tal caso habría una obvia violación del principio de legalidad en su auténtico sentido y una

que no haya sido regulada previamente por ley, y presupone, más bien, que la materia que puede ser objeto de reglamento independiente esté ya en cualquier forma regulada, aunque sea sólo genéricamente, por una ley: norma que abandona al Poder Ejecutivo amplia facultad discrecional, que el reglamento limita y disciplina después. Esta noción, no sólo es la mejor para los principios de libertad de los ciudadanos frente al Poder Ejecutivo, sino que parece confirmar la tesis sostenida por un autor, según la cual los reglamentos independientes no se distinguirían sustancialmente de aquellos ejecutivos, porque irían destinados también a ejecutar o actuar una ley previa. La diferencia entre ambos tipos se reduciría solamente a un diverso grado de discrecionalidad del Poder Ejecutivo en fijar la norma reglamentaria".

ausencia de verdadera potestad reglamentaria. El reglamento "independiente" en esos términos, sobre una materia no tocada por ley previa ni aún en cuanto a directrices fundamentales, sería nulo por incompetencia de la entidad,⁽²⁹⁾ exactamente como es nulo el acto concreto dictado por autoridad no facultada a ello, dada la falta de definición de sus poderes al respecto. Como antes se dijo, en derecho administrativo el fin no justifica ni implica los medios, excepto que una norma preexistente agote los límites de contenido que esos medios pueden tener y haga la atribución de competencia.

Se olvida, alrededor de los reglamentos llamados independientes, que el reglamento ejecutivo tiene función también "complementaria" e "integradora" de la ley, y no sólo función interpretativa. Aquella función consiste ante todo en crear los órganos y las potestades necesarios para el ejercicio de las competencias legales, que de otro modo no sería posible.⁽³⁰⁾ El límite es doble para esta potestad de reglamentación: por un lado, que el órgano o potestad

(29) Lorenza Carlassare, op. cit., 193: "la incompatibilidad con el sistema de los reglamentos independientes, entendidos como los que no tienen detrás de sí ninguna predeterminación legislativa que enmarque su contenido, sino sólo una norma que los legitima, es inevitable. Hipótesis como ésa contradiría abiertamente el principio de legalidad sustancialmente entendido, y violarían, además, los principios del Estado de Derecho y, en particular, el de división de poderes, en cuanto se realizaría un desplazamiento de la función legislativa del Parlamento al Gobierno, fuera de los límites y condiciones previstos por la Constitución".

(30) Giuliano Amato, op. cit., pág. 66: "es un clásico ejemplo de relación entre ley y reglamento ejecutivo aquel de la atribución de parte de la primera de un derecho que tiene por contenido una prestación del Estado u otro ente público, y de la disciplina por el reglamento de las modalidades con las que la pretensión del particular puede hacerse valer" . . . "Así, la ley dice: "el que se encuentre en la situación X tiene derecho a una indemnización Y" y el reglamento, a su vez, dispone: "el que, encontrándose en la situación X, tenga derecho a la indemnización Y, debe presentar su reclamo a la oficina Z".

Eduardo Ortiz, Apuntes de Derecho Administrativo, Tesis El Reglamento, pág. 19, donde se lee: "Si la Contraloría tiene potestad de contralor sobre las instituciones autónomas o el Estado, y su Ley Orgánica omite regular, o no lo hace exhaustivamente, los medios necesarios para hacer efectivo el contralor, resulta claro que puede darse un reglamento ejecutivo de esa ley, de su intención más que de su letra, que regule en detalle las potestades de información, verificación y, en general, de vigilancia de aquella sobre el ente controlado, como medio indispensable para el ejercicio de la otra potestad, cuyos actos expresamente se regulan (aprobación, autorización, anulación, revocación, sustitución, etc.)". Jean-Claude Douence, op. cit., págs. 204 y 205: "Por su propia misión el Poder Ejecutivo tiene que adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la ley, aún si no han sido expresamente o tácitamente previstas en el texto de la ley" . . . "El Ejecutivo debe tener el conjunto de medios necesarios para el ejercicio de su función. Pero la noción de medida indispensable no está definida y se expande día a día" . . . "El carácter indispensable no puede ser apreciado más que caso por caso. Plantea un problema de legalidad que el Juez debe examinar tanto más cuidadosamente cuanto mayor sea el agravio a los derechos y la libertad. La doctrina del poder de policía puede trasladarse a este campo: en un caso como en otro, la decisión administrativa tiene que justificarse por su necesidad efectiva".

Douence cita un caso elocuente decidido por el Consejo de Estado: "la separación profiláctica de un sujeto del medio contagioso donde vive es una medida

nuevos sean indispensables o verdaderamente útiles para cumplir con el fin de la ley; por otro, que lo sean también para el ejercicio de las potestades ya previstas en la ley. El reglamento ejecutivo puede, entonces, ser innovador, a condición de que la nueva regulación que introduzca sea no sólo coherente para cumplir el fin de la ley sino también para cumplir el fin de las potestades y, en general, de los medios ofrecidos por la ley con igual propósito. Este reglamento, aunque complementario, sería típicamente ejecutivo y toda la doctrina lo admite así. La función del reglamento ejecutivo, mucho más que interpretativa, es integradora y complementaria de la ley.

Puede concluirse, en síntesis, que los llamados reglamentos independientes (de organización y de servicio, de competencias o de función) son reglamentos ejecutivos de tipo complementario, vinculados a la ley por su carácter instrumental respecto del fin y de las competencias de esta última. Caso opuesto, son ilegítimos por incompetencia del órgano regulador en virtud de ausencia, imprecisión o insuficiencia de la norma habilitante.

indispensable para garantizar la eficacia y la inocuidad de la vacunación" y esa medida puede imponerse por reglamento" . . . "Se trataba de una necesidad de hecho nacida de la técnica médica: en el estado actual de la ciencia una vacunación sin separación profiláctica es ineficaz e incluso peligrosa. La restricción a la libertad individual que prevee el reglamento no nace directamente de la ley sino de un estado de cosas que se impone a la misma ley".

Podría decirse, para compaginar el ejemplo de Amato con el de Douence, que cuando una potestad u organización es necesaria para el cumplimiento de los fines de la ley, y, simultáneamente, para el ejercicio de las potestades y competencias de la Administración, ésta última puede crearlos en virtud de reglamento tendente a garantizar la más fiel y pronta aplicación de aquella ley, reglamento, por tanto, de carácter ejecutivo.

Enrique Sayagues Laso consagra esta misma solución claramente para el ámbito latinoamericano cuando dice con ejemplos: "sería erróneo menospreciar la importancia del reglamento de ejecución de la ley, porque aún estando subordinado estrictamente a ésta, tiene un campo de acción relativamente amplio y en cierta medida puede desarrollar el texto legal, especialmente cuando la ley no sólo consagra las normas fundamentales. Así, admítase que por vía reglamentaria pueden establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento". (op. cit., Tomo I, pág. 130). Y acto seguido el autor da ejemplos que indican el alcance exacto de sus palabras cuando dice: "exigencia de presentar copias de los programas y llevar planillas de las grabaciones transmitidas, impuestas a las estaciones radiofónicas por decreto reglamentario de fecha 21 de abril de 1938, a fin de asegurar el cumplimiento de la ley de derechos de autor" (ver mismo Tomo y página, nota 6).

Mortati, op. cit., pág. 86: "En vía general se debe decir que resulta impropia la denominación de reglamento ejecutivo, si con la misma se entiende, como ocurre normalmente, circunscribir el campo de acción del reglamento a la emanación de normas exclusivamente secundum legem siendo, en realidad, inevitable la adopción de otras que tengan carácter de praefer legem".

Alfredo Gallego Anabitarte, Ley y Reglamento en España, Rev. Ad. Púb., Nº 57, pág. 121: "El sentido del Reglamento ejecutivo es un principio claro: tiene una directa relación con la ley. Ahora bien, la palabra ejecución es equívoca; muchas veces se trata de desarrollo, ampliación, y no de ejecución, a no ser que se entienda este concepto en sentido amplio".

b) Reglamentos delegados.

Llámanse delegados los reglamentos que, en virtud de autorización de ley, invaden el campo o la disciplina reservados a ésta, o la derogan o reforman, como si fueran leyes. Se pueden dividir en dos grandes rubros: b-1) los reglamentos delegados que cubren materia reservada a la ley; b-2) los reglamentos delegados que dejan sin efecto y sustituyen la ley.

Hay acuerdo casi unánime en doctrina sobre el hecho de que ambos tipos requieren siempre de una autorización legal expresa, sin la cual resultarían evidentemente inconstitucionales.⁽³¹⁾

Sin embargo, autores hay que frente a una autorización habilitante del género distinguen dos clases de situaciones: la de verdadera delegación, y la de mera "ampliación de competencia reglamentaria", y las distinguen a tal grado que mientras aceptan la constitucionalidad y posibilidad de esta última, rechazan en cambio la primera posibilidad.⁽³²⁾

Creemos que delegación de materia al reglamento y ampliación de su campo son lo mismo, pues ambas suponen esa ampliación, con la diferencia irrelevante de que en el primer caso ésta es permanente y plena, en el sentido de que la autoridad reglamentaria podrá no sólo dictar el primer reglamento sino continuar regulando la materia, a la inversa de lo que parece ocurrir con la mera ampliación, que normalmente se da para un solo acto reglamentario. En ambos casos, en efecto, lo que se cuestiona es lo mismo, a saber: ¿puede la ley franquear la valla puesta por la Constitución cuando reserva cierta materia a la Asamblea y la sustrae al Poder Ejecutivo, o cuando sienta la prevalencia de la ley sobre el reglamento? ¿Puede el Poder Ejecutivo pasar por encima de una ley, con la autorización de ésta, o regular materia de ésta, también por el mero hecho de la autorización legislativa?

(31) Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 444: "Cuando hablamos de reglamentos delegados, entendemos que se trata de aquellos dictados en mérito a nuevas facultades que se acuerdan al Poder Ejecutivo por delegación del legislador y que, por supuesto, no se trata de las que podrá ejercer dentro de las que le confiere el texto constitucional". Sin embargo, este autor presenta un panorama contradictorio, pues mientras parece afirmar que no es posible el reglamento delegado en materia reservada a la ley (en cuya hipótesis pierde toda utilidad) da múltiples ejemplos de jurisprudencia argentina que admite delegación en el reglamento de regulaciones sobre la libertad y la propiedad (págs. 433, 434, 444 y 445, que contrastan con afirmaciones en sentido inverso en págs. 437 y 438).

(32) Enrique Sayagues Laso, op. cit., Tomo I, pág. 125, nota 2 ibidem.

Las cuestiones anteriores se suelen plantear principalmente en relación con la materia penal y tributaria, típico ejemplo de la reserva de ley (artículo 39 párrafo primero y artículo 121 inciso 13 C. Política).⁽³³⁾

Es evidente, en efecto, que cuando no se trata de materia reservada a la ley, es legítima cualquier autorización legislativa para regularla, a condición de que se cumpla con los requisitos de guiar y limitar el contenido del reglamento, tal y como lo exige el principio de legalidad sustancial antes explicado. Según éste, será prohibido todo reglamento que regule por vez primera una materia en forma totalmente libre e, incluso, no suficientemente vinculada ni dirigida por la ley. Pero basta con que se den ambos requisitos, autorización del reglamento con indicación de directrices y límites, para que el reglamento sea legítimo, aunque no haya regulación directa de la materia por la ley. De hecho y según lo antes afirmado, no se tratará en el caso de otra cosa que de un reglamento ejecutivo menos vinculado que el normal.

(33) Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 249: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta que el reglamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que ello 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".

El autor cita dos interesantes jurisprudencias argentinas que confirman su aserto y que conviene transcribir en lo medular y muy brevemente así: Caso A & Delfino & Cia. c/ el Estado, cita de considerando del fallo: = "Que la cuestión de saber si el Poder Ejecutivo tiene facultades para crear por medio de su reglamento sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa, no existe en la hipótesis, desde que la propia ley 3445 en su artículo 3 inciso 6º ha atribuido expresamente a aquél el derecho de aplicar multas dentro del máximo que la misma señala y la impuesta en el caso al recurrente, manifiestamente se halla dentro de lo autorizado por aquella".

Según cita del texto esta tesis ha sido reafirmada por otro fallo más reciente de 1957, que dijo: "Que, conforme a esta doctrina, la ley 'anterior' de la garantía constitucional citada y del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege', exige indisolublemente doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y máximo" (op. cit., pág. 252).

En síntesis: de la jurisprudencia citada pareciera que la conclusión de los tribunales argentinos es la misma que la de los italianos, apoyados por su doctrina: para que haya fiel respeto a la reserva de ley en materia penal basta con que el legislador tipifique el delito y fije un máximo de la pena, con suficiente determinación lo primero, o abandone al reglamento algunas circunstancias necesarias para esa definición siempre y cuando dé las bases o criterios para definir las con exactitud en forma simultánea. Pareciera que no se da el respeto a la garantía cuando aparte de no fijarse límite máximo a la pena, se remita la fijación de algunos elementos del tipo a un reglamento futuro, sin dar bases ni criterios directivos suficientemente exactos.

i) El reglamento delegado y la reserva de ley.

El primer problema surge cuando la autorización, incluso contentiva de directivas y límites, se da en materia reservada a la ley, por la Constitución, pues entonces hay la posibilidad o la necesidad de una ley inconstitucional, por violación de la norma que establece la reserva.⁽³⁴⁾

El problema, podemos decir de antemano, sólo tiene una solución alternativa posible: o bien la Constitución —expresa o implícitamente— autoriza la intromisión del reglamento en la materia que ella reserva a la ley, lo mismo que su derogación o reforma por el reglamento, y entonces éste será constitucional y válido; o bien no lo autoriza, y entonces tendrá que ser inevitablemente inconstitucional y nulo. Ello alude directamente a la existencia de dos tipos de reserva, la llamada absoluta y la relativa, que, a su vez, puede ser de campo material o de modo de disciplina.⁽³⁵⁾

En virtud de la reserva absoluta, sea de campo material (sujetos, conductas y hechos previstos en el supuesto de la norma, de cuya realización depende la aplicación de ésta) sea de modo de

(34) Massimo Severo Giannini, I Proventi degli Enti Pubblici Minori e la Riserva di Legge, pág. 9: "la reserva de normación" se expresa en una norma sobre la producción de otras normas, la cual vincula el poder regulador de una determinada materia al uso de un solo tipo de acto normativo con exclusión de los actos subordinados, o bien al uso de un solo tipo de norma, con exclusión de cualquier otra. La reserva de ley sería una norma sobre la producción de normas atinente a la ley y a los actos con fuerza de ley. Desde el ángulo objetivo se podría considerar como un hecho que legitima para legislar; desde el ángulo subjetivo se podría estimar como un límite puesto para el legislador con el fin de tutelar las situaciones jurídicas fundamentales del ciudadano".

(35) Massimo Severo Giannini, op. cit., págs. 9 y 10: "la doctrina sostiene que hay dos tipos de reserva. En la primera, la materia reservada puede ser disciplinada sólo por normas primarias (ley o acto igual a la ley), de modo que queda excluida y sería ilegítima, la disciplina mediante norma secundaria (reglamento)" . . . "En la segunda la materia reservada es menos amplia: no se requiere siempre y necesariamente una norma primaria, sino que es suficiente un acto normativo primario que contenga la disciplina general de la materia. De modo que, en esta reserva, la garantía viene dada en diversa forma: la presencia y la existencia del acto normativo primario señalan un límite de contención a las posibles normas secundarias, las cuales no podrán contrariar lo dispuesto por las primarias, pero por otra parte se aumenta el margen de discrecionalidad del legislador, el cual puede abandonar el desarrollo de la materia a la más simple y fácil disciplina reglamentaria, así como puede atribuir poderes concretos a la autoridad administrativa".

