

LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE

Lic. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Titular de Derecho Administrativo I
Facultad de Derecho.

CAPITULO I

SITUACION CONSTITUCIONAL

Dice el artículo 188 de nuestra Constitución Política:

“Las Instituciones Autónomas del Estado gozan de independencia en materia de Gobierno y de administración”...

Y agrega el artículo 184 incisos 2) y 4):

“Son deberes y atribuciones de la Contraloría: examinar, aprobar e improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación”, así como “examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos”.

En síntesis, nuestra Constitución crea la autonomía y expresamente la limita a través de la Contraloría, como “institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública” (Artículo 183).

No dice más nuestra Constitución sobre el contenido y prerrogativas de la autonomía que tan escuetamente consagra. No existen en nuestra Constitución, como en otras (Uruguay) preceptos que indiquen los controles sobre las instituciones autónomas, en aquellos aspectos de su actividad que no sean los puramente fiscales o secundarios. Y, sin embargo, la existencia de los artículos 188, 189 y 190 de nuestra Carta Fundamental, que crean la autonomía y en entes menores en particular, califica la situación jurídica de los mismos dentro de nuestro orden e impone a la legislación un límite fijo e infraqueable de contenido en la regulación de la vida de los entes.

Siempre que se hable de autonomía en Costa Rica habrá que definir primero cuáles son esos límites que enmarcan su concepto constitucional, y resolver después el problema concreto que se presente. Sin claridad en cuanto a este extremo sólo puede haber oscuridad en la solución de otros problemas, que son nada más derivación necesaria de aquel concepto fundamental. El objeto de estas líneas es definir, lo más ceñida y teóricamente posible, el contenido y límites de la autonomía administrativa en Costa Rica.

Este trabajo excluirá de su objeto la autonomía propia de los entes llamados constitucionales (porque creados por la Constitución misma) y de los municipios (también de origen constitucional) que representan formas muy calificadas dentro del género común en examen. No obstante, los principios y conclusiones a que arribemos en el análisis de las autonomías comunes, de origen legal, podrán extenderse también a aquellas otras de suyo tan particulares, siempre y cuando se trate de reglas teóricas deducidas del contenido esencial de la descentralización administrativa o del tipo liberal y democrático de nuestro Estado, y no de simples comentarios a textos positivos asumidos como ejemplo o ilustración.

Con estas salvedades —y la de que también marginaremos de nuestro objeto de estudio el caso de la Contraloría General de la República, por ser el suyo un problema de exégesis no hecha a textos positivos— podemos iniciar nuestro itinerario hacia la verdad de la descentralización.

Naturaleza administrativa de la autonomía =

Los entes autónomos son una forma de la administración pública, que ha dejado intocada la función legislativa en Costa Rica. Ello quiere decir que frente a los entes autónomos, la Asamblea Legislativa conserva iguales potestades que frente a las dependencias administrativas centralizadas del Poder Ejecutivo, salvo disposición constitucional en contrario. En consecuencia, la Asamblea puede crear, suprimir, modificar y regular el funcionamiento de esos entes, salvo limitación constitucional que se lo impida. Frente a la legislación, en otras palabras, no hay descentralización.

Lo dicho sugiere dos implicaciones, contenidas en la afirmación anterior. En ente, por un lado, aparece como subordinado a la

Asamblea, que puede crearlo y regular cualquier aspecto de su organización o funcionamiento; el ente, por otro, aparece desprovisto de la potestad de legislar, defecto que le impide dictar normas oponibles a las de la Asamblea, que tengan, dentro de su campo, igual fuerza que las de ésta, para derogarlas o para resistir su derogación.

En razón de esta doble situación —que tiene una causa única y común, como inmediatamente se explicará— la Asamblea Legislativa puede abarcar con sus leyes la totalidad de la vida de la Institución Autónoma, en la interno y lo externo, y derogar cualquier norma emitida por ésta en uso de su autónoma potestad de reglamentación.

a) Subordinación de los entes autónomos a la Asamblea Legislativa

La subordinación del ente a la Asamblea se funda en los artículos 189 inciso 3) y 190, relacionados con el artículo 121 inciso 1) de nuestra Constitución. Resulta de los dos primeros, en efecto, que la Asamblea puede crear las instituciones autónomas mediante una mayoría calificada, pero siempre en uso de su potestad legislativa común, que no es incompatible con la necesidad de esa mayoría. Y resulta del último que la potestad legislativa incluye siempre la capacidad de reformar, derogar y dar la interpretación auténtica de las leyes creadas por su ejercicio, en este caso las de organización y funcionamiento del ente autónomo de que se trata.

La combinación de los artículos citados es decisiva para entender y ubicar institucionalmente nuestra autonomía, porque la subordina claramente a la legislación, en razón del origen. La potestad para crear un ente, que ostenta la Asamblea con base en la interpretación realizada, incluye las de reformarlo y extinguirlo.

Debe advertirse, sin embargo, que tal proyección de la potestad constituyente de una persona pública, por virtud de la cual el autor del ente puede también continuar rigiendo su vida después de crearlo, tiene también buen fundamento en la lógica y en la doctrina.

Se trata, en efecto, no sólo de la relación exegética ya consagrada, con las normas constitucionales citadas (artículos 189, inciso 1), 190 y 121 inciso 1)) sino también del objeto propio de la potestad de creación de un ente, que implica racionalmente —según la

mejor doctrina— las potestades restantes de regular su funcionamiento y disponer continuamente sobre su organización.

Es obvio, en efecto, que la creación de una persona incluye generalmente su organización básica. Para crear un ente puede ser aconsejable no sólo darle una competencia y un fin, sino también regular detalladamente el órgano u órganos que habrán de distribuirse o monopolizar el respectivo ejercicio. No creemos que sea esencial, para la creación de la persona, la regulación detallada de su estructura o su funcionamiento; pero creemos que tal regulación es usual y, en todo caso, perfectamente compatible con el acto de su creación, como lo es con la potestad de crear una sociedad privada la de darle sus estatutos.

Un ente es, nada más, un centro ideal con un nombre, al que se refieren en último término situaciones jurídicas concretas, deberes o poderes.

Para que haya persona jurídica basta con que una voluntad capaz de fundarla se manifieste válidamente con ese simple y escueto contenido, designación de un centro de imputación con un nombre, y atribución al mismo de una serie de deberes o poderes. La distribución interna de esos deberes y poderes, entre los diversos componentes u oficinas del ente, así como la composición de cada una de éstas, es cosa que no se necesita regular, aunque sea posible y usual hacerlo.

“El elemento constitutivo del substrato o causa (de una persona jurídica) puede reducirse a la manifestación de la voluntad de crear un nuevo ente expresada por los interesados o capacitados en las formas requeridas... Si, en cambio, por substrato se entiende una cierta organización preexistente no se puede afirmar que su presencia sea siempre necesaria... La norma, en efecto, puede crear un centro de referencia de situaciones jurídicas sin requerir la constitución de una organización... Igualmente puede decirse que la existencia de una persona jurídica no va ligada a la constitución de su organización interna... El fenómeno de la subjetividad requiere la concentración de varias situaciones subjetivas en torno a un único centro de imputación y no su distribución entre los diversos departamentos o titulares interesados. Si esto ocurre (y puede no ocurrir del todo) es en un momento sucesivo a la personificación, ya que para ocuparse de la distribución de las compe-

... y derechos, ocurre ante todo que el ente los tenga ya previamente atribuidos, o, en otros términos, que ya sea primeramente persona jurídica" (Vittorio Ottaviano, Consideraciones sobre los entes públicos instrumentales, Padua, 1959, págs. 49 y 53).

La tesis opuesta, que afirma el carácter esencial de la organización interna, como coetánea con el nacimiento del ente o persona jurídica, y exige la regulación básica de esa organización para considerar existente al sujeto de derecho, tiene también ilustres sostenedores, tan ilustres como Kelsen.

"La persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos o por decirlo así: un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. . . Varios individuos forman un grupo, una asociación, solamente cuando están organizados y cada uno de ellos tiene una función específica en relación con los demás. Puede decirse que están organizados cuando su conducta recíproca se encuentra sometida a un orden, a un sistema de normas. Lo que hace que varios individuos formen una asociación es este orden, o, lo que equivale al mismo, la organización de la asociación. . . El orden u organización constitutivo de la sociedad es su estatuto, es decir, un conjunto de normas que regulan la conducta de sus miembros" (Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. García Maynes, págs. 100 y 101).

Así pues, la pugna está entre los que consideran el estatuto como causa y esencia de la personalidad, y los que lo consideran como consecuencia de ésta. O, desde el punto de vista que nos interesa, entre los que consideran que la capacidad para crear un ente incluye la de organizarlo y darle su estatuto fundamental, con determinación de oficinas y distribución de cometidos, además de su nombre y su competencia; y los que creen que ello no es esencial, y que sólo se requiere al efecto la creación de un nombre como punto ideal e impersonal de referencia de esos cometidos y poderes.

Para el presente desarrollo una u otra tesis valen lo mismo, puesto que ambas coinciden en que la posibilidad de conferir una organización interna del ente, está naturalmente ínsita en la voluntad de creación.

La potestad constituyente que tiene la Asamblea frente al ente autónomo le permite, entonces, regular todos los aspectos de la vida interna y externa de éste, sin residuo alguno.

Es ésta la primera importante consecuencia de la subordinación de origen que existe entre el ente autónomo y la Asamblea Legislativa.

b) Carácter administrativo de la función descentralizada

En segundo término, cabe afirmar que el ente autónomo carece en Costa Rica, por razón de los mismos artículos constitucionales citados, de la potestad de legislación, o de una potestad de normación sobre su materia específica con normas que tengan fuerza y valor de ley. Los entes autónomos, en Costa Rica, tienen potestad para darse en forma independiente "su gobierno y administración", pero ello no incluye en modo alguno el poder de emitir actos con valor de ley. Esto requiere una aplicación pormenorizada y, sobre todo, un concepto claro de lo que entendemos y creemos que debe entenderse por ley.

La ley debe entenderse, para este efecto, como el acto emanado de la Asamblea Legislativa, de contenido impersonal, de efecto externo y con una especial eficacia innovadora frente al orden jurídico. El efecto externo consiste en que la ley puede referirse a centros diversos del órgano (Asamblea Legislativa) que la emite, que son extraños a su organización; y su especial eficacia es en lo que hemos llamado la fuerza de ley. Esta fuerza de ley presenta dos aspectos: uno es su virtud activa, por la cual la ley es el acto —y es, además, el único acto— que puede derogar y suprimir cualquier otra manifestación de voluntad estatal que se oponga, salvo si se trata de una norma constitucional rígida; y otra es su virtud pasiva, por la que la ley puede resistir la oposición con cualquier otra norma, excepto si es constitucional, y sólo puede ser derogada por otra ley, emanada también de la Asamblea o de otro organismo equiparado a ésta.

La fuerza de la ley es puramente formal, porque la Constitución la hace depender enteramente del procedimiento y del órgano emisor, y adscribe a cada acto formado por ese órgano con el procedimiento correspondiente esas dos especiales virtudes. Con

... las mismas, imprime a la ley otro carácter fundamental, que es su carácter primario. Una ley es un acto primario porque, pudiendo derogar y resistir toda norma que no sea constitucional, está subordinada nada más a la Constitución y, fuera de los vínculos que esta puede ponerle, goza de absoluta libertad en cuanto a sus fines y a los contenidos de su disposición.

Habrán un acto con fuerza de ley, en estas condiciones y con esa definición como supuesta, siempre que la Constitución otorgue otro ente la potestad, o bien de emitir normas que deroguen leyes y que sólo puedan ser derogadas por éstas, o bien de emitir normas que sólo estén subordinadas a la Constitución, porque sean enteramente libres en su fin y su contenido, salvo límites constitucionales.

Cabe ahora formular la pregunta sobre el punto inicial, a saber: puede una institución autónoma, con base en la Constitución, emitir normas referidas a cualquier clase de fines, con cualquier contenido, directamente operantes sobre la conducta y los intereses de terceros extraños a la institución misma, y con fuerza para derogar leyes y para resistir a toda derogación que no provenga, a su vez, de otra ley?

La respuesta negativa parece ser clara. Se vio ya, por un lado, que nuestra Constitución subordina el ente autónomo a la ley, lo que significa que la conducta de ésta y sus actos —tanto normativos como administrativos— sólo pueden darse bajo una doble subordinación, a la Constitución y a la ley a un tiempo. Los fines y los contenidos, tanto como los motivos y modos de actuación del ente autónomo, están determinados por la ley, que puede regularlos exhaustivamente.

El ente no puede actuar sino de conformidad con la ley en los aspectos regulados por ésta, y tal potestad carecería de sentido si el ente, por su parte, tuviera la potestad de derogar las normas relativas que establecen el régimen de su propia vida. La potestad de intervención de un ente u órgano sobre la organización y el funcionamiento de otro, cuando se da en forma unilateral y sin consentimiento del último, implica siempre una subordinación lateral al ente creador del régimen en cuestión. Tal es el caso de la Asamblea y de los entes autónomos.

X

Puede afirmarse, entonces, que los entes autónomos sufren unilateralmente el poder regulador de la Asamblea en su propio campo, y que no pueden nunca derogar con sus normas reglamentarias las que ésta ha creado a su respecto. Lo que, visto por la otra vertiente, implica que la ley puede derogar siempre esas normas reglamentarias del ente autónomo, sin reciprocidad alguna en favor de éste. Los reglamentos autónomos, en resumen, carecen de fuerza de ley, porque no pueden derogar leyes ni pueden resistir su derogación por obra de éstas.

Esto indica que los reglamentos del ente tampoco pueden considerarse como primarios, porque están subordinados unilateralmente a dos fuentes superiores y no sólo a la Constitución, fuentes representadas por ésta y además por la legislación común.

Cabría pensar, sin embargo, que los entes autónomos están supeditados a la Asamblea nada más en forma inicial, sólo en el instante de su creación. Una vez creados, la Asamblea perdería todo poder sobre ellos y el ente adquiriría sobre sí la supremacía sucesánea. El ente vendría a ser un centro especializado, respecto del cual la Asamblea se paralizaría, por virtud de lo que podría llamarse la superioridad exclusiva de la competencia material de la institución.