Giuliano Amato, op. cit., pág. 89. "La primera distinción a hacer, en consecuencia, entre las varias hipótesis de reserva no es entre la absoluta y la relativa, siendo la primera aquella en que la totalidad de la materia sólo puede ser regulada por la ley, y ésta aquella en que la ley se limita a fijar lineamientos de la disciplina, que después vienen a ser integrados y precisados por el reglamento; sino más bien y más importante, es la distinción entre reserva de campo material y reserva de modo de disciplina, porque, como se verá, la primer clasificación se injerta en esta última y da lugar a fenómenos muy interesantes".

disciplina (tipo de regla o de contenido jurídico que encierra la disposición de la norma) es la ley de la Asamblea la que tiene que fijar directamente tanto ese supuesto como la regla de conducta, indicando los derechos y obligaciones cuyo régimen está reservado a ella; caso contrario, el reglamento dictado es absolutamente nulo.

Es posible que puedan darse reglamentos ejecutivos, de tipo complementario de lo dispuesto por la ley, incluso en caso de reserva absoluta, siempre y cuando el reglamento se mantenga conforme con la letra y espíritu de aquella.⁽³⁶⁾

Pero para que así ocurra es necesario que haya primero una ley reguladora por sí de la materia, con disposiciones directamente aplicables a los sujetos, hechos y conductas comprendidos dentro de ésta.

La reserva relativa es aquella, en cambio, que admite el reglamento en la materia reservada a la ley, a condición de que ésta circunscriba y dirija su contenido en forma tal que pueda considerarse, si no como aplicación, al menos como expresión o resultado guiado de los criterios y lineamientos de la ley. Esta no fija el contenido de las normas aplicables a la materia, sino que crea y atribuye la potestad reglamentaria que las fijará, pero enmarca la autorización dentro de límites, fines y modalidades que garanticen un resultado final.

El diverso modo de ambas reservas se traduce, en síntesis, en que en la reserva absoluta la ley dicta las normas que regulan directamente la materia, de cuya aplicación descienden inmediatamente las situaciones jurídicas (derechos y deberes) que son el objetivo último de la ley, aunque puedan darse después reglamentos ejecutivos de ésta; en tanto que en la reserva relativa la ley no dicta normas reguladoras aplicables a nadie, sino meras directrices o instrucciones vinculantes para que el Poder Ejecutivo pueda, dentro del espíritu de las mismas, crear el régimen final de la materia.

Es evidente que el reglamento que lo haga será también ejecutivo, pero de directrices o guías legislativas, no de normas reguladoras. Se da, entonces, una dicotomía entre ley directiva-reglamento (ejecutivo) dirigido, por un lado, y, por otro, ley reguladora-reglamento (ejecutivo) interpretativo o complementario. Se trata

(36) Giuliano Amato, op. cit., págs. 97 y 98.

de una distinción muy similar a la que hacen los españoles entre leyes de bases y leyes articuladas, unas de principios y metas, otras de disposiciones creadoras de potestades y deberes.

Todo queda reducido, en realidad, a la distinción entre norma reguladora y norma directiva. No es cosa de hacer aquí la teoría de estos grupos conceptuales, por otra parte algo polémica.

Hemos de reducirnos a un breve comentario.

ii) La directiva

La norma directriz se dirige a un órgano creador de normas, no a un sujeto meramente paciente de obediencia a las mismas.

De conformidad, la situación jurídica en que coloca a su destinatario es siempre de vinculación y limitación (de una potestad), no de titularidad de un derecho de libre ejercicio.

El deber que crea es condicionado y funcional, en cuanto supone normalmente una serie de bases (o puntos de partida) que deberán tomarse en cuenta, y un interés puesto como meta (punto de llegada), que es ajeno tanto al legislador como al titular de la potestad reguladora.⁽³⁷⁾

El deber que crea es compatible con una amplia discrecionalidad de parte del sujeto pasivo y podría bien considerarse como un deber de diligencia, en cuanto no obliga a un resultado, sino a la selección mejor posible de los respectivos medios de conformidad con las bases dadas (de gran flexibilidad conceptual) y a su más eficiente empleo en relación con el fin o meta impuesta. El objeto del deber es, entonces, la diligencia mayor posible en la selección y el empleo de los medios para un fin, en forma tal que la norma dirigida sólo será ilegal si falta a ese deber en forma manifiesta, poniendo en vigencia disposiciones absurdas o totalmente inconducentes.

Es posible que la directriz contenga limitaciones concretas y rígidas e incluso que se mezcle con normas reguladoras comunes; pero será directriz en la medida de la diferencia y únicamente en

(37) Desde este punto de vista es directriz la norma que impone tomar en cuenta ciertos factores en la consecución de un fin. Véase un ejemplo:

Art. 177 C. de Trabajo: "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual se fijará periódicamente, atendiendo las modalidades de cada trabajo, a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola".

tanto que, pese a esa mezcla, deje un margen sustancial de libertad al sujeto obligado por la norma.

La directriz es, entonces, una regla que vincula al creador de otra, imponiéndole bases y metas, pero dejándole libertad para formular con criterio propio la redacción y contenido de ésta última, única que regirá directamente a los sujetos, hechos o conductas tomados en cuenta por ambas disposiciones. Implica, en consecuencia, un juego de dos normas, una no aplicable por razones de contenido al sujeto obligado por la segunda, y otra aplicable dentro de los límites y con la orientación dados por la primera; de ahí el nombre de directriz que se da a ésta.⁽³⁸⁾

Es dudosa la admisibilidad, desde este punto de vista, de la definición de directiva o directriz dada por el artículo 189 del Tratado General de la Comunidad Económica Europea, que sólo alude a los fines.⁽³⁹⁾ Consideramos este concepto como demasiado amplio e indeterminado para ser aplicable en derecho público interno, pues éste exige, para mantener el principio de legalidad en el sentido sustancial aquí propugnado, que la ley haga una determinación preliminar de criterios de selección de medios (a modo de bases o puntos de partida que garantizan un mínimo de éxito en la obtención del resultado), además de contener una indicación de fines y de metas.

Puede apuntarse, para terminar este breve comentario sobre ley directiva, que su forma más típica es la que se da en la ley de delegación de la potestad legislativa en el Poder Ejecutivo, que habilita éste para crear normas con rango y fuerza formal de ley, en los sistemas donde ello es permitido (como no ocurre en Costa Rica por el artículo 9 de la Constitución Política.)

(38) Giuliano Amato, op. cit., pág. 123, nota 66: "La situación jurídica de obligación a cargo de los ciudadanos —como se explicara— viene creada, en consecuencia, por el reglamento, porque frente a aquellos (los ciudadanos) ningún efecto produce directamente la norma primaria, que se dirige únicamente a la fuente (órgano regulador) que dictará el reglamento".

(39) Artículo 189. Tratado General de la Comunidad Económica Europea "Para la realización de sus cometidos y en las condiciones contempladas por el presente trabajo, el Consejo y la Comisión decretan reglamentos y directrices, adoptan decisiones y formulan recomendaciones y opiniones... La directriz obliga a los Estados miembros a los que se ha dirigido en cuanto a los resultados a obtener, sin perjuicio de la competencia de los órganos nacionales para determinar lo concerniente a la forma y a los medios".

Altamente revelador es el hecho de que esta misma norma dé la siguiente definición de reglamento: "El reglamento tiene alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los Estados miembros". Resulta patente la distinción entre directriz y norma directa e indirectamente vigente para el sujeto final del deber.

Puede concluirse en que, en los casos en que la reserva es relativa, el principio de legalidad sustancial a que hemos aludido se cumple con la imposición legal de directivas suficientemente determinadas, que enmarquen el contenido del futuro reglamento y lo orienten en cuanto a la fijación de su modo de disciplina (disposición normativa).⁽⁴⁰⁾

Ello dicho resulta importante una advertencia: cuando el reglamento desarrolla y cumple directivas, y no reglas ordinarias directamente vigentes sobre una materia, suele llamarse independiente, delegado o autónomo, y nunca ejecutivo, respecto de la ley.⁽⁴¹⁾ Lo que significa que nuestra terminología no coincide con

(40) Un ejemplo de la doctrina italiana podrán servirnos para aclarar la conclusión: Giuliano Amato, op. cit., pág. 122: "la norma impositiva es dictada por la fuente secundaria, la cual debe ser conforme a la ley, con vínculos puestos por ésta con suficiente determinación, tanto en lo que toca al supuesto (fatispecie soggettiva) como en lo que toca a la conducta que impone. En cuanto a la primera ya se ha dicho que el vínculo suficiente consiste en una indicación "por géneros" de los hechos presupuestos, tal que el reglamento sea libre únicamente para indicar las "especies". En lo que toca a lo segundo (disposición normativa) es necesario, en cambio, que la ley sea la que indique el tipo de prestación que será obligatoria, mientras el reglamento será el que efectivamente la imponga: tributo, contraprestación obligatoria, contribución especial".

Guido Zanobini, Scritti Vari di Diritto Pubblico, págs. 415 y 416: "Para que la reserva legislativa resulte respetada, no es necesario que el legislador discipline completamente la materia que es objeto de la misma, sino que es suficiente que él quiera que se dé la disciplina y fije los límites y la extensión. Es irrelevante que los detalles de esta disciplina sean fijados por la ley o vengán delegados por ésta en la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo... En síntesis, la reserva legislativa tiene el fin de excluir que ciertas limitaciones de libertad, ciertas imposiciones de tributos o de prestaciones personales, toda nueva creación de un delito o de una pena sean establecidos sin la voluntad expresa del legislador. Cuando este Poder (Legislativo) ha manifestado su voluntad de que así sea, la reserva de ley es plenamente respetada y no hay ninguna duda sobre la constitucionalidad de la ley misma por el hecho de que ésta haya atribuido al Poder Ejecutivo la tarea de determinar en concreto y en sus aspectos varios la extensión y la modalidad de las limitaciones, de la imposición, de la pena, etc."

En Costa Rica abundan las delegaciones legislativas en beneficio del Poder Ejecutivo y otros organismos administrativos: El Código de Trabajo es fuente de varias: véase artículos 200, 202, 238, 579 párrafo 2, 612, y 613, por mencionar los más importantes; el C. Sanitario, art. 462; Ley de Construcciones, artículos 1, 2, 15, 34 y 88; Ley de la Liga Agrícola Industrial de la Caña, artículo 14 incisos p y q; Ley General de Aviación Civil, artículo 87 inciso c); Ley Orgánica del Banco Central, artículo 35 incisos 2, 3, 4, 5 y 7; tales son las más notorias e importantes. Pero las mismas ocurren cada día sin que los costarricenses hayamos tomado conciencia clara de la importancia no sólo jurídica sino política y económica del fenómeno.

(41) En doctrina se entiende vago y difícilmente deslindable el concepto de norma directiva, tal y como ha sido explicado, lo que realmente tiene visos de verdad parcial. Douence critica el sistema francés, derivado del artículo 37 de su Constitución, por el cual hay materias mixtas (legislativas y reglamentarias) dentro de las que la ley fija principios y directivas y el reglamento los aplica, desarrollándolos. Encuentra imposible controlar la fidelidad del deslinde y declara que ello conduce siempre a una supremacía no sólo actual sino también jurídica —porque judicialmente sancionada— del reglamento sobre la ley. Su comentario final

la tradicional, aunque sí con la más nueva sobre la materia. Se trata de un problema terminológico siempre y cuando haya acuerdo sobre el hecho fundamental de que un "reglamento dirigido" o "autorizado" (como preferimos llamarlo) es una forma de ejecución o cumplimiento de la ley (directiva), la cual sólo podrá considerarse legítima (en los sistemas donde esté permitida la articulación entre normas antes descrita) cuando sea capaz de suministrar en sus bases y orientaciones un contenido normativo suficientemente preciso como para servir de medida de interpretación y valoración del reglamento en sede contencioso-administrativa, prueba suprema del principio de legalidad. En consecuencia, no se considerará autorizado y será ilegítimo el reglamento emanado de una potestad creada en blanco por la ley, sin sujetarla a las bases y criterios directivos dichos. Cuando ello ocurra, se habrá quebrado el principio de legalidad, que tiene rango constitucional.

Veremos de inmediato que en Costa Rica el "reglamento dirigido" o "autorizado" parece estar constitucionalmente prohibido, aun en la hipótesis de que se cumpla con el principio de legalidad a través de leyes directivas de conformidad con lo explicado, afirmación ésta que desarrollaremos de inmediato.

Nos ha preocupado hasta aquí el planteo de los dilemas de principio que en buena doctrina jurídica suscita el fenómeno de los reglamentos llamados delegados; su enfoque en nuestro Derecho se hará de seguido.

ii. El reglamento delegado y la reforma y derogación de la ley.

Suele incluirse en la categoría del "reglamento delegado" aquél autorizado por ley para dejarla sin efecto, total o parcialmente, y eventualmente para integrarla con disposiciones propias.

El fenómeno resulta simplificado después de lo anterior.

Muchas han sido las teorías propuestas para explicarlo: la del reglamento como condición resolutoria, la de la ley como norma dispositiva y supletoria frente al futuro reglamento (exactamente como ello ocurre en las relaciones del Código Civil con el contrato común, en las partes de aquel vigente salvo cláusula ex-

sobre el tema es significativo: "Sean cuales fueren las disposiciones constitucionales, todos los regimenes políticos contemporáneos tienden a realizar una cierta concentración de poderes. En particular la ley es cada día más un mero instrumento del Gobierno" (op. cit. pág. 274).

presa en contrario); la de la "degradación" o "deslegalización" de la materia, que pasa de legal a reglamentaria, etc.⁽⁴²⁾

Ha habido autores que reconocen de plano la fuerza y rango de ley de los reglamentos en cuestión.⁽⁴³⁾

Creemos que es perfectamente posible la ley que condicione su propia vigencia a la aparición de un reglamento total o parcialmente en contrario, en cuya hipótesis será la ley y no el reglamento el que operará el efecto abrogativo o de reforma de su propio texto, pues la virtud jurídica necesaria para lograrlo será siempre de la ley que así lo dispone, no del reglamento. El argumento dado en contra,⁽⁴⁴⁾ sosteniendo la imposibilidad de equiparar un reglamento, que es acto normativo, a cualquier otro acto jurídico que no lo es (como el contrato) en sus relaciones con la ley, sobre todo cuando se piensa que el reglamento no sólo deroga sino que sustituye, es razonamiento que no dice nada, porque la fuerza de derogar —según la solución propuesta— es propia de la ley y no del reglamento, que para el efecto podría ser lo mismo contrato que mera condición resolutoria, pues no son estos últimos (reglamento, contrato o condición resolutoria) lo que derogan ni reforman, sino la ley, por obra de su propio contenido y voluntad, que así lo previó y dispuso.

Pareciera que, de conformidad con lo antes sostenido, condición de legitimidad del reglamento sustitutivo tiene que ser la regulación o, al menos, la dirección de su posible contenido, en aras del principio de legalidad.⁽⁴⁵⁾ De este modo, la ley que autoriza la reforma o derogación de sí misma por obra del reglamento ha de contener los mismos requisitos que una delegación, aunque no lo sea. Tendrá que darse con indicación precisa de su materia (identificando la ley que será derogada o reformada, si no es ella misma) y fijando directivas (bases y fines) de la nueva reglamentación sustitutiva.

Reiteremos la afirmación dogmática de que tal tipo de delegación reglamentaria parece constitucionalmente prohibida en Costa Rica, lo que plantea justamente una de las graves inquietudes y motivaciones de esta ponencia razonada.

(42) Giuliano Amato, op. cit. págs. 16 a 163; Giuseppe Guarino, Sul carattere discrezionale del regolamento, pág. 3.
(43) Mortati, op. cit. págs. 75 y 93 y sgtes.
(44) Lorenza Carlassare, op. cit. págs. 258, 259 y 260.
(45) Lorenza Carlassare, op. cit. 258, 259 y 260.

iii. Signo de la reserva absoluta y relativa.

Resulta extraordinariamente difícil determinar cuándo la reserva de la ley es absoluta y cuándo es relativa. No basta al efecto la mera redacción constitucional, atribuyendo a la ley la posibilidad de regular una materia. Son varios los casos en que nuestra Constitución menciona la ley como instrumento de regulación de una materia determinada: artículos 24 - 26 - 29 - 31 - 39 - 46 - 47 - 53 - 57 - 58 - 59 - 61 - 73 - 80 - 98 - 121 - 141 - 188 - 166 - 168. La reserva parece no darse con igual intensidad en todos los casos, aunque la tesis saludable conduce a sostener que siempre que la Constitución se refiera expresamente a la ley, habrá reserva, aunque haya grados diversos en la misma. Así, la libertad de empresa (en el ramo agrícola, industrial o comercial) que parece consagrar el artículo 46 párrafo primero ibídem, está sujeta no sólo a la ley sino también al reglamento, lo mismo que el régimen de derechos de autor a que se refiere el artículo 47 y los seguros sociales regulados por el artículo 73, hipótesis todas en las cuales la naturaleza misma de la materia exige reglamentación ulterior, por su inestabilidad y complejidad técnica.

Lo menos que puede decirse es que siempre que hay reserva —sea absoluta o relativa— hay la posibilidad de dictar reglamentos sobre la materia, cuando menos de tipo ejecutivo común, que precisen, aclaren y completen los términos de la ley. Es evidente, como quiera, que cuando la Constitución se refiere a la ley, remitiéndose a la misma para efectos de la regulación de una materia, no sólo es posible sino que es necesario que aquella intervenga previamente al reglamento, para cumplir con el dictado constitucional. Lo único que puede ponerse en duda, tratándose de reserva expresa de ley, es el tipo de reglamento posible sobre la materia. ¿Podrá ser tanto el reglamento ejecutivo ordinario, como el reglamento (también ejecutivo) de tipo “dirigido” o “delegado”? ¿Tendrá que ser “reguladora” la ley o podrá ser mera “norma directiva”?

Pareciera que si únicamente es posible el reglamento ejecutivo de una ley reguladora, la reserva será absoluta, y si es posible el reglamento dirigido, la reserva será relativa. El problema es determinar cuándo puede darse la participación y el deslinde apuntados en la aplicación real de la Constitución. Como se explicara casi de inmediato y se anticipó, la reserva relativa no parece ser

posible en Costa Rica, por estar prohibida la delegación de funciones.

Fuera de los casos totalmente excepcionales en que la Constitución no sólo crea la reserva sino que la califica expresa o inequívocamente como absoluta o relativa, pueden ser muchos los criterios seguidos para distinguir una de otra, pero debe confesarse, de antemano, la insuficiencia de los mismos.⁽⁴⁶⁾

(46) Costantino Mortati. Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo I, pág. 301. El autor alude —sin compartirlo— al criterio puramente gramatical, mencionando la tesis que afirma ser relativa la reserva cuando en lugar de hablar de “ley” se dice que la regulación de la materia se hará “de acuerdo con la ley”, “de conformidad con la ley”, “con arreglo a la ley”; si, en cambio, se emplea el término “por ley”, la reserva será absoluta.

El autor critica este enfoque. Analiza de seguido, para desecharlo también, el de la función de la reserva. Para algunos, indica el autor, la reserva es absoluta siempre que sea tutelar del individuo, y a la inversa; otros opinan que la reserva se da en protección de minorías parlamentarias y del equilibrio entre los poderes, razón por la cual consideran que siempre es absoluta, salvo que medien intereses que exijan un tratamiento mudable y ágil. El autor se inclina, a la inversa y con toda razón, por la tesis opuesta que sostiene ser relativa la reserva por regla general, salvo expresa norma constitucional en contrario, por ser imposible un desempeño legislativo eficiente con la solución opuesta por exceso de trabajo y falta de dominio de fondo del mismo. En otro lucido ensayo del mismo autor (Atti con forza di legge, op. cit. 67) agrega otras importantes razones para sostener su tesis, que parece ser la dominante. Mortati sostiene que la relatividad de la reserva debe ser la regla general, dada la imposibilidad en que la Asamblea está de poder regularlo todo sin delegar parte sustancial de su tarea normativa en el Ejecutivo, a la vez que la existencia de principios jurídicos-institucionales, como la igualdad y la imparcialidad en el trato del administrado, y la descentralización regional y funcional, que exigen cada día con más fuerza la descentralización de la potestad normativa en beneficio de la Administración Pública en general, y no sólo del Poder Ejecutivo; estos principios, sostiene el autor, deben servir de pauta de interpretación de todas las normas constitucionales que mencionan la ley para la regulación de una materia, permitiendo entender que no se trata de reserva absoluta, por haberse empleado el término “ley” como sinónimo de norma, o bien que la reserva es siempre relativa y compatible con la existencia de reglamentos ejecutivos y autorizados, salvo expresa prohibición de la Constitución en contrario (ver al respecto también Atti con Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalità pág. 67).

Otros autores como Amato (op. cit. págs. 94-95 y 122) consideran que la reserva de modo de disciplina tiende a ser absoluta y sólo por muy particulares circunstancias puede admitirse el reglamento autorizado o delegado, circunstancias que por otra parte enuncia escuetamente y sin gran explicación.

La autora Carlassare, op. cit., págs. 230-231 sostiene que son muchos los criterios a emplear (Íntima vinculación de la materia al Poder Ejecutivo, tradiciones tutelares del Estado de Derecho en ciertas zonas de la conducta pública, experiencias de fracasos o amenazas para la salvaguarda del interés público o privado en el pasado, necesidad de mayor agilidad y celeridad en la regulación) para determinar si la reserva es relativa o no; pero concluye en que, en definitiva, el único criterio válido es el que opta por el particularizado y minucioso examen de cada reserva literal de la ley caso por caso en cuanto a inspiración histórica, finalidad perseguida, naturaleza de la materia regulable, principios generales (históricos, doctrinales y dogmáticos) del Estado de Derecho en que se aplique la reserva etc.

Pareciera, en síntesis, que la reserva se presume relativa, por regla general, salvo norma constitucional expresa en contrario, dadas las urgencias y apremios de todo tipo y función a que está sujeto el sistema constitucional de un Estado moderno de Derecho para fragmentar y delegar la potestad normativa de la Asamblea en la Administración Pública en general (tanto central como descentralizada).

Creemos que igual conclusión es válida en Costa Rica.

En balance final, la conclusión es una: la naturaleza de la materia regulada, lo que podría llamarse la naturaleza de las cosas, es determinante al efecto, con independencia de la redacción del texto constitucional, salvo casos extraordinarios de calificación expresa o inequívoca de la materia en uno u otro sentido.

iv. La reserva y el principio de legalidad.

Tal y como ha quedado delimitada, la figura de la reserva de ley no presenta diferencia sustancial alguna con el principio de legalidad, que, según lo dicho, cubre todo el campo normativo posible del reglamento. El principio de legalidad equivale a una reserva relativa general de ley, en cuanto ninguna intervención administrativa es factible por medio de la función administrativa sobre los derechos o conducta de otro sujeto —público o privado— sin que medie una ley de la Asamblea que la autorice y limite en forma sustancial. Y, como se vio, aun la intervención y regulación de la conducta propia por la Administración agente está sujeta a la norma de competencia que la habilita para realizar actos de imperio o prestar servicios públicos, en forma muy similar a como lo está el reglamento meramente ejecutivo respecto de la ley que desarrolla. La única excepción al principio es la irrupción de la urgencia o del peligro contra el orden público de la policía, que abren la puerta a lo imprevisible.⁽⁴⁷⁾

(47) Lorenzo Martín Retortillo, La doctrina de las materias reservadas a la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Rev. Adm. Pub. N° 39, pág. 290: "Solo de modo esporádico y excepcional va a permitirse que la Administración pueda operar en estos campos reservados, aun cuando no haya una ley previa que autorice en concreto su intervención. Se trata de actuaciones de policía administrativa, que se justifican de forma excepcional, dadas las circunstancias especiales que con ellas pueden concurrir, y que se explican acudiendo a conceptos de tan honda significación como son los de orden público, bien común, etc. Fuera de estos casos de carácter excepcional, se requerirá siempre, repito, autorización expresa y detallada del Poder Legislativo, para que la Administración pueda realizar cualquier actuación que afecte la libertad o la propiedad de los ciudadanos. Es de este modo como la doctrina de las materias reservadas a la ley se configuró en el nacimiento del Estado de Derecho como un auténtico remedio jurídico para garantizar así la protección y la defensa de los bienes más apreciados en aquella época por el ciudadano".

En contra de la tesis y asumiendo como fundamental en la distribución del poder político un abolición del principio de legalidad entendido como "dependencia existencial" de la potestad administrativa) (de toda potestad administrativa) de la autorización legal (de ley de la Asamblea) Alfredo Gallego Anabitarte, Ley y Reglamento en España, Rev. Ad. Pub. págs. 118 y 119: "En las últimas décadas, el Derecho Público europeo había articulado el principio de legalidad: la Administración no podía violar las Leyes del Parlamento, y esto era consecuencia de haber establecido dos órganos fundamentales en el proceso político: un órgano democrático y representativo, encargado de emitir Leyes, y otro de ejecutarlas. Este principio tan claro y tan sencillo ha sido sucesivamente oscurecido por la doctrina: a) afirmando que la

La objeción que surge ante ese enfoque es obvia: según el mismo la intervención de la Asamblea en materia reservada a ella puede ser menos intensa que en materia que no lo está. En otras palabras: el reglamento dirigido será posible en materia reservada, en tanto que lo necesario o, al menos, lo normal en materia no reservada será el reglamento ejecutivo. En un caso, el reglamento estará creando el único régimen legal verdadero de la materia (reservada), pues la ley de base que lo autoriza no será reguladora sino directiva, por su misma intención y contenido; en tanto que en el caso de materia no reservada el reglamento ejecutivo se limitará a desarrollar los preceptos de una ley reguladora, fuente directa y principal del correspondiente régimen.

La objeción se desvanece poniendo de resalto el carácter de las razones que motivan la delegación o ampliación de materia en el caso del reglamento autorizado. Esas razones son múltiples y todas atinentes a la naturaleza de las cosas, según antes se apuntó. Puede afirmarse que así como es posible tanto el reglamento autorizado como el ejecutivo en materia reservada así lo son también en materia no reservada y por las mismas razones. La realidad de los hechos exige una interpretación de la reserva constitucional que la adapte a sus cambios, con independencia, o, por lo menos, con flexión razonable de su texto literal. Pero la verdadera justificación jurídica de la intervención reglamentaria delegada, autorizada o dirigida en materia reservada a la ley, es, aquí como en muchos otros campos del Derecho público, el sentido propio de la norma constitucional que establece la reserva, interpretada e integrada a la luz de la realidad y del sistema jurídico completo en que está inserta. Es en suma, el sentido institucional flexible de esa reserva, una vez que se aplica tomando en cuenta la naturaleza de la realidad a que se destina y la totalidad de los principios y normas conflictivas o tangentes del resto del ordenamiento.

Administración —ejecutivo— (dejemos de lado la acción política "pura": elección, disolución del Parlamento, etc.), sólo podría actuar en base a una ley del Parlamento, es decir, se llegó así a afirmar una reserva total del Parlamento" . . . (pág. 118). "Con esto se quiere decir que legal y políticamente es necesario volver al principio de legalidad como prohibición a la Administración de violar las leyes, y esto tanto por ser mucho más político institucional como por el hecho de que un principio de legalidad en sentido total, es decir el postulado de que la Administración sólo puede actuar por Ley Habilitante, no tiene nada que ver con el Derecho español vigente".

Aunque el autor no lo desarrolla en detalle trasunta del estudio que su afirmación para España es válida para el mundo occidental nacido de la Revolución francesa, en lo que toca a las relaciones entre autoridad e individuo, encuadradas en el Estado de Derecho.

Esto quiere decir concretamente lo siguiente: si la intención de la reserva es que el legislador manifieste su voluntad sobre una materia, la misma queda satisfecha cuando éste así lo hace, pero confesando su impotencia o falta de tino en campos que le parecen más propios del Poder Ejecutivo, a condición de que éste los regule dentro del marco normativo que aquél le fije. Se aplica aquí la idea de que la norma debe interpretarse tomando en cuenta no sólo el texto sino el valor y naturaleza de las conductas y hechos regulados, en su total ambiente real y jurídico. Si esta realidad exige una interpretación flexible y, sobre todo, si intervienen otros textos constitucionales a corroborar esa interpretación, es evidente no sólo que es correcta, sino que es la más correcta posible.

De este modo, si no obstante la redacción tan radical de un texto en favor de la libertad de empresa como el artículo 46 párrafo primero, Constitución Política, que reserva a la ley la regulación de aquella y aun apela a la Constitución por encima de ésta (es prohibido "cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.) para definir su contorno y garantía, resulta inevitable —pese a ello— una frecuente intromisión administrativa y reglamentaria sobre su ámbito, por el aumento en el tráfico mercantil o industrial, debe interpretarse la reserva en forma tal que permita esa intervención, no como intromisión ilimitada, sino como colaboración normativa controlada y dirigida por la ley, en virtud de una prudente autorización de ésta. Que ello ocurre así en Costa Rica, hoy, es cosa que se puede comprobar con sólo leer la Gaceta Oficial. Tal interpretación amplia del artículo 46 puede quedar respaldada, por otra parte, con el texto del artículo 28 ibidem, que respeta toda libertad privada mientras la misma no dañe el orden público, puesto en juego justamente por las modalidades nuevas de la materia en discusión (incremento de volumen y peligrosidad de la actividad empresarial).

v. Las perspectivas de la potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo.

Es justamente la realidad contemporánea la que orienta la potestad reglamentaria hacia una radical descentralización y preponderancia, frente a la legislación, al margen y en ocasiones contra el texto de las constituciones.

Factores que pueden constatar en ese sentido en nuestro medio y en el Derecho comparado son los siguientes:

a) El uso cada vez más frecuente de actos administrativos de alcance general por la Administración en el campo económico, para conformar con un sentido justo e igualitario los procesos de producción y distribución. Típico del Estado moderno es —sin que tengamos que detenernos en la afirmación— no sólo la ampliación de sus cometidos sino el cometido principal de crear toda una sociedad conforme a un patrón de justicia del gobernante.⁽⁴⁸⁾

En Latinoamérica y Costa Rica esto hace directa relación con la meta del desarrollo económico, el tema político de nuestra generación.⁽⁴⁹⁾ El problema de nuestra Administración es justamente su inevitable compromiso activo en esta tarea, sin las estructuras ni procedimientos administrativos que la misma demanda. Para llevarla a cabo es urgentemente imprescindible el reorganizar la Administración y el intervenir sobre la iniciativa privada, tratando de lograr, sobre todo en el campo económico, la participación de la mayoría en los bienes de la vida: salud, educación, poder de compra, habitación, transporte. Para este fin la Administración ha puesto en práctica una serie de técnicas que, si bien de viejo cuño,⁽⁵⁰⁾ sólo después de la segunda guerra mundial alcanzan su máximo empleo, a saber:

a.1) La planificación, el medio principal de acción del Estado moderno. Entendemos por tal, para efecto de esta ponencia

(48) Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, págs. 100 y 102: "El carácter distintivo de la Administración moderna, aquel que la distingue de la Administración del Estado burgués de Derecho, es su especial relación con el orden social. La relación del Estado —es decir, en lo esencial, de la Administración— con el orden social es susceptible de muchos matices, cuyos dos límites extremos son: o bien el Estado puede ser sujeto y conformador del orden social, o bien puede situarse frente a éste como frente a un dato que se halla por principio fuera de sus competencias específicas. Aquí empero, entendemos por conformación toda modificación dirigida a la totalidad o a una parte considerable del orden social, es decir: toda modificación que traspasa por un su intención al ámbito de la intervención concreta".