Pero hemos visto que la fuerza de ley consiste en una supremacía sobre toda norma o acto no constitucionales, por razón de la forma de creación y no por el contenido de la norma. Una ley es tal y tiene fuerza de ley, porque ha sido creada por la Asamblea en uso del procedimiento específico para formar leyes. Una vez formada, la ley está destinada a prevalecer y a derogar cualquier otra disposición de cualquiera otra fuente formal, incluso legal, sea cual fuere el contenido o la competencia material específica de la fuente subordinada. De este modo, en todo sistema en que pueda mantener el concepto de fuerza de ley ya antes expuesto, hay una jerarquía y desigualdad de órganos y procedimientos para la creación del derecho, por la que unos pueden imponerse a otros por el solo hecho de ser tales e independientemente de toda referencia a los fines de la actuación examinada. En un sistema así, la jerarquía de las normas, por razones de contenido o especialización en la materia, y no por razones de sujeto y procedimiento, es inconcebible.

En Costa Rica la ley, por el solo hecho de su origen y procedimiento de formación, puede invadir el campo de la autonomía someterlo unilateralmente a su régimen. Se trata, como mejor se explicará después, de un sistema de ordenación formal de las potestades y de los entes, que impone esa conclusión como definitiva para la solución del problema en examen. Podemos afirmar, por todo lo dicho, que el ente carece de potestad legislativa, porque incluso cuando emite normas lo hace bajo el imperio de la ley y sin capacidad alguna para derogarla o resistirla.

Nos resta por examinar si las potestades de gobierno y administración que la Constitución atribuye al ente son externas y capaces de proyectar su efecto a los sujetos extraños a la institución, en cuanto no son ni sus titulares ni sus usuarios. Para este efecto la idea de tercero que adoptamos es precisamente esa: es tercero frente al ente el particular que no ha sido incorporado al mismo, ni como su servidor ni como usuario de sus servicios.

Lo que es la administración queda ya definido, como reflejo de la definición de ley. Es administración la actividad emanada del Poder Ejecutivo o de un ente público menor, con carácter secundario porque está sometida y limitada por la ley.

Esta potestad administrativa —ejecutoria en virtud de los fines públicos de satisfacción continua e ininterrumpida que cumple— incluye la de dictar reglamentos. Pero es claro que tanto éstos como la administración común son inconfundibles con la legislación. En su esencia, lo contrario de ésta.

¿Ocurre lo propio con la potestad de gobierno?

Naturaleza del gobierno autónomo

Precisa advertir, ante todo, que hay dos conceptos, uno amplio y otro estricto, de la potestad de gobierno y de la respectiva función. En sentido amplio, gobierno es toda actividad que tiene por objeto mantener y promover la unidad y la existencia del Estado, sin relación con intereses parciales ni fines especializados. En sentido estricto, el concepto se funda primordialmente en dos notas sobresalientes: la actividad de gobierno tiene por objeto el planeamiento y el impulso de la actividad del Estado; y la actividad de gobierno es una actividad libre y discrecional, no susceptible de someterse a

esquemas legales fijos ni a recursos jurisdiccionales que puedan paralizarla o impedir su eficaz desarrollo. > Así, pues, la actividad de gobierno se define, en este sentido estricto, por su objeto y por su posición frente al orden jurídico. Y se acostumbra contraponer a la actividad administrativa común con afirmar de ésta que es la encargada de ejecutar los planes formulados por el gobierno dentro del marco de la ley y que, por eso mismo, la actividad administrativa es casi siempre más reglada o menos discrecional.

En cuanto ³ la actividad de gobierno es de impulso, consiste principalmente en la elección de los fines del Estado o del ente público, y en la puesta en marcha de su realización. > El Estado es una organización colectiva, en la que la unidad está dada por la comunidad de fin y de territorio, es decir: por el fin único de una comunidad dentro de un territorio, también único. Y ya alguien ³ ha dicho que toda sociedad, realistamente considerada, "se agota en cometidos a realizar y medios elegidos para realizarlos" (Giorgio Calladore Pallieri, Doctrina del Estado, pág. 141).

El aspecto fundamental del Estado y de toda organización pública es, pues, la elección de sus fines y programas y la de los medios aptos para realizarlos. En el caso del Estado central la actividad de fijación de fines tiene la notoria característica de ser autónoma y sólo dependiente de sus propios órganos, mientras —por contraste— aparece como subordinada y dependiente del Estado Central y de sus leyes, en el caso de los entes autónomos. Este ente está limitado al fin que se le ha asignado legalmente, sólo ese puede perseguir bajo sanción de incompetencia en su ejecución. > Es la Asamblea y no la propia institución la que traza el fin de la actividad de ésta, fin que es justamente el motivo y límite infranqueable de su autonomía. >

Dentro de este fin cada institución puede fijar los programas a realizar que, a su vez, se ponen como fines frente al resto de las actividades administrativas que el ente desarrolle para conseguirlos. > En este modo, toda actividad de un ente implica una progresiva concreción de su fin a tareas cada vez más concretas y limitadas, cada vez más alejadas de su carácter genérico inicial. La administración implica planificación y especialización por igual, es decir: una armonización con decisión práctica. >

En general, toda actividad humana exige los tres momentos reflexión, la decisión y la ejecución. La actividad estatal o

En un ente público, en cuanto no es otra cosa que actividad humana, se aplica siempre esas mismas etapas, de igual naturaleza real. Para iniciar un litigio, la parte procede a resumir su caso y sopesar la justicia o injusticia de sus pretensiones, y si pesa más aquélla que ésta, actúa de seguido en busca de un abogado. Abogado que, a su vez, estudia el planteo y los hechos y, finalmente, se decide a llevar adelante el litigio. Ya decidido lo comunica al cliente y hace su demanda, basada en su anterior conclusión. Claramente están aquí —como en todo quehacer humano— los tres momentos de toda conducta: preparación reflexiva, decisión interna de actuar y ejecución externa de lo decidido.

En el sujeto físico tales momentos carecen de relevancia individual y son, por esos mismo, incontrolables. Ninguno —fuera de la manifestación final de lo resuelto y ejecución posterior— tiene una forma típica y adecuada para manifestarse, un acto revelador de su existencia en el preciso momento de aparición. Ni las consultas y dudas previas, ni las vacilaciones y las decisiones internas, en el momento en que nacen y cumplen su función, tienen expresión independiente en el proceso de la conducta individual, ni aún siquiera en el de la conducta jurídica privada. Igualmente que con la iniciación de un litigio —actividad puramente material— con la formación de un contrato. La oferta de formación —que es la primera etapa— es ya una decisión externada y perfectamente concluida, después de agotada la fase de la reflexión y de la decisión interna. Así con todos los actos jurídicos de la persona física y también con sus omisiones. Por qué, cómo y cuándo han surgido los principios de la conducta finalmente exteriorizada, hacia dónde se dirige y cuál es su preciso contenido inicial, todos son aspectos que al derecho nada importan, cuando se propone regular la conducta y la voluntad privadas de una persona física.

La razón que lleva a tal situación normativa es, precisamente, la irrelevancia del fin escogido, mientras el mismo sea lícito y posible.

Y para saber que lo es, basta como plena evidencia la final manifestación de lo ocurrido y actuado.

Ocurre diversamente en el campo de los entes públicos. Aquí el fin es la causa de la conducta del ente, a la vez que el límite de su actuación. No se trata sólo de un fin lícito (no

prohibido) y posible (viable realmente) sino del fin constitutivo del centro, que es para el mismo el único permitido y el que está obligado —y no sólo facultado— a perseguir y lograr.

Es preciso que cada momento de la conducta del ente, desde su iniciación hasta su término, se desarrolle con esa clara motivación y adecuación al cometido público porque éste se estima de realización obligatoria. A tal efecto es necesario, en primer lugar, distribuir bien las funciones que llevan a esa realización y, en segundo lugar, permitir la externación de cada momento en la formación de la conducta pública, a efecto de lograr su control.

Así, puede decirse, que mientras en el sujeto individual sólo tienen relevancia jurídica actos de voluntad aislados y puntuales, en el sujeto colectivo sólo tienen relevancia operaciones o procedimientos de actuación, y no simples actos. Procedimientos que implican bien la intervención de varios centros u órganos, cada uno con un interés o una función propia dentro del curso de acción, o bien la sucesión de varias etapas claramente distintas y necesariamente ordenadas, de preparación, decisión interna, externación de la decisión, control de lo decidido y ejecución de lo aprobado.

De todo esto cabe destacar ahora un punto clave. Es el siguiente: toda actividad jurídica implica, concebida como procedimiento y no como mera sucesión de actos puntuales y aislados, un momento principal, que es el de decisión sobre la conducta a adoptar, y otro momento accesorio de éste, que es el de ejecución de la decisión tomada. Es decir, una voluntad de conseguir un fin a través de un complejo de conductas con determinados resultados, unida a una declaración puramente enunciativa de esa voluntad, como algo pendiente de ejecución a través de otros actos posteriores —materiales o volitivos— que la concretan y desarrollan. Es esto lo que se llama una deliberación.

Se trata, en otras palabras, de una decisión que no pretende por sí misma resolver el problema ni conseguir el fin, porque no intenta producir efecto jurídico ni material alguno, directamente sobre la materia de que se trata. Se limita la deliberación a enunciar los medios aptos para realizar ese fin, su modo de utilización y sus posibles efectos, y la decisión de que unos y otros sean efectivamente empleados y puestos en juego frente al fin perseguido. La deliberación intenta, en otras palabras, regular la futura conducta

que otro órgano (o el mismo, pero a través de otros actos de voluntad) habrá de observar para obtener el cometido asignado.

La deliberación supone, en consecuencia, que siempre deberá aparecer otra conducta posterior conforme con los criterios y normas de contenido, de oportunidad y de forma que la deliberación misma ha señalado, y que será la que en definitiva satisfaga directamente por sí la necesidad o el fin público perseguidos. Por eso puede decirse que la deliberación es también un acto de alcance interno, incapaz por su propio contenido para afectar a sujetos extraños al Estado o al ente. Será la conducta posterior de ejecución, y no la deliberación, la que habrá de producir tal resultado y llenar directa e inmediatamente la necesidad pública —material o jurídica— de que se trate.

Normalmente el efecto de la deliberación es hacer posible el acto de ejecución, que no podría darse sin aquella. Lo característico al respecto es, podría decirse, que de acuerdo con la ley es imposible al órgano externo del ente actuar para ciertos fines o con ciertos efectos, sino sobre la base previa de una deliberación que le indique cómo debe hacerlo. Si lo hace en forma diversa, queda sometido a la sanción automática de la nulidad.

La deliberación, en resumen, es la manifestación jurídicamente relevante del momento de decisión interna en la vida de un ente autónomo. Es, como ha dicho Giannini, el acto príncipe del derecho interno de los entes públicos, porque su función más grave, como se ha visto, no es únicamente hacer posible la ulterior aparición de otros actos cualesquiera para ejecución de un fin determinado, sino sobre todo establecer las normas y directivas vinculantes de esos actos, en la actuación de los órganos externos que habrán de conseguir práctica y directamente los cometidos del Estado o de la institución. Se trata de una mezcla híbrida de acto administrativo y de norma.

Si, de la indicación pormenorizada de medios y recursos concretos, la deliberación pasa a la regulación de los fines básicos de un ente o del Estado, y fija los programas más importantes de su acción dentro de un período determinado, entonces la deliberación se convertirá precisamente en un plan y, más pulcramente, en un plan de empleo de la función o funciones a cargo del centro planificador. La deliberación que tiene por objeto la fijación de los fines

o programas
planes financieros (presupuestos) o de empleo de medios jurídicos
tipicos (programas) corresponde precisamente a la función de
gobierno.

La función de gobierno, por lo que se ve, es anterior a cualquiera de las funciones clásicas del Estado —legislativa, administrativa o jurisdiccional— porque consiste fundamentalmente en planificar su contenido o las metas de su empleo. No desde el punto de vista de su efecto más o menos general, ni de su relación más o menos libre con el orden jurídico, sino principalmente desde el punto de vista de su contenido y de su fin, es que logra clasificarse como autónoma la función de gobierno. Con ella y a través de ella puede lo mismo prepararse la función legislativa que la administrativa, porque ambas pueden perseguir fines variables en el espacio y el tiempo. Sólo la función jurisdiccional, por su innegable sumisión a la ley, permanece al margen de toda orientación finalista política. La función judicial no se planifica porque el juez sólo puede perseguir un fin idéntico en cualesquiera casos y frente a cualesquiera apelaciones de la vida: la aplicación de la ley y su eficacia.