(49) Allan Randolph Brewer Carías, Una Revolución para el Desarrollo, Cuadernos de la Reforma Administrativa (venezolana) págs. 24 y 25: "La problemática del Estado debe enfocarse, en tonces, a la luz de nuevos conceptos adecuados a la realidad actual latinoamericana frente al desarrollo nacional: El Estado en este sentido debe convertirse en agente de las reformas sociales, económicas y políticas exigidas por el desarrollo. Su función debe ser, entonces absolutamente activa, a través de la planificación, pero con un profundo respeto de la dignidad humana".

(50) Massimo Severo Giannini, Sull'Azione dei Pubblici Poteri nel Campo dell'Economia, Págs. 12 y 13.

cia, la previsión y coordinación imperativa e intersubjetiva de medios, procedimientos y funciones para fines públicos de comunidad o de grupo. El plan, como tal, parece no tener consistencia jurídica autónoma, pero para su realización es necesario a menudo o bien obtener una ley, o bien dictar normas o actos administrativos generales, que sienten las bases para su ejecución y lo pongan en marcha.

Nuestra Ley de Planificación no es importante al respecto, aunque ello suene paradójico, dado el carácter público e indicativo de la planificación nacional (Ley N° 308 de 31 de enero de 1963).

Importante es la Ley de Planificación Urbana, que contempla dos tipos de planes (Plan Nacional y Plan Regulador de Desarrollo Urbano) y cinco tipos de reglamentos (que la misma ley califica expresamente como tales y que son: de Zonificación, de Fraccionamiento y Urbanización, de Mapa Oficial, de Renovación Urbana y de Construcciones, arts. 2, 16 y 20 y srgtes, de Ley N° 4240 de 15 de noviembre de 1968).

Mucho se ha discutido en doctrina si los planes urbanos, que implican una serie ordenada de actos administrativos de varios tipos para un fin común (cada uno de los cuales es definitivo y no sólo preparatorio, en lo que se diferencian del procedimiento administrativo ordinario) son reglamentarios en los aspectos en que exigen decisiones de alcance general o, si a la inversa, se trata de actos administrativos no concretos. Nuestra Ley de Planificación Urbana se inclina claramente por la solución normativa, en lo que parece apoyada por la buena doctrina.⁽⁵¹⁾ Se trata, en nuestro caso, de verdaderos reglamentos autorizados, con grave incidencia sobre el derecho de propiedad, atribuidos a la Municipalidad (artículo 19 *ibidem*).

a-2) Fijación autoritaria de precios y porcentajes de utilidad, sin límite legal o con el mismo. Corresponde la fijación general de precios para los artículos de primera necesidad a la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Industria (artículos 1 y 6 Ley N° 1208 de 12 de octubre de 1950); sobre la naturaleza de la fijación hubo ardua discusión doctrinal. La doctrina se inclina cada vez más por la tesis que sostiene la naturaleza de acto

(51) Marcel Waline, *Droit Administratif*, 7 Ed. N° 1538, considera se trata de reglamento, a la inversa de lo que opina el prof. italiano Aldo Sandulli, citado por Giuseppe Santaniello, *Atti Amministrativi Generali a Contenuto no Normativo*, pág. 178.

administrativo no normativo en tales fijaciones;⁽⁵²⁾ pero suscita duda el caso de que tales fijaciones puedan hacerse dentro de un régimen más comprensivo, de disciplina sectorial, y en uso de una potestad reguladora, hipótesis en que más bien parecen actos normativos, reglamentarios.⁽⁵³⁾

a. 3) Fijación de cuotas de importación, exportación y consumo. La misma ley de Defensa Económica antes citada (N° 1208) contiene disposiciones que autorizan la fijación de cuotas de venta de artículos indispensables para el consumo (artículo 3 inciso c), exclusivamente en casos de necesidad y urgencia, lo mismo que el racionamiento en el consumo individual (artículo 3 inciso d) *ibidem*). El sistema más importante y característico está dado, sin embargo, por las Leyes N° 2762 de 1 de julio de 1961 (de la Oficina del Café) y N° 3579 de 12 de noviembre de 1965 (de la Liga Agrícola Industrial de la Caña). Ambas normas autorizan a los respectivos organismos para fijar cuotas en la producción de café o azúcar de diverso tipo o con destino a diversos sectores de consumo, a efectos de estabilizar y regular los precios correspondientes (artículo 40, Ley 2762; y artículo 14 incisos e y f de la ley N° 3579). Aunque el carácter de las cuotas fijadas es necesariamente transitorio (por estar limitado a la cosecha de café o a la zafra anuales), se trata de actos generales que suelen acompañarse de fijación autoritarias de precios (provisionales y de liquidación) y respecto de los cuales puede empeñarse discusión igual que la que acompaña o ha acompañado a los otros tipos de actos antes indicados; en nuestra opinión se trata de meros actos administrativos generales, no de reglamentos, pero ello es discutible.

a. 4) Fijaciones integrales o fragmentarias de impuestos, sea en cuanto al hecho imponible o en cuanto al monto del tributo. Su carácter es normativo según la mejor doctrina.⁽⁵⁴⁾ Corresponden frecuentemente en el Derecho comparado a entes administrativos o al Poder Ejecutivo. En Costa Rica tenemos un claro ejemplo del caso en el artículo 96 del C. Municipal aprobado (pero no todavía vigente a esta fecha) en virtud del cual el Consejo Municipal puede fijar

(52) Massimo Severo Giannini, *Sull'Azione . . . etc.*, pag. 9. Vittorio Bachelet, *L'Attività di Coordinamento nell'Amministrazione Pubblica dell'Economia*, pág. 228.

(53) Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, pág. 259, quien sostiene el carácter normativo de las fijaciones autoritarias de precios en Italia.

(54) Vezio Crisafulli, *op. cit.* 259; Giannini, *I Proventi degli Enti . . . etc.*, pág. 11.

los impuestos de patente comercial sobre licencias municipales, dentro de los límites máximos que fijará el reglamento de la Contraloría General de la República, solución legal que tiene base en el artículo 121 inciso 13 de la Constitución.

Se limita a integrar el hecho imponible la fijación de listas de productos gravados frecuentemente encomendada al Poder Ejecutivo (hipótesis que ocurrió con el impuesto de consumo, según Ley N° 3282 de 21/4/64, cuyo artículo 5 ponía en manos del ejecutivo la confección de las listas dichas, sin las cuales no era aplicable el gravamen).

a.5) Regulaciones sectoriales. Es esta, con la planificación, la forma más notable e importante de desarrollo normativo dentro del ámbito de la Administración contemporánea, aunque el jurista que mejor ha definido su figura afirma ser de vieja tradición. (Giannini).

Consisten tales ordenamientos en los que se forman, al amparo de la ley, entre autoridad pública y empresarios privados en un cierto ramo, el acceso al cual depende de una autorización, en virtud de la que la autoridad adquiere sobre los empresarios una potestad de ordenar, vigilar y, sobre todo, de regular las condiciones en que ha de desenvolverse la actividad económica en cuestión, según un plan o programa, establecido casi siempre en coordinación con el Ministro del ramo.⁽⁵⁵⁾

Giannini insiste en el carácter interno de las normas creadas dentro de este orden, sin aclarar el fundamento de su dicho.⁽⁵⁶⁾ Pareciera que, de conformidad con lo antes expuesto, si hay una atribución legal expresa de potestad normativa en el "ámbito interno" se tratará de un caso de verdadera autonomía normativa, y a la inversa, en el caso opuesto. De este modo si la autorización legal expresa existe, es posible considerar tales normas como externas, pese a su ámbito interno, dado su fundamento directo en autorización del ordenamiento general del Estado, a través de la ley de

⁵⁵⁾ Massimo Severo Giannini, Corso di Diritto Amministrativo, Tomo I, págs. 185, y 186. "Estos órganos públicos tienen poderes normativos internos (y así dan vida a normas internas de ordenamientos internos o especiales)". "En el ejercicio de los poderes normativos o de dirección, los órganos directores del ordenamiento actúan de acuerdo con programas o esquemas generales, o autónomos, o coordinados con programas o planes generales, o injertados en estos. En tal forma la actividad de los empresarios componentes del ordenamiento sectorial es dirigida de conformidad con un programa, o, al menos, es susceptible de serlo".

⁶⁾ Giannini, op. cit. pág. 187.

éste que otorga la competencia, salvo disposición en contrario. Creemos, por otra parte, que la hipótesis puede darse no sólo en el caso de sujetos privados sino también con entes públicos, y no sólo con base en un acto de autorización o concesión, sino también por obra directa de la ley que adscribe a un cierto tipo de actividad una autoridad vigilante y reguladora, que dirija al sector correspondiente. El interés tutelado por el ordenamiento puede ser no sólo económico sino de cualquier otro tipo, como sanitario, estético, de servicio social, etc. Los ejemplos en Costa Rica pueden ser varios.

El Banco Central de Costa Rica es el organismo regulador de la moneda, la banca, el crédito y el cambio exterior (artículo 6 de Ley N° 1552 de 23 de abril de 1953), para lo cual tiene potestades varias de alcance general frente a los demás bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional y los bancos privados que eventualmente llegaren a establecerse. De este modo puede: regular sus créditos a bancos comerciales (artículo 63); fijar tasas de interés para sus créditos (artículo 64 inciso 1) y las que corresponden a los créditos que abran los bancos comerciales a sus clientes (inciso 2 ibídem), con la expresa advertencia de que dichas facultades podrán ejercerse en relación con una determinada clase de operaciones de crédito, con varias de ellas o con todas en conjunto y "siempre con carácter general y obligatorio para todos los bancos"; podrá igualmente fijar encajes mínimos legales con respecto al monto de cada uno de los tipos de depósitos corrientes, autorizar la recepción de depósitos en monedas extranjeras por otros bancos, reglamentando (así lo dice la ley) la administración de tales fondos, con fijación de sus encajes mínimos legales y de la forma, condiciones y clase de moneda permitida dentro de éstos (artículo 75); podrá fijar de un modo general y uniforme para todos los bancos las tasas máximas de interés y descuento que podrán cobrar los comerciantes, así como los cargos por concepto de comisiones, los límites máximos de préstamo a cada persona natural o jurídica, los márgenes mínimos de seguridad que deberán existir, el monto de los créditos y las garantías reales, los plazos de esos préstamos (artículo 85), los topes o límites máximos de cartera por línea de actividad, así como fijar porcentajes máximos de crecimiento para diversas categorías de deudores. Las facultades reguladoras del Banco Central alcanzan al establecimiento de regímenes de control de divisas y de confección de las listas de artículos favorecidos, cuando por el desequilibrio en la balanza de pagos sea

necesario crear doble mercado y doble tipo de cambio (97 y 98). Pareciera que se trata de actos administrativos generales y no de normas, dada la vinculación de cada una de las regulaciones dichas a un interés puntual y concreto, sea la estabilidad monetaria, sea la salud del crédito, sea la buena situación fiscal. Ello no obstante, pueden ser interpretados estos actos generales de nuestra Banca como normas, en virtud de las que sujeta a toda la Banca nacional, —pública y privada, si la hubiere— a la autoridad directora y a la autonomía normativa que la ley parece haberle concedido expresa y a menudo literalmente.

El otro gran sistema sectorial público es el formado por las instituciones de asistencia médico-social, públicas y privadas, bajo la autoridad reguladora de la Dirección General de Asistencia-Médico Social. La misma está llamada a coordinar los servicios médicos del país, a dirigir y fiscalizar las entidades que los prestan, y pareciera que a dictar las normas y regulaciones pertinentes (artículos 1 y 2 de la ley 1153 de 14 de abril de 1950), no obstante que el inciso g) del artículo 3 menciona entre sus atribuciones la de proponer al Ministerio de Salubridad Pública “los reglamentos y disposiciones generales” que contribuyan al mejoramiento de la asistencia médica social, pues puede bien pensarse que, dada la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo para reglamentar la ejecución de las leyes, la potestad reservada a la mencionada Dirección sea la de dictar los reglamentos atinentes a materia de técnica médica y hospitalaria en estricto sentido, con abandono en aquél de la emisión de los reglamentos ejecutivos comunes. En virtud de esa potestad de dirección, en consecuencia, la Dirección no sólo vigila y controla (por aprobación) los presupuestos de todas las instituciones médico-hospitalarias del país, sino que puede dictar las regulaciones técnicas para su organización y funcionamiento y, en el caso de los particulares, autorizar su ingreso a la actividad, para someterlos de inmediato a la disciplina administrativa en examen, con típica afinidad de organización respecto del esquema abstracto de ordenamiento sectorial propuesto por Giannini. “Tales organismos, (dice el artículo 5 in fine del Reglamento N° 6 de 16 de junio de 1952, dictado para regular los Hospitales Nacionales (públicos o privados) en ejecución de la ley N° 1153 antes citada), someterán su gestión técnico administrativa a las normas que en uno y otro caso les señale la Dirección General de Asistencia Médico Social”, la cual, por otra parte, y según texto expreso del regla-

mento ejecutivo N° 27 de 20 de mayo de 1941, artículos 1 y 3, somete también a su dirección técnica y fiscalización económica a las Juntas Directivas de Protección Social, administradoras de los Hospitales, Cementerios, Asilos y demás instituciones similares de beneficencia o bienestar social puestas a su cargo. Hay, entonces, una clara subordinación (no jerárquica) de los entes y organismos que prestan servicios médicos (Hospitales y Juntas de Protección Social) a la Dirección General de Asistencia Médico Social, que dicta las normas (reguladoras y directivas) para su manejo financiero, administrativo y técnico propiamente dicho, y así constituye lo que, en nuestro concepto, puede llamarse ordenamiento sectorial de la asistencia y la beneficencia en Costa Rica, tanto en el sector público como en el privado. Se nota de inmediato la gran similitud de estructura y mecanismos entre este ordenamiento y el de la Banca central y comercial.

No son éstos los únicos ordenamientos de sector existentes en Costa Rica, pues también los hay para la iniciativa privada.

Está, en primer término, el caso de la Junta de Aviación Civil, encargada de regular el transporte aéreo con acceso a Costa Rica, tanto nacional como internacional, mediante un acto inicial de concesión (llamado certificado de explotación, artículos 15 y 31) que incorpora ipso facto al ordenamiento especial de la actividad, creado y renovado por la Junta (artículo 87 inciso c) y f), artículos todos de la ley 4220 de 8 de noviembre de 1968.

Puede decirse lo mismo del Comité de Normas y Asistencia Técnico Industrial (decretos ejecutivos N° 6 de 21 de setiembre de 1951 y N° 8 de 9 de octubre de 1951) dependiente del Ministerio de Industrias y llamado a “elaborar reglamentos de normas sobre nomenclaturas, calidades y funcionamiento aplicables a la industria y a los productos farmacéuticos” (artículo 5); en uso de tal potestad elabora tres clases de normas técnicas de alcance claramente normativo, que son los reglamentos (así expresamente llamados por el correspondiente decreto ejecutivo) de nomenclatura, calidades y funcionamiento.

Son normas también las regulaciones de tránsito, para las cuales es competente la Dirección General de Tránsito, con facultades amplias al efecto, según lo dispone el artículo 26 de la ley 3503 de 10 de mayo de 1965. El sector del transporte

remunerado de personas por tierra, es también objeto de regulaciones especializadas por parte de la Dirección General de Transporte Automotor (artículo 2 ibídem).

Creemos sería complejo e inútil el examen en profundidad que pudiéramos hacer de esos y otros ordenamientos sectoriales existentes en nuestro medio. Todos presentan las características siguientes, que nos han movido a su breve comentario en esta sede:

- i. Son ordenamientos creados a través de reglas externas, porque son autorizadas expresamente por ley;
- ii. Son ordenamientos creados por órganos distintos de los que detentan constitucionalmente la potestad reglamentaria en Costa Rica, que existen por razones de especialidad técnica y de descentralización administrativa, sin que ello implique, en absoluto, que son inconstitucionales.
- iii. Son todos una demostración palpable de la intensa descentralización de la potestad reglamentaria, al margen de la Constitución, que hoy vivimos en Costa Rica.

a.6) Las potestades encubiertas de reglamentación: las circulares y los "machotes" (modelos administrativos). Es bien sabida la posición de la doctrina y jurisprudencia administrativas frente a las circulares, como fuentes de derecho: la opinión es prácticamente unánime en el sentido de negarles naturaleza de tales, en razón de su carácter interno, según antes había quedado definido (ordenamiento especial y espontáneo, sin fundamento expreso o inequívoco en norma estatal)⁽⁵⁷⁾. Ello no obstante, es cada día más claro que muchas normas dirigidas al subordinado jerárquico implican deberes y cargas para los administrados y tienen alcance externo. Esto es posible decirlo no sólo de los actos internos determinantes de otro externo lesivo para el ciudadano (como los dictámenes vinculantes), sino también de una serie de regulaciones generales que tienen igual efecto que el de una norma perjudicial en contra de aquél, aunque formalmente destinados a no surtir efecto inmediato frente al mismo (sin publicación, sin competencia reglamentaria conocida en el funcionario que las dicta y dirigidas al subordinado).⁽⁵⁸⁾ Damos el

(57) Mariano Baena del Alcazar, Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo, Rev. A.D. Pub. N° 48, págs. 110 y sgtes., con bien lograda síntesis de la doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado sobre el tema.

(58) Agustín Gordillo, Introducción al Derecho Administrativo, 2 ed. págs. 196 y 197; Allan Randolph Brewer Carías, Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, pág. 154.

ejemplo de una instrucción general que prohíba al subordinado acoger peticiones de cierto tipo, de obligado acogimiento en favor del administrado, cualquiera que éste sea, todo ello por una mala inteligencia de la ley; o bien la que ordene aplicar la ley en un sentido excluyente de una categoría de posibles beneficiarios, por ejemplo: propósito de la concesión de subvenciones a entidades de desarrollo comunal, concepto éste interpretado e impuesto restrictivamente por el superior al inferior encargado de decidir. La consecuencia peor de tal enfoque radica en que al privarse formalmente de efecto externo a la instrucción dirigida al subordinado, por ese solo hecho se impide la impugnación directa de la misma en vía contenciosa, haciendo inevitable o muy difícil la evasión del daño.⁽⁵⁹⁾ En Francia y en Italia la regla al respecto ha sido la de que, por carecer de valor ante el ordenamiento general del Estado y de efecto inmediatamente lesivo contra el particular, las circulares o instrucciones no son invocables ni son impugnables; sobre la base de las mismas no se puede fundar un juicio, ni para impugnarlas ni para hacerlas valer.⁽⁶⁰⁾

La distinción entre circulares e instrucciones interpretativas y reglamentarias ha sido introducida para atenuar los malos efectos de tal posición dogmática, permitiendo la impugnación únicamente de las últimas porque crean derecho, en el sentido de que, una vez aplicadas, agregan cargas o deberes a los administrados, no contemplados antes por la ley, ni siquiera en germen.⁽⁶¹⁾ La distinción es inoperante, en primer lugar porque una interpretación puede ser normativa, exactamente como lo es el reglamento meramente específico de los géneros conceptuales creados por ley; y, en segundo lugar, porque, aparte de que el reglamento puede ser también ejecutivo aunque complemente y no interprete, sin crear nada sustancialmente nuevo en relación con lo dicho por la ley, la circular reglamentaria y creadora no es menos interna que las otras, desde un punto de vista estrictamente formalista, y es tan incapaz como éstas para lesionar al particular. La idea, es, a la inversa, tomar conciencia y saber manejar este fenómeno de fundamental importancia, a saber: que los Ministros y toda clase de autoridades administrativas sin potestad reglamentaria alguna, con evidente

(59) Auby et Drago, Traite de Contentieux Administratif, Tomo II, 10, 23.

(60) Jean Claude Douence, op. cit. pag. 324.

(61) Jean Claude Douence, op. cit., pág. 327 y 328.

violación del principio de legalidad, están creando reglamentos de superlativa importancia para los servicios públicos y los derechos del administrado, bajo la máscara de las circulares internas. El criterio para valorarlas no ha de ser el destinatario, ni la forma externa de aparición y comunicación, sino el efecto que eventualmente producirán al aplicarse, desde el punto de vista de su contenido, aunque vayan dirigidas a un subordinado. El criterio para saber si hay o no reglamento disfrazado de circular ha de ser, como propone el autor francés Huet, según cita de Douence (op. cit. pág. 3231) "que debe bastar que la autoridad administrativa, por la disposiciones que adopta, haya creado una amenaza suficientemente concreta o deje presagiar a los interesados de manera suficientemente cierta, medidas inminentes a adoptar en relación con ellos".

El otro importante tipo de reglamentación encubierta es la de elaboración y promulgación de los "machotes" o modelos administrativos, de actos, contratos e incluso de reglamentos. Estos modelos (cahier général de contrat; capitolato d'oneri) son normalmente proyectos de cláusulas contractuales, que no adquieren vigencia ni valor obligatorio sino cuando son expresamente incorporados al texto del pacto, sea por reenvío, sea por transcripción.⁽⁶²⁾ El mismo enfoque sobre la naturaleza del modelo administrativo puede surgir cuando se trata de proyectos de actos o reglamentos, puesto que aún aquí es posible sostener que los mismos carecen de obligatoriedad mientras no sean reproducidos o copiados por la conducta premodelada. Ello no obstante, es evidente que en este último caso no podrían llegar nunca a adquirir naturaleza contractual, por obra misma de los hechos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han empezado a sentir la inquietud de los malos enfoques ante la realidad de los modelos en examen. Pues no sólo van dirigidos al mismo órgano agente que los hizo y los aplica, sino que también vienen impuestos desde arriba por el superior y en forma cada vez más frecuente van destinados a otros entes públicos e incluso a particulares. Es evidente que en este último caso el carácter de mero proyecto del modelo desaparece casi totalmente, para quedar reducida a la posibilidad jurídica —que tampoco existe cuando la actuación es obligatoria, como a menudo ocurre— de no actuar en lugar de hacerlo de conformidad con el mismo. Los ejemplos de modelos de obligada e inevitable reproducción se multiplican y han

(62) Jean Claude Douence, op. cit. págs. 327 y 328.

venido a constituir: formas de tutela mediante las cuales el contralor anuncia su criterio para aprobar o autorizar una actividad, sometida a la obediencia fiel del modelo;⁽⁶³⁾ o bien instrumentos de sujeción del particular a la Administración, cuando aquél recibe actos jurídicos favorables, a modo de condiciones para el disfrute de los mismos, y, eventualmente, formas de ejercer una potestad reguladora de la actividad contractual privada de interés público;⁽⁶⁴⁾ o bien, finalmente, medios de reducción interna de la discrecionalidad del inferior, que es compulsado a reproducir lo que el superior le impone, con mucha mayor vinculación (por tratarse de mera copia) que cuando se trata de la obediencia a instrucciones o circulares comunes.⁽⁶⁵⁾ La doctrina y la jurisprudencia han mantenido —como antes con las circulares— que se trata de actos internos, que proyectan o preparan otro, y que, como tales, no pueden considerarse definitivos ni vigentes para efectos de su aplicación o impugnación, razonamiento que es casi copia fiel del construido con igual fin alrededor de las circulares. La realidad, sin embargo, ha terminado por imponerse y el Consejo de Estado como el Tribunal de Conflictos de Francia han empezado a inclinarse ante su empuje.⁽⁶⁶⁾ El carácter reglamentario de un modelo administrativo resulta evidente y claro siempre que su observancia condicione —expresa o implícita, pero inequívocamente— la validez del acto o negocio jurídico previsto, porque así expresamente se indique, o porque se desprenda de sus términos que es obligatorio respetarlo e incorporarlo en la emisión de dicho negocio, y que rige aunque este último nada diga al respecto, o, incluso, aunque diga algo en contra o lo repudie. En general, el modelo es reglamentario cuando se da por un sujeto para sus relaciones con otro y con pretensiones de obligatoriedad frente a ese tercero, y más claramente aún cuando

(63) En Francia doctrina y jurisprudencia son concordes en calificar como contractual la naturaleza de los modelos de contrato, una vez incorporados a éste; previamente pueden ser considerados como reglamentos obligatorios para los funcionarios que contrataran. La anterior conclusión se refiere a los proyectos de contrato, no a las reglas sobre la celebración y formalización del contrato, que como tales no tienen que ver con su contenido y que se consideran verdaderos reglamentos de procedimiento desde el momento en que se adoptan. Véase al respecto Andre De Laubadere, *Traite Theorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tomo I, págs. 353 y 354. En Italia la jurisprudencia adscribe naturaleza reglamentaria a los modelos, incluso si son de contrato, en discrepancia con la doctrina. Véase Massimo Severo Giannini, *L'Attività Amministrativa*, pág. 59.

(64) Pierrette Rongere, *Le Procédé de L' Acte Type* op. cit. pág. 251, 257 y 269.

(65) Pierrette Rongere, op. cit.; págs. 208, 210, 198, 172, 173 y siguientes.

(66) Pierrette Rongere, op. cit., págs. 283, 293 y 294.

se da para las relaciones entre dos terceros extraños al autor del modelo, como cuando lo impone una autoridad de intervención o dirección económica sobre un contrato entre particulares sujeto a regulación administrativa, lo mismo que cuando su autor tiene potestad reglamentaria reconocida o lo publica como si fuera un reglamento común.⁽⁶⁷⁾ Son indicios que trabajan contra la naturaleza normativa y externa del modelo el hecho de provenir, a la inversa, del superior jerárquico, sin potestad reglamentaria y sin las formalidades usuales de comunicación del reglamento. Pero, en síntesis, es una constatación indudable que la Administración contemporánea, exactamente como las grandes empresas privadas, tiende con creciente frecuencia a uniformar sus actos y negocios y que para ello acude a la potestad reglamentaria, sea en forma abierta, sea encubierta, bajo la especie del modelo ("machote" costarricense) administrativo, tenga o no tenga aquella potestad. Es un hecho que se ha de tomar en cuenta para regularlo, en beneficio de una mayor libertad y acierto en el funcionamiento de la Administración, a la vez que en beneficio de la impugnabilidad e invocabilidad de tales actos como verdaderos reglamentos (aún cuando no tengan la apariencia de tales) a favor de los administrados. Se trata, en realidad, de una poderosa y frecuentísima forma disfrazada de potestad reglamentaria.

a-7) **Recapitulación:** Las nuevas formas de actuación administrativa de alcance general y reglamentario. El carácter "conformador" de la administración contemporánea tiende a ampliar el radio de acción de sus actos, en la búsqueda de un mayor impacto para los mismos. Se trata de medidas que tienden a producir resultados sociales en gran escala y a incorporar el mayor número al goce de las ventajas de la economía y de la tecnología, así como a la remoción de los obstáculos sociales al efecto. En esta circunstancia es inevitable la conversión progresiva de la Administración en un centro normativo, cuyo método de acción desborda cada vez con más frecuencia las limitaciones de una intervención concreta en relación con un determinado sujeto, para iniciar la regulación directa y con alcance general de aquellas estructuras económicas, sociales y jurídicas de cuyo cambio depende en gran parte el éxito de su misión. Esto requiere actos dirigidos a grupos, clases o zonas de

(67) Tribunal des Conflits, arret "Procureur General d'Angers c/Avranches et Desmarests. Conseil d'Etat, arret Conseil National de l'Ordre des Medecins, Ax arret Ordre National des Pharmaciens, todo según cita de Pierette Rongere, Le Procédé de L'Acte-Type, págs. 250 - 252.

interés por encima del individuo, y la aparición de nuevos centros reglamentarios con la multiplicación de los reglamentos, en armonía con la Constitución o contra la Constitución, abierta o encubiertamente.

b) **La degradación de la Ley.**

Simultáneamente con este progresivo dilatamiento del efecto en el obrar administrativo, con tendencia hacia lo general y normativo, se ha producido una evolución inversa de la legislación hacia el acto (legislativo) de alcance concreto, lo que algunos llaman la ley providencia (o acto ley).⁽⁶⁸⁾ Es el acto de la Asamblea que tiene el alcance concreto del acto administrativo común, pero con fuerza y rango de ley. Su aplicación es posible en forma igual a como lo es en el acto concreto que perfecciona, sin carácter de verdadera norma. De este tipo son por ejemplo los contratos leyes (reforma o aprobación legislativa de contratos administrativos); las leyes de otorgamiento de subvenciones o subsidios; las fianzas legislativas del Estado a favor de ciertas entidades públicas o privadas para hacer posible operaciones de gran cuantía y de interés público que de otro modo no se llevarían a cabo; las emisiones de bonos de la deuda pública; las leyes que conceden indemnizaciones a los damnificados por una catástrofe natural, las que retroceden propiedades ya traspasadas en firme al Estado por aplicación de otras leyes; y, en general, todas las de alcance concreto que expresamente autoriza la Constitución:

(68) Alberto Predieri, *Costituzione e Pianificazione*, págs. 264, 270, 271 y 273. "Es indiscutible el desarrollo de la ley singular, o individual o personal, de las leyes de contenido concreto o leyes providencias (actos leyes), esto es: de las leyes que, consideradas en forma global, son instrumento de acción del Estado y que se agotan en la actuación de sí mismas" (264). Las Leyes providencias, concretas, no abstractas y, en consecuencia, derogatorias del principio de paridad formal, no son el único instrumento típico de la acción del Estado contemporáneo, cuya presencia y frecuencia induzca a pensar sobre el cambio radical en el significado de la ley y, por ahí, de la reserva de ley (270). A la par de las leyes singulares se han multiplicado las leyes de tipo sectorial, de generalidad reducida —si así se pueden definir— o de bajo grado de abstracción (270). Las leyes de generalidad reducida, a la par de las leyes providencia, han llegado a ser el instrumento de una acción estatal administrativa, de realización sobre todo de nuevos cometidos del Estado que se suelen definir como sociales, del Estado que actúa con medidas individuales, o de grupo, diversas, desiguales, discriminatorias, en cuanto constituyen situaciones de ventaja legal para corregir o compensar situaciones de minusvalía real, de hecho, interviniendo en el proceso económico, redistribuyendo a algunos ciudadanos la riqueza extraída de otros" (271) "el acto legislativo en la realidad contemporánea, en consecuencia, contiene indiferentemente disposiciones normativas y mandatos concretos, preceptos individuales o por categorías, restringidas o mínimas, actos de organización y atribuciones singulares de competencias. Se siente desvanecer la diferencia entre la predisposición de normas y la posición de mandatos concretos (273).

Artículo 121 incisos 4 (aprobación de tratados), 11 (presupuestos) 14 (enajenación de bienes nacionales y contratos públicos de explotación de los mismos) 15 (empréstitos públicos), así como los actos de organización de la Administración Pública (cuya calificación como normas o actos es discutida en doctrina). Un distinguido autor ha llegado a sistematizar esas leyes providencias o actos leyes con muy diverso nombre y régimen, desde el punto de vista de su función: contrato ley, ley oferta, ley promesa, ley incentivo, ley indemnización, ley concesión, etc.⁽⁶⁹⁾ Se trata generalmente de leyes que producen situaciones de ventaja, tratando de estimular (fomento legislativo) o de producir igualdad real (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 o socialmente. Su gran peligro es doble: en primer término, la violación de la igualdad ante la ley mediante la formación de castas de privilegiados, oficiales o institucionalizadas; en segundo término, su rango de ley, que hace inimpugnables tales actos en la vía contencioso-administrativa (artículos 49 C. Política y 1 de la Ley 3666 de 16 de marzo de 1966), dado que en la misma sólo son atacables los actos inferiores a la ley (por no ser jurisdicción de constitucionalidad). Pese a su evidente peligro es un hecho que la Asamblea, alarmada ante la pérdida real de poder antes descrito y aprovechando la parálisis o inacción del Poder Ejecutivo en algunos sectores o en relación con problemas de la comunidad, cuantiosos pero perfectamente concretos y confinados, ha empezado a suplantar a la Administración, con las ventajas y peligros de conferirles rango formal de ley a su obrar realmente administrativo.⁽⁷⁰⁾ La Asamblea declinante y celosa de poder, quiere dejar de legislar para empezar a gobernar.

c. El desarrollo tecnológico y económico, fuente de especialización.