Quede claro, de este modo, que cuando la Constitución habla de gobierno como de una actividad propia de los entes autónomos, que éstos pueden desempeñar en forma independiente, se refiere cada más a una actividad interna y dependiente de la actividad ejecutiva externa, de índole administrativa, encomendada como función típica a cada uno de aquellos. Lo que la Constitución ha querido significar con la palabra gobierno, no es entonces una actividad libre del vínculo legislativo que iguale la fuerza jurídica creadora del ente con la de la Asamblea, sino nada más —pero nada menos— la potestad, vinculada en cuanto al fin genérico, de empeñar dentro de éste y para éste, los fines específicos y más determinados para los que debe empeñarse cada año o cierto número de años la actividad administrativa de la Institución. Es, en otras palabras, la potestad para deliberar los planes jurídicos y financieros de la institución en forma independiente de toda interferencia del Estado central o de otro ente cualquiera. >

Es necesario aclarar, para concluir el anterior análisis, que hay tres formas posibles de jerarquizar y armonizar las fuentes (o entes creadores de derecho) dentro de un orden jurídico, a saber: a) En razón de la forma del acto, entendiendo por ésta el sujeto, el procedimiento y la forma de manifestación del mismo. Desde este punto de vista, el orden califica unos procedimientos como superiores a otros en virtud de su propio modo de desarrollo y supedita unas normas y actos jurídicos a otros, por el simple hecho de ser diverso su autor. Se trata propiamente de una ordenación de entes más que de fuentes, independiente de toda consideración sobre el contenido posible o la importancia objetiva, social o política, de las materias reguladas; b) En razón del contenido de la función, que se erige en causa de creación o extinción de otras normas. Es decir, por el hecho de ser uno determinado y no otro el contenido de la función, el ente adquiere supremacía sobre la materia del caso, frente a todos los demás del orden. Se puede presentar la doble hipótesis de actos emanados de un mismo sujeto que son jerarquizados entre sí, por razón de su diverso contenido; así como el caso de actos emanados de sujetos diversos con igual jerarquía entre sí, por referirse cada uno a una materia de su exclusiva incumbencia. La primer hipótesis —que rebasa la organización de los actos o los entes con criterio puramente material— es la de las leyes reforzadas, que sólo pueden ser creadas por una mayoría especial sobre una determinada materia, de modo tal que las mismas resultan intangibles para la propia Asamblea, cuando no reúne esa mayoría para su modificación o derogación. Y la segunda hipótesis es la de la competencia por servicio especializado en virtud de la cual sólo el ente limitado a un servicio tiene potestad para proveer sobre éste, con exclusión de la Asamblea misma; c) Cabe, finalmente, un tercer modo de organización institucional, que se da cuando se adopta como criterio para jerarquizar los actos el tiempo de aparición de los mismos, de modo que el principio de que “lo posterior deroga lo anterior” cobra ilimitada vigencia, y cada ente puede hacerlo todo en cualquier ámbito de acción (material, territorial o personal) pero expuesto a la inmediata derogación por acto posterior de otro ente cualquiera del mismo orden.

Este esquema sirve para evidenciar que nuestra Constitución como régimen de las fuentes— ha optado por el primer sistema de jerarquizado a los entes sin considerar sus fines y contenidos de actuación, colocando en el vértice a la Asamblea Legislativa, frente a la cual todo ente autónomo es inferior y subordinado, en sí y en sus actos, por el mero hecho de ser tal.

Excepciones hay, como la Universidad nuestra, que sí parece ser un caso de jerarquía institucional por razón de la materia. De la misma ha dicho nuestra Constitución que “goza... de plena capacidad jurídica para darse su organización y gobierno propios”, en terminos más categóricos que los del artículo 189 ya citado, donde se habla de independencia, pero no plena en materia de gobierno y administración. La diversa formulación se ha interpretado como una más amplia autonomía de la Universidad, frente a la común de los otros entes autónomos, que significa fundamentalmente su capacidad para regular en forma plena y exclusiva su servicio, sin subordinación a las normas de la Asamblea. Quiere decir esto que la Universidad tiene la potestad de emitir normas con fuerza de ley dentro de su materia o especialidad, intangibles e inderogables por las de la Asamblea; y, también, que ésta se halla constitucionalmente inhibida para regular la materia de los servicios universitarios o académicos de alto nivel, por ser materia exclusiva de la Universidad. En definitiva, se trataría de una ordenación de las fuentes por razón de la materia, que impediría a la Asamblea intervenir normativamente a la Universidad en su campo, pero que, a la vez, impediría a ésta actuar fuera del mismo. En ausencia de norma de la Universidad, podría la Asamblea emitir una propia que llenara la laguna, pero siempre supeditada a lo que en el futuro regulara la Universidad sobre el punto, siempre por vía normativa. Mientras la norma o reglamento universitarios no se den, la Universidad queda obligada a obedecer la ley de la Asamblea, aún en asuntos de su especialización.

En este sentido —de una jerarquía o coordinación de las funciones de la Universidad con las de la Asamblea, por razón de la materia y no por razón del sujeto fuente— es que nuestra jurisprudencia ha afirmado que la Universidad tiene un poder de legislación.

Es valioso y revelador el ejemplo de la Universidad, porque claramente lo que puede ser el sistema opuesto de regulación

de las fuentes, consistente en la jerarquización formal de sujetos y actos. Situación esta última que es, como antes quedó aclarado, la típica y común de todas nuestras instituciones autónomas, salvo excepción constitucional en contrario (como el caso mismo de la Universidad).

No puede dejar de advertirse, para acabar la idea de la ordenación de fuentes por competencias materiales, que la autolegislación de que parece gozar la Universidad se refiere exclusivamente al fin propio de ésta y al régimen de sus medios para cumplirlo, y no a la Universidad como ente, es decir: como un sujeto más de un orden jurídico, poblado de otros entes y fines, en obligada armonía.

No toda norma que obligue a la Universidad o afecte su situación jurídica, sino exclusivamente aquella dirigida a regular la prestación del servicio universitario de alta cultura superior, es la que entra en su competencia exclusiva y reviste fuerza de ley.

La Universidad, como cualquier otro sujeto del orden jurídico nacional, queda sometida a todas las regulaciones legales que, aun afectando su situación jurídica e interfiriendo indirectamente con la prestación de su servicio y la organización de sus medios, afectan por igual a todos los otros sujetos del mismo orden, porque están motivadas en razones a todos comunes, extrañas a su especialización funcional. De este modo, quedan sujetos a las normas de la Asamblea, el régimen de sus propiedades, la regulación del tránsito por sus calles, los delitos cometidos dentro de sus aulas y, en general, toda conducta del estudiante o del profesor dentro de la Universidad que coincida con una hipótesis legal, distinta de la enseñanza académica.

Lo que queda a la Universidad, fuera de la potestad de autoorganización que todos los entes tienen y que puede comprender todos los aspectos de su estructura, es la fijación de programas académicos, de técnicas de prestación del servicio y las relaciones de su prestación. Es éste propiamente el servicio de la alta cultura, único que puede resistir a la ley detrás del escudo protector de la autonomía universitaria.

Es, pues, la materia de la norma, según que afecte o no a la prestación, organización y modo de prestación del servicio universitario, lo que forma el criterio de distinción entre la autonomía

privilegiada y reguladora de la Universidad, y su autonomía usual y plenamente sometida a la fuerza de la ley y a la supremacía de la Asamblea.

Desde este punto de vista queda librado también al exclusivo poder organizador y directivo de la Universidad, el complejo de sus medios personales y patrimoniales, en cuanto es parte de situaciones jurídicas individuales y consolidadas, para el cumplimiento de ese fin puramente técnico y especializado de la alta cultura. Es decir, no el régimen de esos medios desde el punto de vista de la comunidad o del orden jurídico a fin general que es el Estado, punto de vista expresado por la ley de la Asamblea, sino ese régimen en cuanto adapta aquellos medios (personal y patrimonio adquirido) al fin de una buena enseñanza académica, que es el objeto exclusivo e intangible para la Asamblea de la potestad legislativa de la Universidad.

Y Para ser más precisos, puede decirse que las relaciones de servicio de la Universidad con sus empleados administrativos y profesores (ingreso, duración, escalafón, régimen de jubilaciones y pensiones, etc.), son parte natural de su competencia exclusiva, porque se trata del medio indispensable para realizar la función de enseñanza que está encomendada a la Institución, aunque tengan también el aspecto laboral común de todo servicio subordinado en el que está interesada la Nación misma como tutora de la clase trabajadora. Razón por la cual para que las regulaciones reglamentarias universitarias con este objeto cobren validez y prelación sobre cualquier ley que se les oponga, precisa que los mismos respeten los mínimos protectores que ha establecido la ley a favor de los profesores, como trabajadores y no como servidores especializados de la Institución; e igualmente, el régimen de la propiedad privada y todas las consiguientes limitaciones habrán de aplicarse a todos los bienes que integren el patrimonio universitario, mientras se trate de normas no específicamente dirigidas a regular la situación particular de la Universidad, sino encaminadas más bien a regular aquel derecho en sí mismo, con independencia de su naturaleza y función de su titular.

En general, puede decirse que el criterio práctico más seguro es distinguir las normas lícitas y constitucionales de la Asamblea que se aplican a la Universidad, porque no regulan la materia típica de la

competencia de ésta, es considerar que las mismas son aquellas que no se refieran particularmente a la Universidad, sino a una situación abstracta a la que pueda ingresar ésta exactamente como cualquier otro sujeto y precisamente como persona jurídica común, no como institución especializada.

Limitaciones intrínsecas de la legislación frente a la Autonomía

límites naturales de la ley frente a la autonomía

Hemos visto, después de este breve análisis, que las funciones de las instituciones autónomas son todas no legislativas, incluso las de gobierno. Podemos concluir, en consecuencia, que la Asamblea puede regular su organización y acción, con el solo límite del modo de ejercicio que la Constitución les otorga, que es la "independencia". Antes de entrar a analizar las limitaciones nacidas de ese "modo de gestión", que son las típicas del problema de la autonomía, convendría también analizar las que le vienen a la legislación de su naturaleza propia, según nuestro sistema de división de poderes. Se eliminarán y aclararán así algunos equívocos usuales siempre que una ley interviene en forma especial la vida de una institución. Lo que sigue traerá alguna claridad en el tema.

En el sistema de división de poderes hay un principio fundamental (perogrullo pero relegado por nuestra jurisprudencia): cada poder sólo puede tener una función materialmente definida, ningún poder más de una, salvo excepción constitucional. Lo que sigue será aplicación más o menos directa de ese principio.

En primer lugar la ley operante frente a una institución autónoma debe ser constitucional. En segundo lugar debe ser realmente una ley y no un acto administrativo en forma de ley (que es una forma de inconstitucionalidad).

Las normas que se refieren a un ente autónomo son, por su destinatario, más individualizadas y de más restringido alcance desde un punto de vista empírico— que las leyes comunes. Aquellas, en efecto, van dirigidas sólo al limitado grupo de los proveedores del ente y de los usuarios de sus servicios y, en tal sentido, su verdadero destinatario es siempre un grupo más reducido aún de personas, que son los directores de la Institución

encargados de aplicarlas. Sin embargo, los criterios clásicos de distinción entre ley y acto administrativo revelan aquí su utilidad. Será ilícita toda ley que introduzca un cambio en la vida del ente, modificando o creando una situación jurídica para un funcionario, un acto o un bien particulares, de modo que resulte irrepetible y única la situación creada. Y sólo será lícita, en cambio, la reforma que cree una situación susceptible de ser actuada repetida e indefinidamente, con la intervención o la participación de cualesquiera funcionarios o usuarios del ente, considerados impersonalmente.

A este respecto cabe, sin embargo, una observación decisiva. La ley puede crear y suprimir el ente con entera libertad, pero sólo puede modificarlo con una básica restricción: mientras mantenga el fin inicial debe mantener el equilibrio financiero de la institución que le permita continuar y hacer frente a sus compromisos. Más claro: en Costa Rica, donde la autonomía está constitucionalmente consagrada y protegida, la ley no puede crear una institución, fundarla en su especialización de fin, proveerla de los medios financieros para cumplirlo y, después, cercenarlos hasta impedir al ente el cumplimiento de ese fin y de sus responsabilidades.

Cuando hablamos del patrimonio del ente nos referimos al ya devengado o percibido por éste, según su sistema normal de ingresos. No importa en el caso la naturaleza de esos ingresos ni el acto que los produce, subvención, tasa, aportación fundacional única o escalonada, etc., porque siempre se tratará de un patrimonio que pertenece a la Institución desde que entra en su esfera de poder administrativo y que queda, a partir de ese instante, irrevocablemente destinada a cumplir el fin de ese mismo poder.

En este sentido, el patrimonio de la institución no comprende el régimen de sus ingresos, que sí queda sometido ilimitadamente al imperio de la ley.

La razón para ello es doble: en primer lugar, ese régimen es legal o estatutario, y está expuesto por su propia naturaleza jurídica a una constante modificación de sus términos por obra de la misma ley, incluso si el cambio sobrevenido es desfavorable para el ente en cuestión; en segundo lugar, los ingresos no devengados no son objeto de derecho alguno del ente ni, por ello mismo, están destinados al cumplimiento de su fin o especialidad funcional. Se puede concluir, por esto, que el régimen de tarifas, subvenciones,

cit
pcc
4

...aciones graduales o escalonadas, etc., y en general todo sistema
...o periódico de ingresos de una institución autónoma,
...de ser modificado por ley en cualquier momento y en cualquier
...cción, aún con perjuicio del ente y disminución de sus activi-
...les normales, mientras no toque sus reservas o ingresos ya
...engados.

Resta una importante advertencia final: la ley no puede en
ningún caso quebrar al ente o incapacitarlo para cumplir sus
compromisos contraídos, aún si ello es consecuencia exclusiva de
una modificación desfavorable de su régimen legal de ingresos.
... la institución tiene el derecho a cumplir sus compromisos
... las bases de previsión y financiación con que los adquirió,
...o imposibilidad provocada por acto propio. Este principio debe
...nderse no como la consagración de un derecho de la Institución
...a intangibilidad anual de sus presupuestos, que le permitiría
...solidar indefinidamente sus rentas e ingresos; sino como una
...hibición para modificar éstos en la medida estricta en que tal
...modificación impida cumplir compromisos ya contraídos sobre bases
...previsión conocidas y determinables exactamente en un momento
...do. Lo contrario sería hacer inefectivo por razones supervinientes
...o legalmente previstas el ejercicio legítimo de una potestad
...ministrativa del ente, ocurrido cuando éste tenía —como se dice
...ra— “sustento económico” para llevarlo a cabo.

La observación que antecede carecería absolutamente de im-
...ancia si el Estado fuera tácito garante, solidario e ilimitado,
... la gestión de todos los entes autónomos, lo que es un ideal pero
... una realidad positiva. La idea de una personalidad propia
elemento básico de todo ente, que por eso es tal— impide llevar
para de éste, hasta el Estado, las responsabilidades que corres-
ponden a las instituciones autónomas, La idea de persona jurídica
precisamente, la de un centro ideal y último de imputación
que hasta él llegan y en él se detienen todos los poderes y
deberes que puede tener.

Podemos afirmar de este modo, si dejamos de hacer derecho
...aral y nos atenemos al orden jurídico positivo y sus conceptos
...cos, que el Estado central no es fiador de ningún ente autó-
no mientras la ley no lo haya convertido en tal. Si tal previsión
no existe, cada ente responde por su gestión y si quiebra,

salvo que esté expresamente dicho que no puede hacerlo (que es lo mismo que una garantía implícita del Estado) habrá perjuicio definitivo sólo para el ente y sus usuarios, ninguno de los cuales podrá exigir del Estado ningún pago subsidiario. En este sentido, para estos entes que no tienen a su favor la garantía legal del Estado central, y para esta hipótesis de quiebra, es que tiene relevancia la observación hecha: el ente tiene derecho, frente al Estado, a quebrar sólo por acto propio; el Estado central carece de potestad para imponerle una modificación de su régimen patrimonial, sea cual sea, que incida, además, sobre las situaciones jurídicas individuales, derechos o deberes, creados con su gestión normal y asumidas con solvencia perfecta, al momento de contraerlas.

Hasta aquí sobre los límites naturales de la legislación frente a la autonomía, que son —como se vio— límites generales de la misma frente a cualquier sujeto o relación jurídicos, porque aluden a la definición de ley dentro de un sistema de división de poderes. Resta por examinar ahora los límites propiamente autonómicos de la legislación, quiere decirse: los que le vienen de la independencia que guardan las instituciones autónomas dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

LOS PODERES DEL ENTE AUTÓNOMO

El principio rector

El principio que debe regir las relaciones entre Asamblea Legislativa y Autonomía, es el siguiente:

Las instituciones autónomas tienen la titularidad y el ejercicio inicial, independiente e irrestricto de todas las potestades administrativas para el cumplimiento de su especialización material. La Asamblea Legislativa puede regular el control sobre ese ejercicio, sin quitarle ninguna potestad al jerarca de la institución, ni impedirle su ejercicio en forma independiente e irrestricta. Tal es el principio general.

El mismo contiene tres formulaciones fundamentales: a) La Constitución le ha dado a la institución autónoma la totalidad de los poderes administrativos necesarios para el cumplimiento de su gestión; b) La institución tiene el derecho, de acuerdo con la Constitución, de ejercer sus potestades por primera vez, en forma independiente y libre de interferencias de cualquier poder extraño; c) La Asamblea tiene potestad para regular el funcionamiento y organización de las instituciones autónomas y el control sobre su actividad, pero sin menoscabar ese modo independiente e irrestricto, ni restarle ninguna de las potestades que le son necesarias. Expliquemos este principio parte por parte.

Los poderes totales de la Institución

La Constitución le ha dado a cada ente autónomo todas las potestades del jerarca necesarias para el cabal desarrollo de su gestión. En este sentido la interpretación dada es obviamente correcta.

El alcance del artículo 188 de la Constitución sólo puede ser ese, que es, además, el que le otorga la doctrina extranjera a disposiciones similares de los respectivos ordenamientos. Dice, por ejemplo, Sayagués Laso:

“Cada Consejo Directorio es el jerarca de su respectivo servicio, el que lo dirige y por tanto posee todos los poderes de administración necesarios en la materia que constituye su especialidad”. . . La ley que niega un poder de administración al Consejo o Directorio de un ente autónomo y lo atribuye al Poder Ejecutivo, es inconstitucional; la enumeración de los poderes atribuidos a los consejos directorios, no es taxativa y debe considerarse que éstos poseen todos los poderes de administración no mencionados expresamente ya que por mandato constitucional son los administradores de sus respectivos servicios” (Ob. cit. tomo 11, pág. 180-181).

La cita de Sayagués es convincente porque está construida alrededor de los artículos sobre autonomía de la constitución uruguaya, que no sólo la consagran como la nuestra sino que, también, definen los controles a que la someten. En este sentido puede decirse que la constitución uruguaya es menos amplia que la nuestra en la consagración de la autonomía y que los argumentos válidamente extraídos de aquélla para ampliar la libertad del ente autónomo, son aplicables por mayoría de razón en favor de nuestras instituciones. Sin embargo, no basta con esa cita para justificar el principio sentado, de imputación al ente autónomo de la totalidad de los poderes de administración. Ese principio debe calificarse y aclararse, para evitar confusiones que lleven a la destrucción de la autonomía por ilimitada ampliación.

El artículo 188 C. P. y los poderes del ente autónomo

a) Hay, en primer lugar, una razón exegética, basada en la fórmula literal del artículo 188 de la Constitución, que permite sostener la aserción hecha, de que al ente corresponden constitucionalmente todos los poderes del jerarca administrativo, razón que es la siguiente: dicha norma expresa la prerrogativa fundamental de las instituciones autónomas cuando dice que “tendrán independencia en materia de gobierno y administración”, pero no fija límite ni hace enumeración alguna de los poderes de esa naturaleza de que gozará aquélla como mínimo o máximo de su capacidad pública. Ello lleva a pensar, ateniéndose puramente a la lógica del texto, o bien que esas potestades son las mínimas en ese aspecto —lo que sería absurdo porque equivaldría a crear un ente para darle un radio de acción más exiguo que el propio de las oficinas centra-

haciendas, que pueden tener más de ese mínimo— o bien que esas potestades son las máximas concebibles, lo que resulta razonable siempre que sigan siendo posibles las vinculaciones necesarias entre la institución y el Estado. Un tercer término no existe, porque consistiría en una graduación de poder autonómico no coincidente ni con un máximo ni con un mínimo posibles, graduación fundada en razones contingentes de oportunidad, sin asidero lógico ni límites necesarios en el concepto doctrinario de autonomía, que sólo sería admisible a texto expreso de la Constitución.

Dudosa sería la interpretación realizada si la norma que es su objeto especificara, aunque sin un tajante carácter taxativo, el número y contenido de los poderes de gobierno y administración del ente. En tal caso habría que estar —casi seguro— por la negativa a la tesis amplia, y afirmar que aquellos entes sólo tendrían las potestades expresamente conferidas, salvo nuevos elementos de juicio. Pero, en el estado actual de nuestra Constitución cabe afirmar lo contrario, y es que el principio irrestricto y sin enumeraciones ni salvedades ahí sentado, para definir la esencia de la autonomía y su prerrogativa fundamental, le permite a cada ente ejercer todas las potestades clásicas del jerarca que también corresponden dentro de su campo y por igual razón al Presidente de la República dentro del suyo.

b) La descentralización administrativa máxima y los poderes del ente autónomo

En segundo lugar, es cierta la existencia de la totalidad de los poderes administrativos en el jerarca del ente autónomo, fuera de las razones exegéticas aducidas, también por una razón de ciencia de la administración. Cabe decir, simplemente, que la autonomía es la máxima forma posible de descentralización administrativa y el punto extremo en la línea de la independencia, como forma de organización de los servicios públicos. Descentralización e independencia que exigen aquella totalidad.

Varias son las formas que puede asumir la organización administrativa en su intento por cristalizar la distribución y especialización de las oficinas públicas, para mejor prestar el servicio.

a) Es posible, en primer lugar, que la ley cree los llamados servicios especiales o haciendas autónomas, que son oficinas depen-

dientes del Poder Ejecutivo y, por tanto, carentes de personalidad, pero titulares de un régimen especial que les asegura autonomía funcional y financiera dentro de la organización centralizada. Sus características fundamentales son: a) presupuesto propio, fundado en la previsión de entradas (tasas o impuestos) afectadas especialmente al mantenimiento y funcionamiento del servicio prestado, cuya recolección puede estar también descentralizada en la misma hacienda, que es quien opera en sus oficinas la recaudación./ Tal presupuesto no figura en el general del Estado pero, en definitiva, está sometido a la aprobación de un órgano central de control financiero, generalmente la Contraloría o el Tribunal de Cuentas; b) Un aparato u organización propios, en el sentido de que sus oficinas se articulan verticalmente hasta llegar a un jerarca propio, quien dispone del personal y distribuye internamente el trabajo, sin intervención ni control del presidente y ministro; c) Un cierto grado de autonomía funcional, consistente en la posibilidad de no obedecer órdenes, limitada siempre por la posibilidad de sufrir la revisión y hasta la sustitución de sus actos por el Estado, incluso por razones de oportunidad. En todo caso el jerarca del servicio autónomo es un alto funcionario de confianza, obligado a obedecer las directivas generales de programa o actividad anual que le fije el ministro, y sujeto a destitución por injustificada desviación o incumplimiento reiterado de esas directivas.

Las haciendas autónomas se crean cuando se intenta formar un centro de acción sometido a dirección y estrecho control, pero suficientemente desligado del centro como para lograr su especialización. La responsabilidad por sus actos es la general de los funcionarios u oficinas públicas, y afecta la Hacienda Pública y no sólo el fondo propio de la Hacienda Autónoma.

b) La ley puede crear igualmente los llamados entes o sujetos auxiliares, que también pueden llamarse instrumentales. Se trata ahora de entes jurídicos, cuyos fines son propios del Estado y no sólo del ente mismo. La personalidad, concebida como centro último y definitivo de imputación de situaciones jurídicas, existe por el solo hecho de que los medios para el cumplimiento de los fines públicos, que son esas situaciones, pertenecen al ente y no al Estado. Pero nada impide que, siendo propias las situaciones jurídicas, sean extraños los fines e intereses a satisfacer con la actividad del ente, y que éste se halle subordinado a un sujeto extraño en

el desarrollo de su gestión, como el sujeto verdaderamente interesado en ésta.

Desde este punto de vista las normas que crean un ente pueden considerarlo en dos formas, en cuanto al fin que le atribuyen: o bien crean un ente cuyo fin es enteramente propio e independiente del Estado, respecto del cual éste tiene nada más interés en coordinar su gestión con otros ramos de la actividad pública, propia o ajena; o bien se trata de un ente cuyo fin es igual y paralelo a otros del Estado, porque éste se halla interesado en conseguirlo como si fuera propio.

En el primer caso, el Estado debe tener sobre el ente un poder de vigilancia que se funda en la repercusión que pueda acarrear sobre otros campos de actividad pública, que si son directamente suyos, la del ente autónomo. En el segundo, no se trata sólo de limitar o coordinar la actividad de la institución con otras, en defensa de éstas o del Estado mismo, sino de lograr que aquella actividad se oriente efectivamente hacia su meta y la cumpla, como fin que el Estado considera de imprescindible atención. Por eso, en relación con estos entes cuyo fin el Estado considera como propio, resulta indispensable que el Estado pueda no sólo regular, coordinar y limitar (como lo hace también frente a la actividad privada) sino también dirigir y mandar, estableciendo la conducta que el ente debe observar para alcanzar plenamente su cometido. Los programas del ente y su función de gobierno entran plenamente en la órbita de intervención del Estado, que puede imponer un plan de acción en vez de otro. Y también el modo de cumplimiento de esos programas, exactamente como si se tratara de una oficina centralizada.

En el caso de estos últimos entes —que pueden llamarse instrumentales frente a los primeros, que pueden llamarse simplemente relevantes para el Estado— la autonomía queda reducida a la posibilidad de no obedecer órdenes concretas y de no ver sustituidos sus actos por los del Estado en vía de revisión.

¿Cuál es el motivo que aconseja crear un ente instrumental, según descrito, en vez de una hacienda autónoma?

En primer lugar, la imposibilidad de control sustitutivo por el Estado, que garantiza a éste el desplazamiento total y defini-

ente instrumental

tivo de responsabilidades patrimoniales hacia el ente instrumental, cuya hacienda será la única pasible de las mismas, cuando se produzcan. En segundo lugar, el ocultamiento del Estado bajo la máscara de la autonomía, como entidad independiente, en campos sensibilizados políticamente a la pugna entre libertad-autoridad, liberalismo-socialismo, empresa pública o empresa privada, y en los que, sin embargo, el Estado considera indispensable tomar la iniciativa y restringir la del particular. Para ambas finalidades, la existencia de entes instrumentales que son en realidad centros jerarquizados con una mínima apariencia de autonomía equivale a la existencia de un instrumento ideal de realización, que permite el engrandecimiento del Estado a costa de administraciones parásitas.

Podemos agregar que ejemplos de los tipos de organización expuestos no existen en nuestro país. No existen en Costa Rica ni oficinas centrales con organización propia de personal, caja y presupuesto propios, como tampoco entes autónomos sometidos a órdenes con pérdida de su potestad de gobierno y planificación independientes. Ninguna de estas hipótesis es lógica, sino contradictoria con la íntima esencia de la autonomía misma.

Las haciendas autónomas, cuya principal característica y sustento es su autonomía financiera, resultan imposibles en Costa Rica a la luz de los artículos 176 y 180 de la Constitución Política que imponen el sistema de caja única de los fondos públicos centrales; y los entes instrumentales resultan igualmente imposibles, por el solo hecho de no estar expresamente consagrada su posibilidad. El principio es, por lo contrario, que todo ente autónomo, por el mero hecho de ser ente y no órgano, es libre y no súbdito frente al Estado. Así se desprende claramente del artículo 188 de nuestra Constitución Política.

c) Pues, en efecto, basta el hecho de una ley creadora de un ente público con una función especializada (por territorio, materia o personas) para que nazca sin más una institución autónoma, libre de toda sujeción jerárquica al Poder Central. En cuanto punto ideal y último de imputación jurídica, toda persona pública, por el solo hecho de serlo y salvo expresa disposición constitucional en contrario, debe reputarse dueña de todos los poderes necesarios para cumplir su cometido, pues la falta de los mismos motivaría una automática dependencia del otro

centro que habría de suplírseles y que, por ello, vendría a ser el punto de imputación verdaderamente operante de su competencia. De este modo, la idea de persona implica la de autosuficiencia en la acción como requisito indispensable para la libertad en ella, y como condición también para la responsabilidad emanada de sus actos, que tiene que ser propia y no del Estado, por ser propios y sólo a ella imputables los actos que la motivaron, si se quiere que sea verdadera responsabilidad.

El fenómeno de la imputación independiente produce, como se ve, el de la responsabilidad propia y ésta lleva finalmente, aunque por otro camino, a exigir una casi total libertad de acción, mientras no esté expresamente denegada por la Constitución. La personalidad de los entes públicos, entonces, encapsula la totalidad de los poderes administrativos necesarios para lograr su cometido en forma independiente y para evitar o asumir justificadamente las responsabilidades que se le imponen como consecuencia de su tarea. Debido a ello, el solo hecho de que nuestra Constitución trate a nuestras instituciones autónomas como si fuesen entes, y a sus directores como si fuesen personalmente responsables por su gestión, implica una titularidad plena y completa a su favor de todos los poderes administrativos propios de un jerarca central para el cumplimiento de sus cometidos. Se trata, quede bien claro, del simple hecho de la personalidad jurídica como fuente suficiente de la totalidad de los poderes administrativos en cabeza de la institución.