Finalmente, un último factor en este progresivo derrumbamiento de las relaciones clásicas entre ambos Poderes políticos, en

(69) Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia e di Diritto dell'Energia, Regime Costituzionale delle Legge d'Incentivazione e d'indirizzo*, págs. 133 a 145, todas de una extraordinaria lucidez en materia casi virgen, la de las leyes concretas o actos leyes de la Asamblea.

(70) Predieri, *op. cit.* págs. 276 y sgts. Un caso patético nos lo deparó el subdesarrollo económico de la Prov. de Limón, propicio al desorden público. El Poder Ejecutivo traspassa a su ente

virtud del cual el Ejecutivo adquiere la preeminencia rectora en la vida pública y, simultáneamente, tiende a lograr una igualdad legal frente a la Asamblea dentro de la Constitución, es la aparición de múltiples entes y organismos nuevos en el ámbito administrativo, con personalidad propia o independencia funcional. Las exigencias técnicas o económicas de ciertos tipos de interés público, así como la fuerza de los grupos de presión, termina por crear nuevos entes encargados principalmente de lidiar con esos sectores, a nivel técnico y político a la vez. La especialidad y la inestabilidad de la materia regulable, su relación con conocimientos muy calificados, o con grupos y fuerzas políticos y económicos que exigen un régimen propio, son todos factores que aconsejan encomendar la gestión y regulación administrativa a centros independientes con autonomía normativa.

Esto implica una potestad reglamentaria, sin la cual la configuración del sector encomendado resulta imposible o excesivamente lenta e ineficaz.

v. Conclusiones del aparte B)

Para entender la potestad reglamentaria en Costa Rica y, sobre todo, para poder detectar sus defectos y valorar sus perspectivas, es necesario tomar conciencia de los siguientes hechos:

a) El carácter decisivo del reglamento sigue siendo su naturaleza secundaria y subordinada a la ley: secundaria en cuanto no puede intervenir sobre una determinada materia sin previa habilitación

autónomo, JAPDEVA (de competencia regional para el desarrollo de la Provincia de Limón), la administración del muelle del Puerto de Limón, lo que origina cesantía de muchos de los trabajadores del antiguo concesionario de esa administración, la Cía. extranjera Northern Railway Co. Los cesantes hacen huelga, que es declarada ilegal por los tribunales de trabajo, por entenderse que el trabajador que quisiera continuar con el nuevo patrono podría hacerlo y que la cesantía, en consecuencia, sería voluntaria. En ese estado el asunto, los huelguistas promueven graves desórdenes contra la ex-concesionaria dicha. La Asamblea Legislativa interviene —con su Presidente haciendo las veces de árbitro y componedor de la disputa— para operar por ley el traspaso de la administración portuaria de Limón y reconocer simultáneamente derecho de cesantía al trabajador que quisiera acogerse al mismo, con obvia derogación para el caso concreto no sólo de las normas laborales comunes que no ofrecen ese derecho cuando hay renuncia voluntaria del asalariado, sino también de la norma constitucional que garantiza la independencia del Poder Judicial y prohíbe resolver por vía legislativa asuntos pendientes ante los tribunales, sobre todo contra lo ya decidido por éstos (en primera instancia). La misión activista que asumió la Asamblea agudizada en el caso por la pugna política de la mayoría parlamentaria con el Presidente de la República de entonces y su partido— es un buen ejemplo del grado de flexión de la ley ante los problemas nuevos de nuestra sociedad en rápida evolución económica y social, así como del papel de gobernante frecuentemente asumido por la Asamblea.

legislativa; y subordinada en cuanto el reglamento es medio de desarrollo e integración— si no de interpretación y ejecución— de la ley, al punto de que ésta sigue siendo el verdadero patrón de medida para valorar la legitimidad (por conformidad) o la ilegitimidad (por discrepancia o excesiva independencia) del reglamento;

b) La subordinación del reglamento a la ley expresa un estado crítico de tensión en el régimen jerárquico de relación entre los dos respectivos Poderes (Ejecutivo y Legislativo) tal y como formalmente se da todavía en muchas Constituciones (y concretamente en la de Costa Rica) y en la distribución actual (incluso en Costa Rica) del poder de dirección política y de regulación de la sociedad, distribución en la que hoy es indudable el predominio neto del Poder Ejecutivo sobre la Asamblea;

c) El Poder Ejecutivo interviene cada vez más activamente en la conformación de la sociedad y ello sólo es posible ampliando el radio de acción de sus actos y convirtiéndolos en generales, con tendencia a incorporar a cada competencia para realizar actos concretos una potestad larvada para reglamentarla o para perseguir, mediante el reglamento, los fines públicos encomendados;

d) La complejidad técnica de las materias a regular, el carácter inestable de las soluciones para los problemas y la continua aparición de éstos, la existencia de grupos de interés cada vez más numerosos y la necesidad de garantizar imparcialidad y objetividad ante todos, provocan el nacimiento de múltiples entidades y organismos administrativos especializados, legal o actualmente investidos de una potestad reglamentaria igualmente especializada;

e) La tendencia centrífuga y atomista en relación con la potestad reglamentaria es un efecto inevitable del pluralismo político y social de nuestra comunidad de hoy, que se intensificará con el desarrollo y crecimiento de la misma;

f) La Asamblea ha empezado por delegar cada vez más poderes normativos en el Poder Ejecutivo, sea mediante delegaciones propiamente tales (en los sistemas que las permiten); sea mediante la técnica de condicionar su vigencia al reglamento futuro; sea imponiendo la necesidad de este reglamento, al limitarse a dar direc-

tivas y no reglas inmediatamente aplicables, o al emplear conceptos demasiado indeterminados en su redacción, que exigen reglamentación posterior para limitar la consecuente amplitud de la discrecionalidad administrativa, que aparece como un peligro tanto para la buena administración como para el ciudadano;

g) La Asamblea intenta hoy competir con el Poder Ejecutivo en la solución rápida, continua y casuística de los problemas sociales, todavía sin abandono radical de su función normativa, pero con clara tendencia hacia el mismo en favor del Poder Ejecutivo;

h) Este proceso debe reflejarse y regularse en las Constituciones, para institucionalizarlo, limitarlo y controlarlo, tanto en beneficio del poder de la Administración cuanto en protección de la seguridad jurídica y de los derechos humanos.

C) La Potestad Reglamentaria en Costa Rica

1. Los tres clásicos Supremos Poderes se reparten el ejercicio de la función pública en Costa Rica, a la par de otro importante órgano constitucional, creado con el nombre de Tribunal Supremo de Elecciones.⁽⁷¹⁾

La Constitución se refiere en forma expresa únicamente a la potestad reglamentaria de la Asamblea para darse el reglamento de su régimen interior, “el cual, una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros” (artículo 121 inciso 22); y a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, el cual podrá “expedir los reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes” (artículo 140 inciso 18), lo cual le corresponde también por virtud del inciso 3 *ibidem*, que le atribuye la potestad de “regla-

(71) Su figura no es la clásica de un Poder desde el punto de vista de la función que desempeña, aunque goce de algunas de las prerrogativas de los otros tres (independencia en el desempeño de su función (artículo 99 Constitución Política) y equiparación de sus Magistrados a los miembros de los otros Supremos Poderes en cuanto a prerrogativas e inmunidades (Artículo 101). Concentra en sí funciones varias por naturaleza material, como la de interpretar auténticamente las leyes electorales (artículo 102 inciso 3) y la de organizar, dirigir y vigilar, en forma exclusiva, los actos relativos al sufragio, lo que comprende tanto funciones normativas como administrativas en sentido estricto, (artículo 99), funciones que no es del caso analizar aquí. Sus resoluciones carecen de recurso (artículo 103) y la responsabilidad de sus Magistrados por las mismas es igual a la que corresponde a un juez por las suyas, la de pena por prevaricato.

mentarlas" (las leyes, a secas y sin ulterior indicación de finalidad ni de ninguna otra especie).

El artículo 140 inciso 18, parte primera, confiere también al Poder Ejecutivo (y con lenguaje casi igual al utilizado para el mismo efecto en relación con la Asamblea), la potestad de "dar el reglamento que convenga para el régimen interior de sus Despachos".

La Constitución no contiene ninguna otra referencia expresa a la potestad reglamentaria.

2. La potestad reglamentaria de los Supremos Poderes, distintos del Poder Ejecutivo.

a) La Asamblea.

Cabe comentar, en primer término, la naturaleza de la potestad reglamentaria expresamente atribuida a la Asamblea por el inciso 22 del artículo 121. ¿Qué naturaleza y régimen tiene tal reglamento?

Mucho se discutió en doctrina la naturaleza, régimen y valor del reglamento de la Asamblea, para su procedimiento legislativo (creador de leyes) y para su organización y funcionamiento interiores. Es unánime la admisión de su importancia, dada la materia; pero la doctrina se divide entre quienes sostienen —y quienes niegan— ser igual la naturaleza del reglamento legislativo que gobierna el procedimiento de formación de las leyes y la de los otros reglamentos de la Asamblea; entre quienes sostienen que se trata de un reglamento interno (propio de un ordenamiento especial de la misma índole creado por la Asamblea en uso de un poder de supremacía especial) y quienes sostienen que se trata de un acto de autonomía normativa, creador de normas válidas para el Estado, incluso si no hay vía apta para atacarlas (generalmente no es posible el recurso de inconstitucionalidad contra las mismas, por ser atípicas), ni tampoco vía apta para reclamar su violación.⁽⁷²⁾

Nuestro concepto es que su régimen ideal debe ser el de normas externas, de rango superior al de la ley misma (por su carácter de instrumentos normativos de interpretación y complementación

(72) Franco Bassi, *La Norma Interna*, págs. 168 a 169; Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, pág. 135; Sergio Galeotti, *Contributo alla Teoria del Procedimiento Legislativo*, op cit. pág. 59.

del texto constitucional sobre el procedimiento de formación de las leyes, a modo de reglamentos ejecutivos del mismo) cuyo fundamento expreso en la Constitución es base suficiente para configurar un tipo de autonomía normativa a favor de la Asamblea. Consideramos, ello no obstante, que el rango superlegislativo pertenece únicamente a su parte directamente ejecutiva de la Constitución y relacionada con la creación de leyes; el resto de los reglamentos legislativos debe reputarse como constitutivo de un ordenamiento administrativo y sujeto a la ley actual o potencial de la Asamblea sobre la misma materia, con exclusión de cualquier otro reglamento administrativo.

Debería existir acceso a la jurisdicción constitucional para atacar la validez del reglamento que regule el procedimiento legislativo contra el mandato constitucional; y debería haber acceso a la jurisdicción contenciosa, por violación de ley (cuando la haya) en relación con los demás (lo que es posible sobre todo en materia de personal y de proveeduría, por conflicto con el Código Laboral o la Ley Hacendaria —de Administración Financiera— sobre igual campo). Su violación debería originar nulidad de la ley respectiva.

Nuestra Constitución ha regulado bien diferentemente la materia.

Según el artículo 124 la aprobación del reglamento de la Asamblea se hará en un sólo debate y el mismo no tendrá carácter de ley, por decirlo así expresamente la citada norma.

¿Se tratará de un reglamento administrativo común?

Creemos también que la respuesta tiene que ser matizada: el reglamento del procedimiento legislativo nunca podrá serlo, aún si no es ley, por su propio objeto; luego no podrá ser tratado ni como una ni como otra cosa. Igual cabrá decir del reglamento legislativo, aún sobre diversa materia, que sea ejecución directa de la Constitución.

Es claro que la violación de tal reglamento por la ley ordinaria no invalidará ésta ni tendrá efecto alguno reclamable jurisdiccionalmente, pues, en efecto, no podrá hacerse valer en la jurisdicción de constitucionalidad por no haber violación constitucional, ni tampoco en la contenciosa por ser ley y no acto administrativo la causa de la violación. Es evidente, por otra parte, que sólo la ley puede violar este tipo de reglamento.

Esto reduce a nada su valor y permite sentar la conclusión de que, aún si es norma superior al acto y al reglamento administrativo, carece de todo valor o lo mantiene hasta el momento en que sea violado, lo que prácticamente equivale a una derogación singular del mismo.

La única vía abierta para hacerlo valer como norma supralegislativa, que es su verdadera naturaleza, es considerarlo incorporado a la Constitución y objeto de tutela en la vía de constitucionalidad. La probabilidad de que nuestros tribunales acepten tal planteo parece más que remota, por la intromisión que el juicio y el recurso respectivo implican en la autonomía constitucional de la Asamblea.

El reglamento legislativo sobre el régimen interior de los despachos de la Asamblea, en todo lo demás y siempre que no se trate de ejecución directa de un mandato constitucional, será administrativo y estará en todo sometido al régimen de tal. En su esfera será exclusivo, y nulo por absoluta incompetencia cualquier otra disposición administrativa, normativa o no, que lo viole. Creemos por igual razón que será absolutamente nulo el reglamento legislativo que infrinja el de la misma Asamblea concerniente al trámite legislativo. En la categoría de meros reglamentos administrativos, sujetos a la ley, estarán todos los reglamentos de personal, de proveeduría o de otros servicios exteriores, de tipo administrativo, como el de biblioteca. Si, en cambio, se regula una actividad privada y mercantil, como la de soda, mercantil y no administrativa será la naturaleza de la regla, que podrá reputarse como acto de comercio para todo efecto.

La jurisdicción contenciosa contra los reglamentos administrativos comunes de la Asamblea, así como contra todo acto de la misma sujeto a la ley, está garantizada no sólo por la redacción amplia del artículo 49 C. Política (que habla de acción contra el Estado, sin especificar Poderes) sino, sobre todo, por el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción respectiva, inciso 4 del mismo, que así lo dispone en cuanto los otros Poderes realicen excepcionalmente función administrativa.

En cuanto a la función de reglamentar las leyes, para su pronta aplicación, función de alcance externo, no encontramos razón para negarla a la Asamblea, en lo que toca a su esfera propia de

acción, que de otro modo se vería limitada por el Poder Ejecutivo, con lesión de la independencia e igualdad constitucionales que le competen frente al mismo (artículo 9 ibídem). Así, el reglamento de las leyes en lo que toca al manejo de personal, de proveeduría, de sus contratos con técnicos y asesores, corresponde en primer término a la Asamblea y, supletoriamente y sólo si no hay reglamento legislativo, al Poder Ejecutivo.

Por la forma algo estrecha en que nuestra Corte Suprema concibe la autonomía normativa de los entes menores, creemos que esta tesis difícilmente encontrará respaldo en nuestra jurisprudencia futura (dado que no la hay directamente sobre el extremo), pese a que, en su práctica diaria, el Poder Judicial sí la acoge, dictando el reglamento ejecutivo de las leyes aplicables a su régimen propio.

En los hechos, la Asamblea ha dictado únicamente un reglamento, comprensivo de todos los aspectos internos de su organización y funcionamiento (procedimiento legislativo, distribución interior de competencias, relaciones de personal y de proveeduría). El dicho reglamento se ajusta a las leyes de la materia, como si fuera ejecutivo de las mismas, cuando esas leyes existen (Código de Trabajo).

La potestad de reglamentación delegada o autorizada no es concebible, por su propia naturaleza, bajo la titularidad de la Asamblea.