Hemos llegado, por dos diversos caminos (de exégesis y de lógica) a la única conclusión que en este largo discurso nos ha interesado verdaderamente: el ente autónomo en Costa Rica tiene la totalidad de los poderes administrativos necesarios dentro de su campo, en paridad de condición al respecto con el Presidente de la República y sus respectivos ministros. Resulta inconstitucional la ley que prive a un ente de alguno, algunos o de todos esos poderes, para dárselos al Estado o a otro ente, mientras no suprima al ente mismo. Sólo están vedados al ente aquellos poderes administrativos que resulten de exclusiva incumbencia del Poder Ejecutivo, por expresa disposición constitucional. I

Demostrado todo lo cual, por las razones apuntadas, cabe hablar brevemente del objeto y naturaleza de cada una de estas potestades.

LA NATURALEZA DE LOS PODERES DEL ENTE AUTÓNOMO

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COSTA RICA

Se ha examinado en el capítulo anterior la necesidad de que el ente autónomo se considere dotado en Costa Rica de todos los poderes administrativos útiles para el desarrollo de su función y propios de todo jerarca administrativo, en razón de su misma calidad de tal.

Conviene considerar ahora la naturaleza de cada uno de esos poderes.

Hemos analizado ya la naturaleza y alcances de la potestad de gobierno, que es la fundamental del ente. Su expresión más acentuada y típica está en la formulación de planes de administración y en la emisión de los presupuestos del ente. Aparte de este su aspecto de planificación funcional o financiera la potestad de Gobierno presenta otro de importancia, que es el poder reglamentario de la institución. Típico modo de decidir cómo debe realizarse en detalle el plan y el presupuesto previamente acordados en uso de su potestad de gobierno, la potestad reglamentaria del ente presenta finos problemas en el campo de la autonomía, todavía no exhaustivamente aclarados por la doctrina.

a) Las potestades comunes

De previo podemos enunciar brevemente aquellos poderes cuyo estudio es simple y cuya naturaleza, contenido y límites en las instituciones autónomas coinciden con los ya definidos y estudiados en textos y tratados como clásicamente propios de un jerarca administrativo. Ya se sabe cuáles son esos clásicos poderes: frente al interés público y frente a los subordinados. La posición del jerarca frente a la función pública implica la posibilidad legal de preparar las decisiones, a través de actos de inspección, comprobación, consulta, información, etc.; lo que significa que el ente puede darse a sí mismo —mediante reglamento autónomo— todos los órganos consultivos, inspectores o de información e investigación que estime necesarios para ejercer su función.

Esa misma posición frente al interés público exige y permite la potestad de decidir y de notificar las decisiones, así como también la de ejecutarlas.

Los poderes del jerarca frente a sus empleados son los que comprende su relación de jerarquía, de tan gastada enumeración: nombramiento, vigilancia, disciplina, ordenación de la conducta en forma concreta o a través de circulares, control de legalidad y de oportunidad, revisión, sustitución, avocación y delegación. El jerarca es, naturalmente, la Junta Directiva del ente, que es el órgano inicial del mismo, con el que principió su funcionamiento.

Cabe afirmar, al respecto, que nuestra Constitución implica y exige el carácter colegiado del jerarca del ente autónomo. Cuando dice el artículo 147 de la misma que corresponde al Consejo de Gobierno "nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo" supone claramente dos normas: a) que el órgano directivo del ente deberá estar integrado por varios y no por un solo Director; b) que hay Directores de este cuerpo que podrán ser nombrados por un ente distinto del Poder Ejecutivo.

El carácter colegiado es una forma implícita de afirmar la libertad del funcionamiento de la institución, pues los colegios están por encima de toda jerarquía por su propia estructura. Se trata de un grupo de titulares iguales en grado y poder, encargados de decidir por libre deliberación y no según voluntades extrañas, que eliminan toda alternativa de decisión.

b) La desconcentración dentro del ente autónomo

Generalmente nuestras leyes creadoras de entes autónomos se limitan a organizar al jerarca colegiado de los mismos y omiten la previsión de órganos o departamentos auxiliares. Resulta posible, pese a esta "unicidad" de órgano supremo, que el ente cree otros encargados de prestar funciones en su nombre?

La respuesta debe ser afirmativa. El ente puede, mediante reglamento propio, crear otros órganos que auxilien a su jerarca. El ente puede, en primer lugar, crear todos los órganos internos de preparación y ejecución de sus decisiones y programas, como ya antes se había advertido: órganos auxiliares de consulta, informa-

ción, investigación y requisición de actos y de hechos, y órganos de control.

El ente puede, en segundo lugar, crear órganos externos, no legalmente previstos, que lo descarguen de sus funciones ante el público. Pero, relativamente a este tipo de desconcentración externa, cabe hacer una salvedad desde ahora. La dicha potestad sólo existe cuando el servicio que la institución presta es material o técnico, y de libre goce por el particular usuario; y es imposible, al contrario, cuando la actividad de la institución es jurídica y autoritaria, porque es propiamente de imperio y coacción, y no un servicio público. En el primer caso, en efecto, el ente ejerce una potestad permitida por la misma ley, aunque sea tácitamente, porque entre las potestades del jerarca debe considerarse incluida la de crear y utilizar los modos de gestión de su servicio que hagan posible la prestación eficiente del mismo, cuando ello no entrañe disminución del poder legal del jerarca ni ataque los derechos del particular. Modos de gestión que obviamente incluyen la potestad de desconcentrar las funciones del ente, cuando la concentración quebrante la agilidad y regularidad del servicio.

En el segundo caso, cuando se trata de una actividad externa de imperio, encomendada a una institución como medio para el cumplimiento de su específico fin, opera también en toda su amplitud el principio de la legalidad. Es decir, opera la necesidad de respetar la ley formal de organización del ente y de atribución de poderes y de cometidos al jerarca, sin posible interferencia de una norma no legislativa, que pueda desvirtuar la garantía constitucional de la libertad y de la propiedad que tal reserva legal persigue. El ente, en este caso, sólo puede desempeñar sus funciones a través de su Junta Directiva, que es la única que las tiene por ley. Desde el punto de vista de la reserva legal, que sólo persigue la protección a la libertad y a la propiedad individuales, resulta una garantía adicional el que sea una Junta Directiva, y no otro órgano de menor rango y con menor capacidad determinativa, la que haga uso de aquellas funciones, que por sí representan un peligro para esos derechos.

En el caso de los servicios públicos hay una posibilidad de beneficio más que de perjuicio en su funcionamiento y el ente puede, precisamente en ventaja del particular, imprimir a su organización la estructura más ágil y matizada posible. No obstante,

ello tiene una fundamental limitación: el reglamento autónomo puede desconcentrar las potestades legales de la Junta Directiva trasladándolas a otros órganos, siempre y cuando mantenga a éstos sometidos a jerarquía plena en cuanto a su funcionamiento. La jerarquía supone una fungibilidad unilateral de la competencia del inferior frente al superior, en virtud de la cual éste debe poder hacer lo mismo que aquél y sustituirlo en su función, mediante el poder de avocación. Fundamentalmente, además, la jerarquía implica subordinación frente a las órdenes puntuales y detalladas del jerarca. En síntesis puede decirse que la jerarquía supone que existe un órgano superior, con una competencia igual a la del inferior, naturalmente en cuanto a la materia y el territorio correspondientes.

Por lo que puede afirmarse que es posible la desconcentración dentro de la jerarquía, en la hipótesis de los entes autónomos que emiten reglamentos, porque en el caso esa desconcentración significa darle poderes a un nuevo centro sin quitárselos al jerarca que ya los tenía.

Principio éste que permite sentar otro: los entes autónomos no pueden desconcentrar sus poderes mediante la creación de órganos colegiales que decidan en lugar del ente, porque los colegios —como se vio— no pueden estar sometidos a plena jerarquía. Frente a los mismo el poder de decisión avocatoria y de ordenación —por actos concretos o circulares— no existe.

c) Las potestades de imperio y el principio de legalidad

Están dentro de las potestades implícitas de la Constitución las llamadas de "imperio", que permiten mandar y disponer de derechos de terceros, extraños a la institución, que no son sus empleados ni sus usuarios? Tales potestades no van implícitas en la posición de jerarca administrativo, porque están rígidamente sometidas al principio de legalidad. Precisemos mejor el alcance de éste, para dividir bien el problema que el mismo plantea.

Nuestra Constitución —en tanto que típica de un estado liberal— ha reservado el régimen de las interferencias contra la libertad y los derechos individuales, a la Asamblea Legislativa. Ello significa que no puede realizarse ningún acto de imperio, que perjudique un derecho o imponga un deber, sin que lo autorice

una ley formal y material a la vez. Es la formulación del principio de legalidad, que equivale a una reserva de ley dentro de un Estado liberal, cuando se trata de regular los derechos y las garantías fundamentales del individuo. Este principio lo consagran los artículos 28 y 45 de nuestra Constitución, pero es el resultado, sobre todo, de los motivos y de los fines de un régimen con división de poderes, cuyo texto expreso carecería de sentido si no se aceptara la dicha interpretación.

Todo Estado liberal de derecho, como el nuestro, se compone de tres fundamentales elementos que enmarcan la actividad del Gobierno, a saber: a) Definición de los derechos y garantías individuales y sociales, como límite infranqueable para la acción del Estado; b) Sumisión de todo acto concreto a una norma general previa y de toda autoridad inferior a los actos legítimos de las otras autoridades superiores; c) División de poderes según un criterio de distribución de las funciones y no según un criterio de especialización en el trabajo, variable con la calidad y cantidad de las necesidades públicas.

Estos ingredientes tienen un orden de importancia inverso al que se les dio en su enumeración. De este modo, puede decirse que la separación de las funciones existe fundamentalmente para hacer posible que se respeten las normas generales y, a través de éstas, las garantías o derechos fundamentales del individuo. La división de poderes no es otra cosa que una garantía de esos derechos constitucionales. Dentro de esa distribución de funciones —cada una igual a una definición lógica invariable— corresponde la primacía a la Asamblea, que es la llamada a definir las posibles limitaciones, restricciones o supresiones de los derechos por la autoridad pública. El objeto principal de la ley es, justamente, hacer posible la certeza y la seguridad en cuanto al contenido actual y las limitaciones posibles a los derechos individuales, mediante una norma general que se pueda conocer exactamente antes de su aplicación al caso concreto. Por tanto, es normal en la ley disponer sobre los derechos individuales y definir las potestades públicas que pueden interferirlos o limitarlos. Puede haber una ley que no tenga ese contenido, pero no puede haber una norma que lo tenga y que no sea una ley normal. El reglamento, frente a la ley, carece de la fuerza necesaria para suprimir derechos o imponer deberes de prestación personal y sólo puede regular las cargas o requisitos para el ejercicio de los

derechos o deberes, sin agravar extraordinariamente los previstos directamente por la ley.

En virtud de todo ello, sólo la Asamblea puede autorizar la supresión o restricción de las libertades, o derechos constitucionales o legales, aunque sea otro ente o Poder el que lleve a cabo el acto concreto que causa el perjuicio. Esta reserva es absoluta e indelegable en todo caso, o relativa y compatible con la delegación del régimen correspondiente en el Poder Ejecutivo? Al respecto cabe hacer una observación definitiva: la Asamblea puede delegar, sentando las líneas directivas y contenidos fundamentales de la actuación delegada en regímenes que expresamente admitan tal potestad en sus constituciones; no lo puede hacer en un sistema como el nuestro, cuya constitución expresamente consagra el opuesto principio de la indelegabilidad de funciones públicas, de poder a poder. Para este efecto la regulación detallada de una materia excluye la delegación, porque la norma siguiente que se produzca después de la misma habrá de equipararse necesariamente a un reglamento de tipo ejecutivo.

Así, pues, sólo por ley formal o con base en una ley formal puede el Estado o el ente autónomo interferir la esfera de derechos ajenos de tercero, como las garantías constitucionales. Estas garantías y en general todo "derecho originario", según la palabra de Burgoa, aunque sea de fundamento legal y por el solo hecho de no ser "derivado", nacido de acto administrativo del ente o del Estado, están reservados a la ley en todo lo concerniente a su régimen. Sólo con la naturaleza, fundamento, función y alcances que la ley les otorgue pueden existir o darse las potestades de supresión o disminución de tales "derechos originarios". Si no los otorga la ley, tales poderes no existen, aunque resulten necesarios.

Sobre la base de esta conclusión resulta fácil saber lo que puede hacer o no hacer una institución autónoma, por la vía del imperio y la coerción. El ente autónomo se halla al respecto en igual situación que el Estado central, que sólo puede hacer en ese campo lo que la ley le permite, en la medida en que se lo permite. Es el principio de legalidad.

Este principio tiene que ser interpretado en forma flexible, para no paralizar la actividad pública. Es imposible exigir que siempre haya una ley que expresamente prevea la potestad o el acto de

que se trata, en forma específica y completamente detallada. Es decir, no se requiere que se precisen expresamente todos los elementos del acto administrativo, sujeto, objeto, presupuesto, motivo, fin, forma, procedimiento. La previsión del acto puede ser genérica, imprecisa e incompleta. Pero se requiere, en todo caso, que haya una disposición expresa que especifique no sólo el sujeto y el fin, sino también el presupuesto de hecho o el contenido posible del acto de autoridad. La fundamentación de este principio sale del ámbito de este trabajo, porque lo dicho no es otra cosa que compendio de lo expuesto en tratados generales alrededor del problema también general de la legalidad administrativa. Pero, quede claro que existe una razón fundamental para que ello sea así, que satisfice suficientemente la curiosidad en cuanto a los fundamentos de la afirmación hecha. Razón que es la siguiente: la función primordial de la ley es desarrollar la Constitución y ajustarla a la realidad en que se aplican sus preceptos. La ley debe ser y tiene que ser más precisa que la Constitución, sobre todo en lo tocante a libertades. Y la Constitución acostumbra regular la actividad pública que puede colisionar con esas libertades a través de la expresión de sujetos, cuando organiza los poderes y de fines, cuando les atribuye cometidos o tareas. Si la ley sólo regulara sujetos y fines mantendría igual vaguedad e imprecisión que la Constitución misma en cuanto a las potestades jurídicas de autoridad. En rigor, prescindiría absolutamente de la regulación detallada de los medios aptos para lograr esos fines, cuya concepción y coordinación con la realidad social es precisamente la función de lo legislativo. Para que ésta se cumpla se requiere, que, además de sujetos y fines de las potestades de imperio, se diga al menos en forma genérica e imprecisa cuáles pueden ser los presupuestos de hecho, o el contenido y efectos posibles de los actos que se realicen para llevar a cabo aquellos cometidos.

Este circundar la conducta y precisarla en los aspectos que la individualizan y diferencian de otra que tenga igual materia genérica y competa a igual sujeto, expresando su presupuesto o su contenido, es precisamente la función del principio de legalidad, que así se distingue de una mera y peligrosa constitucionalidad en relación con la conducta de imperio.

Puede, entonces, reiterarse el concepto sentado: Todo acto de imperio de una institución autónoma, normativo o no, debe estar

regulado en cuanto a su sujeto, fin y, alternativamente, presupuesto de hecho o contenido posible. Si no lo está el acto no es jurídicamente posible y es nula su emisión, aunque la misma sea justificable por graves razones de interés público.

d) Las potestades de imperio y la analogía

Cabe, sin embargo, avanzar una decisiva cuestión: ¿cuándo se discute sobre la naturaleza pública o privada de una relación jurídica o de cualquiera de sus elementos (sujeto, objeto, acto, hecho) no se intenta precisamente descubrir la condición necesaria para aplicar por analogía el derecho público, cuando calla o es omisa la ley en algún importante aspecto del régimen de esa relación o acto? ¿No es posible legitimar por analogía actos no previstos ni expresamente regulados, siempre y cuando provoquen necesidades iguales y tan urgentes como las que motivan la emisión de otros actos que sí están expresamente regulados? ¿Y si ello no es posible no consiste, entonces, el derecho administrativo como ciencia en una mera exégesis positivista de textos legales, sin adición alguna de principios y reglas nacidas de un criterio más ajustado a las necesidades públicas y a los fines de la ley administrativa que tiende a satisfacerlas?

Creo yo que esta última pregunta —cuya contestación afirmativa es consecuencia lógica e inevitable de la contestación afirmativa a las dos primeras— implica en sí misma la solución acertada del problema. Porque, según todo lo anteriormente expresado, el derecho administrativo es un derecho cuyo típico objeto es vincular la conducta a una finalidad y condicionar su legalidad a la persecución correcta de su logro.

Hemos visto, en efecto, que la administración es una actividad dirigida a obtener ciertos resultados o a realizar ciertos valores en la vida social, a través de obras de todo tipo. Es esencial, para comprender el derecho administrativo, entender sobre todo los resultados prácticos que la aplicación o creación de sus normas quieren producir. Lo fundamental para comprender lo que el derecho administrativo permite —incluso cuando se trata de las potestades de imperio— es atender a las necesidades públicas en juego y, sin más, aplicar la misma disposición ahí donde hay la misma razón. Este sencillo y manido aforismo jurídico es la máxima elemental fundamental en la interpretación del derecho administrativo.

El derecho administrativo carece de sistema positivo y es, en lugar, un derecho lagunoso y contradictorio en el texto de las leyes, pero armónico y lógico en las construcciones doctrinarias, hechas para suplir esas lagunas mientras la ley expresamente no lo haga por su cuenta o en contradicción con los principios de esa doctrina. La interpretación de la ley administrativa está centrada toda ella en la tendencia a ampliar los alcances de la ley incompleta con las generalizaciones de la doctrina, siempre y cuando ello sea razonablemente posible a partir de un texto expreso.

Sólo nos cabe agregar aquí que el método de interpretación que se sigue en el derecho administrativo es el llamado teleológico y no el lógico; y que la lógica para construir y acabar las generalizaciones inductivas que completan su contenido es la de lo razonable, según palabras de Recasens, y no la silogística.

Se trata, en todo caso, de un principio de interpretación y no de uno de integración, en el sentido técnico distintivo de ambos vocablos. Interpretación, que es captación de sentido de una ley existente, e integración, que es creación de una norma nueva para el caso concreto. La integración en cuanto a las potestades de imperio, para permitir una que no es legitimable siquiera por analogía, resulta imposible. Sólo se puede llegar —pero es también lo más a que se puede llegar— a la analogía, concibiendo ésta —como lo hacemos nosotros— como una forma de interpretación y no como una forma de integración. Porque esta última, dada la rígida limitación que produce el principio de legalidad sobre la actividad autoritaria del Estado, cuando exige la existencia de una regla que autorice esa actividad para hacerla legítima, está implícitamente prohibida en un sistema demócrata liberal como el nuestro. Su aplicación queda restringida, como también se explicó anteriormente, al ámbito interno de organización de cada ente. Dentro de este campo, en el cual el Estado puede actuar sobre la base de simples reglamentos autónomos, puede también hacerlo sin sujetarse a una norma previa, realizando actos atípicos de autoridad.

Cuando el Estado sale del ámbito interno, para prestar servicios o para controlar y limitar el ejercicio de los “derechos originarios” de los particulares, el Estado sólo puede actuar sobre la base de una ley o por analogía con ella, nunca en posición de creador del

orden jurídico. Pero mientras tenga pie para extender sus potestades expresadas a hipótesis similares, aunque parcialmente diversas, el Estado puede hacerlo si en ambos casos hay igual necesidad pública a satisfacer. La interpretación analógica de las potestades de policía es extensiva y, salvo el caso de las penas, no puede considerarse excepcional.

Un ejemplo sencillo y convincente (fuera del clásico caso del cartelón ferroviario que prohíbe el ascenso al vagón de pasajeros con perros o gatos, y respecto del cual se preguntaba el tribunal en un famoso caso alemán: prohíbe también el ascenso con un cachorro de león o de tigre?): nuestro reglamento de bombas de gasolina, que exige toda clase de dispendiosas condiciones de seguridad, está hecho nada más para el expendio de gasolina a vehículos automotores. En el campo se acostumbra expender gasolina para fines diversos y en menores cantidades, pero en condiciones totalmente primitivas (en estañón, con venta a mano y succión por "guacal", en negocios que también expenden otros materiales inflamables, etc.), y con mucho mayor peligro que el que objetivamente presenta o puede presentar en un caso concreto una bomba urbana para vehículos automotores. ¿Habrá de permitirse al expendedor rural que ponga en peligro la vida de peatones, clientes y trabajadores de su expendio simplemente porque el mismo no es una bomba según la definición legal y, tal vez con el cálculo del dueño, no le son literalmente aplicables las normas que regulan aquellas? Obviamente, hay igual necesidad, igual falta de medios para eliminarla e igual o mayor peligro que en el caso de una bomba urbana común. Las exigencias de aquel reglamento, cuando menos en lo compatible con las propias del caso en examen, habrán de imponerse al comerciante rural que funciona en tales condiciones y prohibirle el expendio o imponerle su acomodo a la seguridad.

Igualmente puede decirse con la norma de nuestra Ley de Construcciones que otorga facultad a la Municipalidad para, mientras no planifique la urbanización de sus pueblos, disponer caso por caso donde deben ubicarse los establecimientos molestos y, si fuere necesario, clausurarlos. Sería posible considerar que tal norma no es aplicable al establecimiento o expendio de gasolina arriba descrito, aunque ningún artilugio lógico pueda equiparar lo molesto con lo peligroso? O más claro, aunque lo molesto no sea

lo peligroso y el dicho expendio sea peligroso y no molesto, ¿no es aplicable en nuestro caso tal potestad municipal de clausura y traslado, si las razones, necesidades e intereses que se consideraron cuando se creó aquella disposición (artículo 63, Ley de Construcciones) son las mismas que inevitablemente entran en consideración cuando se considera este segundo caso?

Este ejemplo, visto desde el doble ángulo expuesto, revela que el principio de legalidad administrativa tiene su principal punto de flexión en el principio de la interpretación analógica; y su punto de mayor rigidez cuando se trata de un caso de integración, porque ésta, en cuanto supone una total ausencia de norma sobre caso similar o un caso totalmente disímil y nuevo, asume como base de operación aquella hipótesis que el principio de legalidad precisamente excluye de toda intervención autoritaria y abandona a la soberana libertad del particular. Existe al respecto y frente a la potestad de imperio del Estado una limitación formal casi tan rígida como la que existe en el Derecho Penal, donde dice la Constitución que no hay crimen ni pena sin previa ley que los defina. Sólo hay —ente la potestad punitiva penal y la administrativa— una diferencia esencial, a saber: que en materia penal la interpretación analógica en disfavor del reo está prohibida e impuesta la contraria a favor de éste; en tanto que en el derecho administrativo está permitida la analogía que amplíe el ejercicio del imperio a casos no específicamente previstos en su totalidad, y prácticamente prohibida la interpretación en favor del particular afectado.

Con estos elementos de juicio puede responderse claramente a la cuestión primeramente formulada sobre la existencia y amplitud de las potestades de imperio en el jerarca de un ente autónomo. Puede contestarse: todo ente autónomo que ejerza una potestad de imperio tiene que hacerlo con base en una ley formal, emanada de la Asamblea Legislativa; y es inconstitucional y viola el principio de división de poderes, toda disminución de un derecho o imposición de una obligación por la vía del imperio que realice un ente autónomo con base diferente, aún si es otra norma general, como un reglamento autónomo propio. Un reglamento de un ente o uno del Poder Ejecutivo pueden regular también actos de imperio, pero sólo si se trata de reglamentos ejecutivos, que desarrollen las condiciones, requisitos y modos de ejercicio de

los derechos o deberes consignados en una ley formal previa. Es decir, sólo si no son autónomos a ese respecto. En ningún caso puede la Asamblea Legislativa delegar en un ente autónomo o en el Poder Ejecutivo la regulación inicial y primaria de una materia, sobre bases enteramente libres o no sustancialmente reguladas por ella misma, para permitir actos de imperio y limitaciones a los derechos de libertad y propiedad.

Es por todo ello, finalmente, que un ente autónomo puede dar órdenes, imponer prohibiciones, expedir certificaciones necesarias para adquirir derechos o ejercerlos, crear servidumbres públicas, expropiar o requisar, etc., exclusivamente si hay una ley que se lo permita y establezca por sí misma el régimen fundamental —en lo tocante a sus consecuencias jurídicas— de tales potestades, aunque sea en forma genérica e imprecisa. Que es la última advertencia que resta en lo tocante a la legalidad del imperio descentralizado: tal legalidad, como en el caso de la administración central, es perfectamente compatible con la discrecionalidad que indica una posibilidad de escoger y de precisar lógicamente los conceptos vagos, equívocos o imprecisos.

e) La potestad reglamentaria del ente autónomo

Sobre las ideas y conclusiones expuestas, toca ahora analizar brevemente la potestad reglamentaria de las instituciones autónomas. Porque resta una importante aclaración: todo lo dicho, en cuanto a la reserva legal de los derechos y libertades individuales oponibles a un ente autónomo, se refiere exclusivamente a la actividad de imperio de éste, que puede suprimir poderes o crear deberes en perjuicio de terceros extraños al servicio, o en perjuicio de los mismos usuarios de éste en la medida en que también son extraños y no se consideran como usuarios. Porque la potestad de imperio y reglamentación subsiste a favor del ente autónomo sobre todos los aspectos del servicio en prestación, siempre y cuando afecte a los usuarios únicamente en cuanto receptores del servicio.

Más claro: el usuario es un sujeto de situaciones jurídicas múltiples, además de la de usuario; es padre de familia, propietario de bienes raíces, socio de empresas, profesional, funcionario público, trabajador, etc. Y, además de todo eso, es usuario del servicio

prestado por una institución. En aplicación del principio de reserva legal de los derechos individuales, el ente público no puede afectar ni perjudicar ninguno de los derechos que el usuario tiene en calidad diversa de ésta, porque ello sería interferir coactivamente con una esfera garantizada de libertad y está prohibido por la Constitución, sin una ley expresa que habilite a hacerlo. Así como el ente autónomo no creó esos derechos, en cuanto gestor del servicio que le corresponde, así tampoco puede suprimirlos o desminuirlos sin el consentimiento de sus dueños.

En cambio, sí puede regular la prestación del servicio e imponer al usuario todos los sacrificios de su libertad que estime necesarios para asegurarle la continuación en el goce del mismo. En este caso no hay privación de la libertad, porque el Estado no impone el servicio ni su continuación, sino que deja libre al individuo para aceptarlo o rechazarlo. Pero, si el individuo lo acepta, tiene que hacerlo en las condiciones de organización y prestación que el jerarca indique, y sometido al poder unilateral de administración de este jerarca. El particular, en otras palabras, toma el derecho el servicio en las condiciones en que el ente autónomo se lo ofrece, y entre ellas la fundamental es aquella sumisión de los usuarios a la potestad pública del jerarca para organizarlo y acomodarlo al interés público. En uso de este poder el jerarca puede imponer al usuario toda clase de restricciones y obligaciones de conducta, para hacer posible la concurrencia con los otros usuarios; y aún algunas sanciones pecuniarias que puedan considerarse por su monto como accesorias del servicio, y como punición razonable en comparación con lo que aquél recibe económicamente del ente o del Estado. Lo más que el usuario puede perder a título de sanción, o que el ente puede cobrarle o quitarle en ese concepto, es el equivalente económico de la prestación suministrada; nada más. Todo lo que exceda de este límite y exija una responsabilidad disciplinaria de valor económico mayor que el del servicio procurado como contraprestación, es una forma de pena incidente sobre el patrimonio del usuario en cuanto es tercero, porque no guarda relación con lo que éste recibió o ha recibido de la organización dentro de su esfera de poder.