Es indudable que el artículo 121 inciso 22 configura una autonomía normativa externa y que los reglamentos administrativos de la Asamblea pueden ser objeto y motivo de una acción contenciosa, en su favor o en su contra, cuando no se refieren al procedimiento legislativo.

b) El Poder Judicial.

La Constitución no contempla expresamente ninguna potestad reglamentaria en su favor. Ello no obstante tiene la misma que la Asamblea (para el régimen interior de sus despachos y para la ejecución de las leyes que lo atañen) por triple razón:

i) Por analogía con el artículo 121 inciso 22 y 140 incisos 18 y 3, dado que, en cuanto Supremo Poder con necesidades propias de organización (personal, proveeduría, asesoría externa, servicios

públicos de extensión, como bibliotecas, archivos, índices de jurisprudencia, prestaciones de carácter médico forense y, en general, relaciones y funciones auxiliares de la justicia y dependientes de ésta, como los defensores de oficio), su situación es igual o muy similar a la de los otros Supremos Poderes y requiere tener a su disposición medios y potestades también iguales que le permitan dar satisfacción cumplida a aquéllas, con rapidez y eficiencia.

Sale de la potestad reglamentaria del Poder Judicial todo aquello que, aunque concerniente a su funcionamiento propio, la Constitución haya sustraído a su ámbito de reglamentación (como la organización de tribunales y de procedimientos, artículo 121 inciso 20 y, sobre todo, artículos 152, 153 y 154).

ii) Por mandato implícito pero inequívoco del artículo 9 de la Constitución, que, al imponer la igualdad e independencia recíproca de los Supremos Poderes, necesariamente confirió a cada uno iguales medios para suplir a sus necesidades de organización y funcionamiento, cuando menos en lo indispensable. Y es evidente que la potestad reglamentaria lo es para ese fin en relación con cada organización empresarial o administrativa, según todo lo expuesto en las secciones anteriores de esta ponencia.

iii) Por mandato implícito, pero también claro, del artículo 156 C. Política. Dicha norma constitucional otorga a la Corte Suprema el carácter de jerarca del Poder Judicial, de quien dependen todos los demás tribunales y órganos auxiliares de este último, con lo que la faculta para dictar las normas necesarias al mantenimiento de esa autoridad propia y de esa dependencia ajena, normas que son justamente los reglamentos internos y externos de la organización y funcionamiento del Poder como tal, incluso los dictados en ejecución de la Ley Orgánica correspondiente.

Desde este punto de vista consideramos legítimos los reglamentos del Poder Ejecutivo, en ejecución de leyes concernientes a los Supremos Poderes, únicamente en ausencia de los que éstos hayan emitido al respecto, dentro de los límites que marca la Constitución; caso de conflicto, deben prevalecer los de cada Poder sobre los del Ejecutivo para la respectiva esfera propia de competencia.

La tesis aquí sustentada coincide con la que, de hecho, ha puesto en práctica la Corte Suprema de Justicia. Esta, en efecto,

ha dictado reglamentos ejecutivos de leyes que le conciernen, sin parar grandes mientes en problemas de constitucionalidad (reglamentos ejecutivos de la ley sobre becas de estudio a los servidores públicos, N° 1810 de 15 de octubre de 1944, y de la ley sobre defensores de oficio (cuerpo de letrados cuya función es la defensa y protección judicial de sujetos incapaces, ya sea mental o económicamente, N° 3666 de 10 de enero de 1966).

Consideramos perfectamente constitucional y correcta esa reglamentación.

c) El Tribunal Supremo de Elecciones.

El Tribunal es, en Costa Rica, un cuarto Poder, que no se llama tal. Como antes se apuntó, su figura es sui generis, pero claramente definida. Su nota fundamental no es su independencia funcional y orgánica totales, sino, sobre todo, el carácter exclusivo de su competencia sobre la materia electoral, que le da título para ejercer muy dispares y variadas funciones, a condición de que se mantengan dentro de ese ámbito. Se trata de una típica reserva (no de ley, sino de Tribunal) sobre el campo material delimitado por la actividad electoral en Costa Rica, en todas sus implicaciones, excepto la legislativa. Y aún en este último aspecto se hizo ver ya que tiene potestad legislativa exclusiva para interpretar en forma auténtica las leyes electorales.

Es muy fundado sostener que el Tribunal posee la plenitud de la potestad reglamentaria constitucionalmente posible en Costa Rica sobre su materia, tanto interna como externa, tanto ejecutiva de la ley de su función como de la ley de su organización.

Todo reglamento del Poder Ejecutivo en el campo sería absolutamente nulo por total incompetencia constitucional. Esto puede verse con más asidero gramatical y constitucional, si se piensa que el Poder que puede interpretar auténticamente la ley (con fuerza de ley) puede también reglamentarla (con fuerza de acto administrativo).

3. La Potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

i) La potestad de reglamentación ejecutiva e independiente.

El Poder Ejecutivo tiene consagradas a su favor dos tipos de potestades reglamentarias, la de ejecución de las leyes y la de su régimen interior, en los incisos 3 y 18 del artículo 121.

Podemos reiterar aquí la idea de que ambas potestades son especies de un solo género, la potestad reglamentaria de tipo ejecutivo. Como antes se dijo la potestad de reglamentación independiente o autónoma tiene siempre como base una ley de competencia, cuyos poderes y deberes exigen normalmente un ulterior desarrollo para su cabal ejercicio. Lo decisivo para determinar la legitimidad del reglamento llamado "autónomo" o "independiente" es su estricta relación de medio con el fin de la ley que crea la competencia administrativa objeto de reglamentación. Habrá una relación de conformidad entre esa ley y el reglamento independiente o autónomo siempre que no haya contradicción y que las disposiciones del reglamento sean conducentes para el cumplimiento del fin de la ley. No es exigible al efecto que pueda encontrarse una relación de implicación lógica, gramatical o sistemática, entre la ley y el reglamento independiente. La función de interpretar es una de las del reglamento ejecutivo en su más estricto y limitado sentido y no hay razón alguna para extenderla a todos los tipos posibles de reglamentación, los cuales pueden suponer —y suponen— una mayor libertad de la Administración para prescribir por su cuenta lo que estime útil al cumplimiento de la ley, sin necesidad de un texto que le dé base gramatical. En el caso del reglamento independiente la ley se ejecuta, no porque medie una implicación lógica entre el texto de ambas normas, sino porque existe una relación teleológica entre los medios jurídicos arbitrados por ambas. Las potestades y los deberes que entran en la competencia creada por ley son los medios que ésta arbitra en orden al fin perseguido; los que crea el reglamento han de hallarse en igual relación, de medio a fin, con los primeros, en forma tal que sirvan el fin dentro —y no fuera— del marco de posibilidades que ofrece la ley. Pues así como habíamos dicho que en Derecho administrativo el fin no justifica todas las potestades necesarias para su cumplimiento, si no hay una norma que les dé base, así podemos agregar ahora, con perfecta coherencia, que sí la hay, porque existe una ley que autorice esa potestad, el reglamento puede hacer lo demás, siempre que sus disposiciones sean razonablemente conducentes para el fin que perseguen las potestades de origen legal. Es por eso que insistimos en la idea de que el reglamento independiente o autónomo es, en realidad, una especie del reglamento ejecutivo, dado que, en último término, se limita a desarrollar la ley que crea la competencia objeto de reglamentación, en cuanto dispone lo necesario para que ésta pueda

ejercerse con plena satisfacción de sus fines propios. Se trata, concretamente, del reglamento ejecutivo complementario, que desarrolla el texto mediante disposiciones *praeter legem*, y no del reglamento ejecutivo de mera interpretación, que se limita a crear disposiciones *secundum legem*.

Lo dicho explica que en la potestad reglamentaria de tipo complementario puedan entrar todas las disposiciones (internas y externas) que suelen llamarse reglamentos autónomos de organización o de servicio, pues aún si no tienen vinculación directa, lógica o gramatical, con las competencias externas del ente, representan en todo caso un medio razonable y conducente para el cumplimiento de los fines y para el eficaz ejercicio de dichas competencias.

Desde el ángulo planteado resulta ilegítimo únicamente el reglamento que atribuya competencias, cree órganos o establezca relaciones sin fundamento legal alguno, ni aún siquiera en una ley previa que cree la competencia cuyo ejercicio adecuado exija esa reglamentación.

Puede decirse, en síntesis, que la potestad de reglamentación ejecutiva de la ley incluye la de las competencias, organización y servicios creados por esta última y que, en el fondo, la potestad de reglamentación a que se refiere el inciso 18 del artículo 121 Constitución Política, en cuanto habla del régimen interior del Poder Ejecutivo, es la misma que autorizan ese inciso y el 3 de la misma norma, para lograr una pronta y exacta aplicación de las leyes.

ii. La potestad de dictar reglamentos delegados.

La potestad de dictar reglamentos delegados es, como se dijo, la fundada en una expresa autorización de ley para dictarla, sobre materia reservada a la ley o no regulada directamente por ésta. El requisito esencial para dictarla, que condiciona la validez del reglamento delegado, pues caso opuesto se podría considerar como no autorizado y darse una delegación ilegítima de funciones, es la fijación simultánea de directrices y de límites para la futura reglamentación. Esto es así de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia dominantes que encuentran compatible una potestad reglamentaria en esas condiciones con el principio de legalidad sustancial, con la división de poderes y, en general, con todos los principios del Estado de Derecho.

En Costa Rica, sin embargo, creemos que la autorización de reglamentos delegados es constitucionalmente dudosa. Podría interpretarse, en efecto, como una delegación de funciones constitucionalmente prohibida por el artículo 9 Constitución Política.

Dispone este:

“Artículo 9. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”.

La delegación es el acto en virtud del cual un órgano o ente hace posible que otro ejerza competencias iguales a las suyas propias en términos que los actos de ambos tengan el mismo valor.⁽⁷³⁾

Mucho se ha discutido si se trata de una autorización, que remueve el obstáculo para que el delegado ejerza una competencia que tiene a título propio; o si, a la inversa, es una concesión, que otorga al delegado una potestad que no tenía o el ejercicio de la misma, cuya titularidad continúa perteneciendo al delegante.

Sea cual fuere la tesis al respecto, es lo cierto que nuestra Constitución prohíbe la delegación y tanto da para el caso que sea autorización o concesión. Estimamos que cuando se autoriza el reglamento delegado en forma válida, sujeto a directrices y dentro de límites suficientemente claros y determinados, como para servir de criterio de confrontación del reglamento con la ley, a efecto de establecer si aquel es legítimo o no, el legislador respeta la reserva constitucional a su favor, porque regula la materia en grado aceptable al imponer límites infranqueables (el mínimo y máximo de la pena, por ejemplo), y no se desentiende de la necesaria regulación ulterior, sino que la dirige dándole bases y finalidades. La ley cumple su cometido y extiende su mandato a través del reglamento delegado conforme a ella.

Pero otra interpretación diversa es posible, atendiendo al hecho de que la relación entre ley y reglamento delegado es la misma, aún si se cumple con ese requisito adicional, que la que corre entre ley delegante y ley delegada, en los países que la admiten. En otras palabras: en estos se entiende que la ley delegante tiene que

(73) Fernando Garrido Falla, *La Descentralización Administrativa*, págs. 21 y 22. “La delegación consiste, fundamentalmente, en un procedimiento mediante el cual un órgano confiere a otro, supuesta naturalmente la permisión del ordenamiento jurídico, la facultad de ejercer parte de sus funciones, con lo que el órgano delegado realiza una función cuya titularidad no posee: la titularidad permanece en el delegante, el ejercicio, en cambio, se traspa al delegado.”

contener límites y directrices para ser constitucional, pues caso supuesto se estaría abandonando la función legislativa y no meramente delegándola.⁽⁷⁴⁾ Luego, aunque haya límites y directrices, hay delegación, no mera autorización de potestad reglamentaria más allá de sus límites normales de competencia. Podría incluso decirse que si hay delegación es porque hay límites y directrices, pues caso supuesto habría abandono y no delegación. Esto indica que en doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado la relación entre una norma que limita y dirige y otra que regula de conformidad, se entiende como una delegación de la primera en la segunda de la potestad de regulación.

Puede decirse, según este enfoque, que cuando la Asamblea autoriza al Poder Ejecutivo o a cualquier otro ente de la Administración Pública a regular una materia reservada a ella, dentro de límites y con directrices, está delegando función legislativa.

La función legislativa, desde este punto de vista, presenta dos aspectos delegables, a saber: la regulación primaria e incondicionada de una materia, todavía no regulada por ninguna norma; y la fuerza de ley.

Entiéndese por fuerza de ley la posición de ésta dentro del ordenamiento en razón del órgano, del procedimiento y de la potestad empleados para dictarla. Estos factores determinan que la ley guarde una cierta jerarquía primaria frente a todos los demás actos del Estado, excepto la Constitución (hoy en día también los tratados, por reforma del artículo 7 de la Constitución Política).

Consiste tal fuerza en que colocada frente a cualesquiera otros actos del ordenamiento con las excepciones dichas, la ley siempre presenta las siguientes características:

- i. Sólo puede ser derogada o reformada por otra ley o fuente superior;
- ii. Puede condicionar la validez, o derogar y reformar cualquier otra norma de cualquier otro Poder.

De este modo, toda norma que no sea legislativa (o igual a ésta por disposición de principio o constitucional), tendrá que

(74) Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, págs. 429, 421 y 422.
Hermon Pritchett, *La Constitución Americana*, págs. 236, 237 y 238.

estar supeditada a la ley en forma sustancial y carecerá de la fuerza de ésta.

Cuando la potestad legislativa se delega, normalmente se delega entera, incluyendo la fuerza de ley de los actos que se dictarán en ejercicio de la delegación. Pero cuando ello no ocurre, puede haber delegación —dentro del enfoque estricto que comentamos— si la Asamblea autoriza a otro Poder o entidad para regular en su lugar, aunque a través de reglamentos sin fuerza de ley, una materia que ella no regula en forma directa. Es justamente la interpretación que da al caso de los reglamentos delegados parte importante de la jurisprudencia y de la doctrina del Derecho comparado.⁽⁷⁵⁾

Es evidente, en efecto, la distinción que hay entre un reglamento delegado y la delegación de potestad legislativa. En esta última el acto dictado por el Poder Ejecutivo, es ley con fuerza igual a la propia de la ley ordinaria (de la Asamblea). En el caso del reglamento delegado la doctrina es unánime en aceptar que el mismo es un reglamento, sin fuerza de ley, que puede ser derogado y reformado por otros reglamentos del mismo autor, sin límite alguno.⁽⁷⁶⁾ Pero pese a ello, se estima el caso como una forma de delegación legislativa, en cuanto la relación entre ambas normas—ley de delegación y reglamento delegado a través de límites y directrices— se reputa tan vaga e imprecisa que equivale a la autorización en favor del Poder Ejecutivo para que éste dicte normas primarias por su contenido, dada la inexistencia de una verdadera disciplina legal anterior sobre la materia.

Es cierto, por otra parte, que aunque el reglamento delegado carece de la fuerza de ley, no es menos obligatorio que ésta en las relaciones que rige y que, además, implica una ampliación permanente de competencia en favor de la Administración, dado que habilita a ésta para regular indefinidamente la materia en el futuro, a la inversa de lo que normalmente ocurre con la delegación legislativa propiamente tal o en sentido estricto, que se contrae a la autorización para que el Poder Ejecutivo regule una sola vez materia excepcionalmente difícil, pero de transitoria existencia.

(75) Carlassare, op. cit. pág. 221, Fernando Garrido Falla, Tratado, op. cit. pág. 272; Enrique Sayagues Laso, op. cit. pág. 128.