Tampoco puede la institución autónoma regular e imponer por reglamento las condiciones de admisión al servicio ni la extinción del derecho del usuario. No puede regular la admisión del parti-

cular al goce del servicio porque el acto correspondiente afecta una situación jurídica del particular cuando todavía no es usuario, para convertirlo en tal. La función del acto de admisión es, justamente, convertir el derecho a ser admitido, en el derecho al servicio mismo. Aquel derecho lo tiene o puede tener el particular desde que el servicio —como organización— queda abierto al público, en virtud de su instalación completa; a partir de ese momento todo particular tiene derecho, en virtud del principio de igualdad en la prestación propio de todo servicio público, a ser admitido al goce de éste si reúne las condiciones previstas. Pero, entonces o todavía entonces, no es usuario, porque le falta ser admitido y obtener el derecho al disfrute de la prestación: el acto de admisión lo mismo que el de rechazo del particular afectan una relación de éste antes de ser usuario, que, por eso mismo, queda fuera del ámbito de la potestad reglamentaria y de imperio del ente. Las condiciones de admisión o de rechazo sólo pueden ser creadas por ley formal, emanada de la Asamblea Legislativa.

Lo mismo puede decirse —por iguales razones— de la facultad de la institución para regular en forma autónoma la caducidad del derecho o su extinción, salvo retiro voluntario del usuario. El derecho al servicio ha sido previsto y está regulado necesariamente por la misma ley que lo crea. Aún si la ley no habla expresamente de ese derecho y lo configura como tal, implícitamente lo consagra al organizar el servicio y ponerlo a disposición del público. La extinción de ese derecho sólo puede ser regulada por ley formal, que es la vía única para su creación, y nunca por reglamento autónomo de la institución que lo presta. Lo contrario sería extinguir por reglamento un derecho creado por ley formal.

Es obvio, también, que la institución no puede regular, sin una ley expresa que así se lo permita, la imposición del servicio, ni para iniciarlo ni para continuarlo. Ello representaría una imposición del servicio, convirtiéndolo en obligatorio para su beneficiario, con restricción evidente de la libertad del individuo. Sólo la ley puede operar y regular tal efecto, como lo ha hecho con el seguro social, la enseñanza primaria, los riesgos profesionales de cobertura obligatoria, la afiliación obligatoria a las Cámaras o Colegios Profesionales, etc. Toda disposición similar o igual emanada de un ente autónomo sería evidentemente inconstitucional.

Fuera de estos casos —que son los de más común ocurrencia— y de todos los otros que puedan implicar violación del principio de reserva legal de los derechos y garantías individuales, el ente conserva irrestricta su capacidad para reglamentar exhaustivamente todos los aspectos de prestación del servicio, así como lo concierne al contenido de la prestación, su horario, el lugar, las tasas, la calidad y técnica empleadas, el volumen de la prestación, etc., todo lo cual puede ser regido por reglamento autónomo mientras no viole prescripciones legales o constitucionales y no perjudique derechos del usuario o de terceros, extraños a la relación de servicio que se ejecuta.

Es esta potestad de reglamentación autónoma del servicio, en lo que se refiere exclusivamente a la organización del mismo y a sus relaciones con el usuario como tal, ámbito que podría llamarse “interno”, la que la doctrina llama supremacía especial de la administración, frente a un derecho también especial, llamado en Italia y Alemania “derecho de casa” (*diritto della casa*).

Dice Renato Alessi al respecto:

“En conclusión, el problema relativo a la identificación de las relaciones administrativas de las que puede ser accesoria una supremacía especial del ente público, fuente de deberes y de derechos para los particulares, con una sujeción correlativa de los mismos, se resuelve diciendo que una total supremacía puede existir siempre que el tipo de relación implique un directo contacto personal, permanente y continuo entre el particular y la administración, que exige disciplinar el comportamiento personal del individuo para asegurar el mejor cumplimiento de la relación misma, porque resultan insuficientes para el caso tanto la normal supremacía general de la administración, como también en especial, su común poder preventivo de policía, que en esta supremacía se funda (*Sistema Institucional del Derecho Administrativo Italiano*, pág. 206).

Esta potestad o supremacía especial, que lleva a la reglamentación autónoma de los servicios por las instituciones públicas que están encargadas, es una potestad subordinada a la ley, como toda otra manifestación de la autonomía según ya quedó anteriormente demostrado. Se había afirmado que cuando una institución puede emitir reglamentos especializados en su materia y hacerlo en forma autónoma, aunque no haya ley preexistente que ejecutar, las

normas así nacidas están potencialmente subordinadas a las futuras leyes que recaigan sobre igual materia porque así lo impone la superioridad de la legislación frente a la autonomía, fundada en los artículos 188, 189 y 190 de nuestra Constitución.

Y vimos también que ello es así, no obstante la especialización por materia propia de la institución como tal, porque nuestra Asamblea puede en virtud de esa su afirmada y gratuita supremacía constitucional regular toda clase de materias que no le estén expresa o inequívocamente vedadas por la Constitución, como en los casos de la Universidad y del Tribunal Supremo de Elecciones (competencias excluyentes por materia) según lo anteriormente analizado. Por ello interesa ahora hacer un estudio somero del fundamento y alcances de esta potestad reglamentaria de las instituciones autónomas. Es decir, analizar su compatibilidad con el sistema de división de poderes, su causa y su posición frente a los reglamentos del Poder Ejecutivo.

f) La potestad reglamentaria de los entes y la división de poderes

En líneas anteriores hemos aceptado, sin fundamentarlo expresamente, que los entes autónomos tienen la potestad de reglamentar su servicio, en tanto no toquen ni disminuyan derechos de terceros ni de los usuarios considerados como terceros.

Los reglamentos de las instituciones autónomas son posibles en un sistema con el nuestro por doble razón: 1) porque los entes autónomos ostentan una función administrativa y ésta implica la potestad reglamentaria común, de tipo ejecutivo; 2) porque todas las instituciones autónomas tienen una función de servicio público, de asistencia y fomento, que implica igualmente la potestad de regular esa prestación en beneficio de su regularidad y consecuentemente del público mismo.

1) Para acabar la primera idea expuesta en cuanto al fundamento y necesidad de la potestad reglamentaria común, dentro de un régimen de división de poderes, conviene reseñar brevemente la doctrina sobre el tema, que evidencia el carácter inmanente de dicha potestad en cualquier función administrativa.

Con su acostumbrada lucidez, el tratadista Sayagués Laso ha dicho:

“La potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y, por consiguiente, propia de la administración. Esta tiene a su cargo múltiples cometidos, para cumplir los cuales eficientemente necesita no sólo realizar actos subjetivos y operaciones materiales, sino también dictar normas generales, especialmente para regular la actuación de sus propios órganos. El poder reglamentario radica, pues, en la naturaleza misma de la función administrativa” (op. cit. pág. 134, tomo 1).

Es curioso observar la confirmación práctica o velada de esta misma tesis aún por los más tenaces sostenedores de la opuesta, que exige expresa previsión para la existencia del poder reglamentario. El profesor Alessi, dice al respecto:

“Con base en la división de poderes, por la que la competencia normativa de la autoridad administrativa tiene que ser excepcional y derivada, se revela justamente que la competencia reglamentaria no puede subsistir sino con base en una atribución de potestad por la Constitución o la ley” (ob. cit. pág. 290).

Pero continúa diciendo:

“Esta atribución, tómesese en cuenta, puede darse en diversos modos y también en forma puramente implícita. Así para los estatutos de los entes auxiliares, la potestad relativa deriva implícitamente de la concesión de autonomía al ente auxiliar... en el caso de reglamentos para el ejercicio de servicios públicos la atribución está implícita en la atribución de la potestad para prestarlo, que exige una reglamentación de parte de la autoridad que lo presta” (ob. cit. pág. 290).

Resulta claro de esta cita que la potestad reglamentaria es imprescindible para prestar un servicio público y que, por ello, existe en el jerarca del mismo, aunque implícita en sus otros poderes administrativos. Para nosotros esto es lo mismo que decir que está directamente fundada en la necesidad de su existencia y en la función administrativa de que se trata y no en una expresa y específica atribución de ley o de Constitución. Son aquellas y necesidad y función, y no estas normas en cuanto específicamente referidas a la potestad reglamentaria, las que la producen automáticamente y sin conflicto alguno con la división de poderes.

En qué forma logra armonizarse un potestad reglamentaria de leyes de policía de alcance limitativo de las libertades y derechos individuales, indirectamente radicados en la Constitución, con los principios de legalidad y de reserva de ley, ya previamente explicados, es algo claro si se piensa que se trata, ahora, de la potestad reglamentaria común y que ésta, por su propia función, supone siempre una ley de cuyo contenido toma el suyo propio y también los límites de éste. Más claro: se trata de un tipo de reglamento que tácitamente se funda, caso por caso, en expresa, la autorización para detallarla y hacerla aplicable, siempre con absoluto respeto a su contenido y su fin. No es, pues, una específica atribución abstracta de la potestad —de origen legal o constitucional— abierta para toda clase de futuras reglamentaciones, sino una autorización tácita para una ulterior regulación de sus propios términos, contenida en cada ley y dirigida a la autoridad administrativa que es su destinatario.

2) Esto es así, en relación con la potestad reglamentaria de leyes preexistentes, que cristaliza en los llamados reglamentos ejecutivos. Igual panorama, aunque con más laboriosa fundamentación, en el caso de los llamados reglamentos internos o autónomos, como los de organización o de servicio. En esta hipótesis es bien claro que la potestad necesaria existe fuera de toda autorización constitucional expresa y aún contra toda previsión legal opuesta.

Estos últimos reglamentos se reconocen unánimemente como fundados en la simple necesidad de su existencia y en la división de poderes. Aún los autores que admiten la necesidad de una ley expresa para la potestad reglamentaria común, de alcance externo frente a terceros derecho-habientes, llanamente aceptan el carácter tácito e inevitable de la potestad autónoma interna de regulación del servicio. Dice al respecto el ordinario de derecho administrativo de la Universidad de París, profesor Marcel Waline:

“Los poderes de policía se hallan estrechamente limitados por la noción de libertad pública. Las autoridades de policía deben respetar las libertades públicas en todo lo que una restricción de las mismas no sea ineludiblemente exigida por una necesidad pública... Al contrario, a partir del momento en que la actividad reglamentada puede ser considerada como parte del funcionamiento de un servicio público, toda libertad desaparece y la autorización

para asumir la gestión de aquél puede condicionar las relaciones entre el servicio y el público a un minucioso elenco de cargas y abarcar el cuadro de tarifas máximas a percibir de los usuarios; desaparece, en realidad, la libertad de precios..." En general, se puede decir que todo jefe de servicio autónomo tiene poder para regular la organización y prestación del servicio" (Tratado de Derecho Administrativo, págs. 112 y 605).

O bien, como claramente apunta Ernesto Forsthoff:

"La relación especial de poder sólo debe darse por existente cuando hay un círculo de personas perfectamente delimitado —con o sin asiento territorial cerrado— que se halla en una situación particular de dependencia respecto del poder público, ya sobre la base de una norma, ya en virtud de una declaración efectiva y no fingida de cada uno de los interesados. Estos son los reglamentos administrativos dados en el marco de los llamados establecimientos públicos..." "La facultad de dictar reglamentos administrativos va incluida en el poder general de soberanía propio de la Administración. Por consiguiente, no necesitan autorización especial..." "Los miembros de una corporación de derecho público se hallan, respecto de ésta, en una relación especial de poder. Las resoluciones que únicamente obligan a los miembros usuarios y no tienen ninguna repercusión sobre el exterior, representan únicamente una réplica del reglamento administrativo y no tienen carácter de norma jurídica... Por lo mismo, no necesitan un especial fundamento legal ni una forma determinada de darse —al público— conocimiento de las mismas" (Tratado de Derecho Administrativo, págs. 201, 204 y 205, ed. Instituto de Estudios Políticos, trad., Legaz Lacambra).

Aparte de la consideración de los reglamentos internos como normas no jurídicas, que rechazamos, resulta claro que el autor sostiene el carácter originario y autónomo de la potestad reglamentaria, porque su ámbito es interno y restringido a los usuarios del servicio en cuestión. Podemos agregar que así es, además, porque ese ámbito interno asegura automáticamente la compatibilidad entre un poder normativo de la institución y la división de los poderes.

3) Pues, en efecto, ésta se hizo para el Estado Gendarme, propio del liberalismo, en el que el Estado aparece ejerciendo únicamente potestades de limitación y de control de la actividad privada y como

un peligro para la libertad individual. La división de poderes no tomó en cuenta la posibilidad de un Estado benefactor —así considerado a priori— que interviniera en la vida económica para dar servicios al costo o a menos del costo, en beneficio de la colectividad. La reglamentación autónoma del ejercicio de la policía (supresión de derechos, imposición de cargas) por el propio ente o poder titular de ese ejercicio, representaba lógicamente un peligro de engrandecimiento y abuso de los gobernantes a costa de los gobernados. Pero la reglamentación de un servicio público y la supresión de derechos o la imposición de cargas al particular, como condición para que éste goce de un servicio de disfrute voluntario por su parte, solidariza las posiciones de ambos y hace menos peligroso e inofensiva la potestad reglamentaria.

4) El sistema de división de poderes como ingrediente del Estado liberal supone los tres siguientes elementos: a) La existencia de derechos de libertad anteriores al Estado mismo, que se llaman originarios; b) el tercero o individuo extraño al Estado, que es el titular de los derechos originarios; y c) la división misma, según el concepto clásico, dirigida a evitar los abusos contra aquellos derechos.

Es necesario insistir en la distinción ya apuntada entre derechos originarios y derivados, tal y como la expone Burgoa. Los primeros creados por la Constitución o por la ley, pero siempre a partir de un hecho jurídico y no de un acto administrativo. Otorgados generalmente por el solo hecho del nacimiento del individuo como en el caso de las garantías individuales, que son los derechos originarios de tipo fundamental. Y frente a éstos, aquellos derechos creados por el Poder Administrador, mediante un acto administrativo —naturalmente autorizado por ley— que es llamado acto de admisión. La admisión es el acto que convierte un derecho a ser admitido en un servicio en el derecho a gozar del servicio que el Estado presta; y en esto se diferencia de la concesión que es el acto que crea un derecho a un servicio en forma puramente discrecional, sin que preexista en el particular derecho alguno a obtenerlo.