(76) Guido Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, Tomo I, pág. 80; Agustín Gordillo, Introducción al Estudio del Derecho Administrativo,

En síntesis: la autorización de potestad reglamentaria, para que el reglamento disponga el régimen de una materia reservada a la ley, dentro de los límites y directrices que ésta imponga, podría ser equiparable a una delegación de potestad legislativa, por la laxitud de la vinculación a que resulta sujeta la Administración, como si se tratara de autorizar reglamentación inicial y sin límites sustanciales. Sería posible arguir, con probabilidades de acierto, el que la ley que lo autorizara sería inconstitucional por violación del artículo 9 de la Constitución. El argumento de que la autorización legislativa sería para dictar reglamentos y no verdaderas leyes, podría ser replicado afirmando que fuera de transmitir la potestad de regular una materia en forma inicial e incondicionada, la Asamblea estaría permitiendo sin base una intromisión en su campo, más grave que la delegación legislativa ordinaria, dado que la potestad de dictar reglamentos delegados es frecuente y permanente, en tanto que la delegación común es normalmente transitoria y excepcional. Este enfoque es, diríamos y lo anticipamos, excesivamente estricto y legalista.

Comprendemos plenamente el alcance de los anteriores argumentos y su eventual fuerza contra cualquier autorización de potestad reglamentaria en materia reservada a la Constitución. Pero no los compartimos.

Si las directrices son claras y hay límites precisos, es innegable que hay una regulación legal de la materia, aunque aplicable únicamente a través del reglamento autorizado. Si, a la inversa, las directivas son vagas, imprecisas o insuficientes, no habrá directivas. Y aunque es cierto que el fenómeno consiste más en una ampliación de la potestad reglamentaria a materia reservada, que en la autorización para un único reglamento sobre ese campo, basta con que el cuadro de directivas ofrecidas por la ley que autoriza sea suficientemente determinado y claro para tener por infundado cualquier temor a un abuso del Poder Ejecutivo, o a una imposibilidad de contralor jurisdiccional sobre el mismo. Si hay directivas claras y precisas el Juez admitirá la validez del reglamento; si no las hay o si son insuficientes lo anulará.

Concluimos advirtiendo, sin embargo, que la potestad reglamentaria autorizada o delegada es posible en Costa Rica, pero que el artículo 9 de la Constitución implica una valla que puede fácilmente expelerlo de nuestro ordenamiento si se adopta una inter-

pretación excesivamente estricta del mismo, en beneficio de la Asamblea y de las reservas de ley consagradas a su favor.

iii. Conclusiones.

a) En Costa Rica los tres Supremos Poderes y el Tribunal Supremo de Elecciones tienen potestad constitucional para reglamentar su régimen interior y su funcionamiento externo, en lo que es propiamente administrativo, dentro del marco de la Constitución.

b) En Costa Rica los tres Supremos Poderes y el Tribunal Supremo de Elecciones tienen potestad reglamentaria de las leyes aplicables a ellos en lo que concierne estrictamente a su régimen interior y relaciones de índole administrativa; y el Poder Ejecutivo tiene, además, potestad reglamentaria de todas las demás leyes del país.

c) En Costa Rica la potestad de dictar reglamentos sobre materias reservadas a la ley o sobre materia no regulada por ley, dentro de límites y directivas fijados por la Asamblea, es ignorada por la Constitución, y parece estar implícitamente prohibida por el artículo 9 de la misma, que prohíbe la delegación de funciones por los Supremos Poderes;

d) En Costa Rica no está regulada la posibilidad de descentralizar por ley la potestad de reglamentación, sea en favor de órganos del Estado que no son el Poder Ejecutivo, sea en favor de otros entes de la Administración Pública.

5. La potestad reglamentaria de los entes autónomos.

No hay norma constitucional alguna que expresamente se refiera a la potestad reglamentaria de los entes autónomos. Es indudable, sin embargo, que alguna han de tener, pues principio general de Derecho es que el jerarca de cada servicio tiene, al menos, la facultad de auto-organizarse, dentro del límite de las leyes. Si éstas, además, le confieren expresamente esa facultad, resulta evidente que no se trata de un caso de ordenamiento interno, fundado en un poder de supremacía especial, sino de un ordenamiento externo y válido ante el Estado, nacido de una autonomía normativa

debidamente reconocida.⁽⁷⁷⁾ Es éste, el caso de la mayoría de nuestros entes autónomos cuyas leyes orgánicas expresamente reconocen a la entidad la potestad reglamentaria indispensable para organizarse y prestar adecuadamente sus servicios.⁽⁷⁸⁾

El artículo 4 de la ley N° 3065 de 19 de noviembre de 1962 expresamente reconoce el alcance externo y válido ante el Estado de dichos reglamentos descentralizados, en lo que toca a la esfera de competencia de cada ente público, cuando dice:

“Los reglamentos de orden general —no interno— y sus reformas, que emitan en uso de sus atribuciones las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas del Estado, deberán ser publicados en el Diario Oficial para que puedan surtir efectos”.

La potestad reglamentaria de las competencias propias es natural en el ente y lo autoriza para regular su organización y servicios, como parte de su potestad de gobierno;⁽⁷⁹⁾ cuando, como en nuestro ordenamiento, hay un reconocimiento general a favor de la potestad de dictar reglamentos de alcance externo o “no interno”, es evidente que los mismos gozan de autonomía normativa.

El cambio de régimen constitucional de los entes autónomos o semiautónomos en Costa Rica no afecta la anterior conclusión, al menos sustancialmente.

El artículo 188 de la Constitución de 1949 decía:

“Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de Gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión”.

Por ley constitucional N° 4123 de 30 de mayo de 1968, el texto actual dice así:

“Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión”.

(77) Sayagues Laso, op. cit. Tomo I, pág. 245 y Tomo II, pág. 131; Guido Zanobini, op. cit. (Corso) Tomo I, pág. 5; Douence, op. cit. pág. 357; Riberto Coltelli, Enti e Statutinel Diritto Pubblico, pág. 193.

(78) La mejor doctrina es cada vez más consciente de que la potestad de organización; y la de reglamentación de servicios por mayoría de razón, es expresión importante de la potestad de gobierno. Véase la brillante monografía de Nigro, ya citada, págs. 118, 119, 131 y 153.

(79) Ley N° 13 de 28 de octubre de 1941, artículo 12; N° 1788 de 24 de agosto de 1954, artículo 25 inciso f; N° 2726 de 14 de abril de 1961, artículo 25 inciso j); N° 26 de 6 de noviembre de 1943, artículo 28 inciso g) N° 3065 de 19 de noviembre de 1962, artículo 4. Los ejemplos serían innumerables, pues todas las leyes orgánicas de los entes autónomos o semi-autónomos expresamente las autorizan para darse el régimen interior y el reglamento de sus servicios e incluso, como en el caso del SNA y JAPDEVA, para fijar las tarifas correspondientes, lo que ha hecho.

El cambio consiste en eliminar la garantía constitucional de la autonomía en materia de gobierno, propia de los entes autónomos, y sujetar esa autonomía a la ley ordinaria. Los entes continúan manteniendo autonomía de administración o, como dice el texto constitucional, gozando de "independencia administrativa".

El propósito de la reforma fue, como consta de sus actas y antecedentes, abrir la posibilidad a la Asamblea de permitir al Poder Ejecutivo un control y dirección mayores de los entes para asegurar la coordinación de sus programas con la planificación nacional. Se trata de un propósito centralizador, en beneficio de una posición de mayor fuerza del Poder Ejecutivo como órgano rector de la Administración. Es evidente, sin embargo, que toda la innovación fue degradar una reserva constitucional (en cuanto antes de la reforma se tenía por cierta la existencia de una esfera mínima de autonomía constitucional del ente en materia de gobierno, intangible aún para la Asamblea) a una reserva de ley. En el futuro será posible menoscabar sin límites la potestad de gobierno del ente, pero con base en una ley.

Pareciera discutible —por todo lo ya dicho— la constitucionalidad de una ley que delegara en el reglamento la regulación de la materia (potestad de gobierno del ente autónomo), aún si impusiera límites y directivas. Según el enfoque amplio o estricto de la reserva la ley, antes explicado, así sería la conclusión a favor o en contra del reglamento dictado en esas condiciones.

Pero se desprende claro, sea cual sea la solución que se dé al anterior problema, que hay en todo caso una garantía constitucional de la potestad de gobierno del ente autónomo, consistente en esa reserva de ley. Luego, en tanto no se dé una ley (o, en su caso, un reglamento delegado con base en una expresa autorización de la Asamblea) el Poder Ejecutivo no podrá interferir esa potestad de gobierno por vía reglamentaria. El ente autónomo, en uso de la misma, puede darse por reglamento su administración y gobierno propio, dentro del marco de la ley. El reglamento del Poder Ejecutivo que afectara esa esfera privativa sería inconstitucional, por lesivo de la autonomía del ente y de la reserva de ley consagrada a su favor. Ello no obstante cabe preguntar: ¿es así aún en relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes aplicables al ente autónomo, dictados por el Poder Ejecutivo? ¿Es tan plena como parece esa potestad de gobierno? La jurisprudencia al respecto es anterior

a la reforma del artículo 188. La misma ha sido consistente, a lo largo de los muy pocos casos decididos, en negar a los entes autónomos la potestad reglamentaria para la ejecución de sus leyes y de las leyes, distinguiéndola nominalmente y sin ulterior explicación de la que se funda en su potestad propia de gobierno y administración. Con ello, la jurisprudencia sujeta al ente autónomo a los reglamentos de ejecución de sus leyes dictados por el Poder Ejecutivo, sin colaboración ni asentimiento alguno de su parte.⁽⁸⁰⁾

La jurisprudencia ha sostenido que la potestad reglamentaria del ente autónomo en materia de gobierno y administración está estrictamente confinada a su especialidad orgánica, entendida como el tipo de especialización por la materia que le ha sido encomendada y que es su razón de ser, "Así por ejemplo, como quiera que la especialidad orgánica de los bancos es moneda y banca, sin violar su autonomía el Poder Legislativo no podría imponerlos una determinada tasa de interés en sus operaciones" (Considerando V, Casación 14:30 hrs. del 11 de setiembre de 1958). Y, a la inversa, "dado que la especialidad orgánica de aquella entidad (la Universidad de Costa Rica) refiérese tan sólo a aspectos culturales que específicamente señalan los artículos 86 y 89 de la Constitución Política, y que dentro de estos no podría comprenderse la materia referente a jubilaciones, forzoso es concluir, entonces, a tenor de la doctrina imperante en la materia y de los textos constitucionales que entre nosotros la prohijan, que en el caso sub-lite no pueden ser aplicadas las disposiciones reglamentarias mediante las cuales la demandada introdujo las modificaciones fundamentales a los términos en que

(80) Votación de Corte Plena, correspondiente a sesión extraordinaria de 15 horas del 13 de agosto de 1953, ya antes citada. Y Casación de 14:30 horas del 11 de setiembre de 1958, por virtud de la cual se impuso a un poderoso ente autónomo, como la Caja Costarricense de Seguro Social, la observancia de un reglamento del Poder Ejecutivo sobre tramitación de reglamentos internos de trabajo en materia laboral, pasando por encima del reglamento propio sobre la materia dictado por el ente. Sin embargo, en el caso el problema real fue otro, aún cuando accesorio e innecesariamente se diera pronunciamiento sobre esa potestad exclusiva del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes. Pues, en efecto, el verdadero centro de la cuestión y único que debió resolverse era el de si el reglamento de la entidad autónoma para la tramitación de un reglamento interno de trabajo podía desconocer las pocas formalidades previstas al respecto por el Código de Trabajo, ley de la República (formalidades como la aprobación final del Regto, en aquel entonces, por la Inspección de Trabajo). Es evidente que en el caso el reglamento de la Caja, era nulo, por violación de la ley, dado que nadie discute la superioridad de ésta sobre aquél. De eso a sentar la superioridad del reglamento del Poder Ejecutivo sobre el de la Caja en cuanto a la aplicación del Código de Trabajo a esta última hay un salto sin conexión lógica alguna, pues deja sin explicar por qué la Caja, que tiene potestad reglamentaria sobre sus seguros sociales (según lo acepta el mismo fallo) no la tiene para el manejo de sus relaciones de personal, indispensables para el buen funcionamiento de esos mismos seguros.

otorgara a sus servidores el beneficio de la jubilación".⁽⁸¹⁾ Se trata de fallos controvertibles, en nuestro concepto. En primer término, parece muy difícil y casi imposible deslindar la materia de organización y funcionamiento propios de la entidad, que normalmente entra en su potestad de gobierno y de administración, de aquella que corresponde a la reglamentación de la ley orgánica respectiva, toda la cual versa justamente sobre lo mismo. Y si —con la mejor y más nueva doctrina— hemos considerado ejecutivo para estos efectos el reglamento que es útil o necesario para el ejercicio de las competencias creadas por ley, a condición de que no la contradiga, es evidente que la potestad de reglamentación fundada en la del gobierno de la entidad es una y la misma con la de reglamentar su ley orgánica y demás conexas.

En segundo término, pareciera imposible e inconveniente en todo caso, reducir la potestad de gobierno al manejo de la especialización orgánica, con exclusión de las otras necesidades de indispensable satisfacción para un eficiente desempeño dentro de ese campo. Es evidente que la facultad de manejar el personal es una, si no la principal, entre esas necesidades; pero no es la única. Entra, además, en la potestad de gobierno y como parte de la organización del ente, todo lo concerniente al régimen patrimonial de la institución, la creación de oficinas y distribución de cometidos y potestades y todo lo relacionado con procedimientos, técnicas y modos de prestación del servicio.⁽⁸²⁾ Es clarísimo en doctrina que el ente puede crear por sí un reglamento de jubilaciones, lo mismo que el reglamento interno de trabajo, dentro del marco de la ley (de la asamblea).

En tercer lugar, pareciera no haber subordinación entre el reglamento de la institución sobre su organización y funcionamiento, y el del Poder Ejecutivo sobre igual materia. Pues así como la jurisprudencia citada encuentra que el único posible es el reglamento del Poder Ejecutivo, creemos que, a la inversa, el único posible es el de la entidad con exclusión de aquél. Si, en todo caso, se optara por la coexistencia de reglas, el reglamento de la institución tendría que ser reputado como superior.⁽⁸³⁾ Las razones han sido ampliamente expuestas en otro trabajo del suscrito⁽⁸⁴⁾ y pueden

resumirse en la preferencia de lo especial sobre lo particular dentro del ámbito normativo, relación que es la esencia y fundamento de existencia de toda autonomía normativa. Ello no perjudica la subordinación administrativa —no normativa— del ente al Poder Ejecutivo ni aún en los sistemas que tengan tutela administrativa desarrollada —como no es nuestro caso— pues en los mismos se da siempre la ley expresa que sirve de título a la preferencia inversa de aquél Poder en el campo administrativo de la entidad autónoma. Quede claro, en todo caso, que la tesis sustentada es rechazada por la jurisprudencia.

Pareciera, en síntesis, que la potestad de los entes menores en Costa Rica es la siguiente:

- a) Tienen potestad reglamentaria relativa a su organización y funcionamiento, como poder implícitamente conferido con la autonomía por el artículo 188 de la Constitución y expresamente reconocido por la ley;
- b) Parecen tener potestad reglamentaria exclusiva para la ejecución de su ley orgánica y de las demás aplicables a ella, también como poder implícito en la autonomía constitucional y en la libertad de gobierno que ésta les confiere, salvo ley que disponga lo contrario; pero esta conclusión es rechazada por la jurisprudencia que afirma ser totalmente distinta la autonomía normativa interna que indudablemente tienen de la potestad de reglamentación ejecutiva de su propia ley o de otras leyes;
- c) Nada dice la Constitución sobre su potestad reglamentaria delegada.

⁽⁸¹⁾ Casación de 14:45 de 10 de junio de 1958.

⁽⁸²⁾ Nigro, op. cit., págs. 129 y 130.

⁽⁸³⁾ Contra Sayagues Laso, op. cit., Tomo II, pág. 181.

⁽⁸⁴⁾ Eduardo Ortiz Ortiz, La Autonomía Administrativa en C.R. pág. 115.