En todo caso, por actos de admisión o concesión, el particular entra en contacto con la Administración, que así amplía la esfera jurídica y material de aquél procurándole la oportunidad de gozar de un derecho y de una prestación que nunca hubiera tenido sin

la intervención administrativa. El Estado deviene benefactor del individuo, a quien ayuda a completar su felicidad y bienestar, y abandona su misión puramente contralora y opresora de la actividad privada para convertirse en un agente conformador de la vida social, que intenta dirigir y lograr la realización de la justicia distributiva en la comunidad. Compite con el que puede más para proteger al que puede menos; sustituye al que no puede —aunque quiera— prestar un servicio o participa con él en su prestación. Ha nacido el Estado intervencionista o asistencial, que es liberal en su estructura pero autoritario en su funcionamiento.

El supuesto de las relaciones entre Estado e individuo es ahora el opuesto al del Estado liberal clásico: el Estado no sólo puede sino que debe intervenir para procurar su felicidad al individuo, quien no es capaz para lograrla por sí mismo. El Estado debe otorgar derechos sociales y administrativos al individuo, que llenen de posibilidades prácticas de empleo sus vacías libertades individuales, y una relación de confianza debe instaurarse entre estado e individuo, entre benefactor y desvalido.

Cada autoridad que preste el servicio, por el sólo hecho de hacerlo, tiene la potestad para regularlo frente a sus usuarios y éstos la obligación (sujeción) de gozarlo con las limitaciones y en las condiciones de organización y funcionamiento que el jerarca autónomamente imponga.

El contacto entre el usuario y el Administrador, que le presta un servicio, produce un orden jurídico nuevo existente sólo para hacer posible el mejor funcionamiento de aquél en beneficio de ambas partes interesadas en su prestación, el jerarca administrativo y el particular usuario. La potestad que nace en el jerarca es llamada supremacía especial, por contraposición a la supremacía general del Estado, y se caracteriza porque, a diferencia de ésta, tiene por objeto lograr que se obtenga un beneficio y un buen resultado final de su prestación y no sólo evitar un mal o un abuso del particular; y tiene como supuesto —también a diferencia de la soberanía o imperio comunes del Estado— una relación personal y especial de servicio entre administración y particular, de modo que sólo el que es usuario en la medida en que lo es, y nadie más, está sujeto a aquella especial supremacía. En el particular nace una doble situación, de sujeción al poder del jerarca para organizar

el servicio, y de derecho a exigir la prestación del mismo con un mínimo razonable de eficiencia en igualdad de condiciones con todos los otros usuarios.

El fundamento de estos reglamentos de servicio no está sólo en el carácter interno de su ámbito, sino en el fin de solidaridad y asistencia frente al individuo que los mismos persiguen, en cuanto regulan y hacen posible la prestación de un servicio o la ampliación de la esfera jurídica en favor del particular. El Estado no es, entonces, como en la doctrina liberal, el enemigo sino el amigo del individuo y resulta poco probable y en todo caso legalmente inconcebible que el administrador que así actúa en beneficio del público esté interesado en derogar las normas que él mismo ha creado para favorecerlo, con el sólo fin de perjudicarlo arbitrariamente. La potestad de emitir reglamentos autónomos de servicio, que puede verse también como un simple aspecto de la potestad de auto-organización, es simple algo más que ésta y se enfoca más claramente si se mira, además, como una contrapartida del beneficio que el Estado presta al particular cuando le suministra los servicios materiales o jurídicos que hacen posible su bienestar.

Todo esto permite concluir en que la autonomía incluye de pleno derecho la facultad de emitir reglamentos autónomos de servicio y de ejecución de leyes, sobre la materia propia de la especialidad orgánica, y que esa potestad reglamentaria le viene directamente de la Constitución en países que, como el nuestro, la tienen consagrada constitucionalmente. Esa potestad existe, aunque tácitamente, en iguales condiciones que la propia del Poder Ejecutivo, con igual rango y función, porque en ambos casos sirve exclusivamente para hacer posible la prestación del servicio de que se trata por el jerarca que lo tiene a su cargo, y en ambos casos proviene de la misma fuente, la Constitución.

Con los antecedentes expuestos, podemos abocarnos mejor a la solución del problema originalmente planteado: Tiene el Poder Ejecutivo potestad reglamentaria de las leyes concernientes a la autonomía, y si la tiene, ¿cuál es su rango frente a la potestad correspondiente del Poder Ejecutivo?

g) El Poder Ejecutivo, los entes autónomos y la potestad reglamentaria

Quede anticipada nuestra respuesta: el Poder Ejecutivo carece de potestad para reglamentar las leyes concernientes a la autonomía. En efecto: el Poder Ejecutivo puede emitir dos tipos de reglamentos, a saber: a) los autónomos de servicio, que comprenden su organización interna, su patrimonio y personal, y las relaciones con los usuarios; b) los reglamentos de ejecución de leyes.

En relación con los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo resulta manifiesta la imposibilidad de conflicto con los propios de los entes descentralizados. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo sólo pueden referirse a sus propios servicios y nunca a los de otros entes. Los reglamentos autónomos se fundan en la titularidad del servicio como competencia propia y responden al máximo al carácter de instrumentos para dirigir su prestación, por quien tiene en igual grado el conocimiento de todos sus problemas y particularidades. En ningún caso puede un reglamento autónomo del Poder Ejecutivo abarcar los detalles y técnicas de un servicio que por pertenecer a un ente extraño es parte de una situación jurídica originaria frente a él y, en consecuencia, intocable para su potestad sin una expresa autorización constitucional, que en el caso no existe.

En relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes que se refieren a la autonomía cabe afirmar que tampoco el Poder Ejecutivo puede emanarlos. Obran para afirmarlo así las siguientes muy importantes razones:

1) El reglamento ejecutivo es un medio importante de un jerarca para acomodar la ley a las particularidades de su servicio y, en cuanto la ley es el origen de las condiciones más importantes de prestación del mismo, es también uno de los medios principales del jerarca para lograr la prestación de ese servicio en forma expedita y eficiente. El reglamento, entendido como medio importante para la prestación del servicio descentralizado, es también fuente de responsabilidad para el jerarca porque a él se le puede imputar el fracaso o el éxito nacidos de su cumplimiento. En ningún caso puede tener la potestad reglamentaria de una ley el centro público que no esté llamado a aplicarla o a hacerla aplicar, ni a hacerse respon-

able por las consecuencias de su aplicación. Porque ello conduce a interferir la administración con la ignorancia o la despreocupación, y a producir responsabilidades por obra y gracia de quien no intenta evitarlas por no estar llamado a sufrirlas. Ni, al revés, en ningún caso debe carecer de dicha potestad el que va asumir esa gestión y sus consecuencias, porque ello sería hacerlo responsable y quitarle, todo al tiempo, los medios para actuar con eficiencia. En el caso que nos ocupa es indudable que el ente autónomo es el responsable por el servicio descentralizado y el Poder Ejecutivo es el extraño, de donde se puede concluir que la Constitución ha permitido a aquél monopolizar toda la potestad reglamentaria de sus servicios, y la ha negado al Poder Ejecutivo, para evitar desaciertos y responsabilidades sin base.

2) Según todo lo ya explicado cada institución tiene un poder autónomo de reglamentación sobre el ámbito interno de sus servicios, que se expresa a través de reglamentos no basados en ley preexistente, dirigidos exclusivamente a sus servidores y a los usuarios del servicio descentralizado. Y dijimos que tal potestad de reglamentación autónoma es el medio principal y la expresión máxima de la capacidad de dirección del respectivo jerarca, que así demuestra y pone a prueba, no sólo sus dotes para actuar sin la guía de la ley, sino también su amplio conocimiento y valoración de todos los detalles importantes del servicio. Es decir, su verdadera especialización. Cabe decir, por ello, que el que puede emitir reglamentos autónomos debe también emitir los ejecutivos, y no por una razón banal sino precisamente por esa su máxima capacidad directora del servicio en cuestión. En este sentido —el que puede lo más puede lo menos— la capacidad técnica que implica la potestad de reglamentación autónoma es mayor que la que supone la reglamentación de sus leyes y, en consecuencia, engloba también esta última.

3) El objeto propio de todo reglamento ejecutivo y el motivo básico de toda descentralización, están contra la idea de una potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo sobre las materias de la autonomía, ya reguladas por ley. Es cierta y definitiva la caducidad de la tesis que explicó la potestad reglamentaria por la potestad discrecional del centro administrativo. Hoy se sabe —y abundan ejemplos positivos— que hay potestad reglamentaria incluso en el caso de que no hay potestad discrecional que regular. Pero es obvio, también,

que el campo principal, sino esencial, de la reglamentación es la generalización de los criterios de ejercicio de la potestad discrecional. Generalmente, donde hay reglamentación es porque hay libertad de acción para la aplicación de reglas de oportunidad y no de ley. Si la gestión de un servicio se agotara en aspectos legales o puramente técnicos, sin juego ninguno de criterios y apreciaciones, ciertamente no sería necesaria la especialización en los mismos ni existiría la razón fundamental de su descentralización. Pero lo cierto es lo contrario, y puede decirse que la gestión del servicio se agota más bien en decisiones y planteamientos dictados por la técnica y por la valoración inteligente y subjetiva de los medios empleados. El problema de la descentralización no es obtener el mínimo de eficiencia que coincida con el cumplimiento de sus leyes propias, sino el máximo de oportunidad en su gestión, que corresponda al mejor uso de sus potestades discrecionales. Dentro de este mínimo y aquél máximo —de la legalidad a la oportunidad y eficiencia completas— es que está la verdadera función del ente.

Todo lo que es juzgar sobre oportunidad del servicio, es igualmente ejercer potestades discrecionales de decisión. Regular en general el uso de esas potestades, en lugar de hacerlo caso por caso, es precisamente ejercer la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria de leyes se ejerce sobre dos campos fundamentales: la regulación de la discrecionalidad y la complementación de la ley. La primera hipótesis se da cuando la ley requiere de una precisión lógica o terminológica, porque ha utilizado conceptos técnicos o empíricos no detallados, o referencias a criterios culturales como la moral, las buenas costumbres, la necesidad pública, el escándalo, la urgencia, la peligrosidad, etc., cuya exacta comprensión depende del criterio variable y subjetivo, dentro de límites razonables, del jerarca o funcionario llamado a aplicarla. El reglamento interviene, entonces, para precisar, detallar, enumerar, aclarar. Se trata, en síntesis, de interpretar la ley con alcance general y de vincular aquella posibilidad de elección que la imprevisión legal permitió al funcionario.

Por otra parte, la potestad reglamentaria sirve para completar la ley, cuando no ha regulado los medios lógicamente imprescindibles o prácticamente necesarios para aplicar sus disposiciones. Cuando una ley, por ejemplo, regula una potestad de control y no regula la consiguiente potestad de vigilancia, el reglamento puede

establecer los medios de vigilancia porque para ello se halla implícitamente facultado por la misma, que alguna forma de intervención habrá de permitir para hacer posible aquel control. Cuando una ley regula las funciones de un ente autónomo y no contempla los poderes necesarios para que éste pueda actuar frente al público, siempre que se trate de exigencias prácticas de aplicación realmente concluidas en cuanto a su naturaleza, el reglamento puede discrecionalmente indicar esos medios, salvo si son de imperio. Así, la función esencial —algunos sostienen que la única posible— del reglamento es llenar los espacios en blanco dejados por la ley, por omisión o por imprecisión. Es decir, regular lo no regulado, partir de la ley hacia la conveniencia y fijar soluciones de imaginativa eficiencia administrativa. Reglamentar coincide, entonces, con resolver en cuanto a la oportunidad y la conveniencia, en términos generales y con carácter enteramente discrecional.

Pero ya vimos que en este campo, precisamente, la autonomía tiene el peso de la balanza: entre especialización y no especialización administrativas, sólo el ente y no el Estado es el que puede decidir bien.

La descentralización es un cambio en la clásica distribución de los cometidos estatales, que ha dejado intacta la clásica separación de las funciones, como luego se verá. En virtud de la descentralización se estima que la división de poderes no opera bien desde el punto de vista de la distribución de los cometidos, considerada frente al servicio que se descentraliza. Implica afirmar que, para la prestación de ese servicio y la disposición de los medios necesarios, es más capaz el ente autónomo que el Poder Ejecutivo y, por lo tanto, más oportuna y eficiente la regulación de aquél que la de éste sobre los modos y condiciones de prestación. Los supuestos de la descentralización pueden ser varios cualesquiera, pero el único que en todo caso resulta necesario es este juicio comparativo de capacidad para el servicio, favorable enteramente al ente autónomo frente al Poder Ejecutivo. Desde este punto de vista es claro no sólo que el Poder Ejecutivo carece de potestad de reglamentación de las leyes sobre la autonomía, sino, incluso, que el ente autónomo es el único capaz para ejercer aquella discrecionalidad y la potestad reglamentaria que en ella se fundamenta.

En síntesis: la potestad reglamentaria de las leyes referentes a la descentralización administrativa corresponde ahora, en nuestro

país, a la propia institución y no al Poder Ejecutivo, por las siguientes definitivas razones: a) porque a la institución le corresponde la responsabilidad por la gestión del servicio, en aplicación de las normas que lo regulan, y el reglamento ejecutivo es el instrumento básico para evitarlas y lograr una buena gestión; b) porque a la institución corresponde sin discusión alguna la potestad de reglamentación autónoma de los aspectos internos del servicio —que comprenden las relaciones con los usuarios como tales— y, por mayoría de razón, tiene que corresponderle también la potestad de reglamentación ejecutiva de leyes sobre esos mismos aspectos, que es de ejercicio más simple y subordinado; c) porque la descentralización implica por sí misma un traspaso al ente autónomo de las potestades de dirección y administración del servicio, para un uso mejor de las potestades discrecionales que supone siempre toda actividad de alta administración. Razón por la cual la potestad reglamentaria de las leyes atinentes tiene que corresponderle al ente autónomo, siendo como es no otra cosa que la regulación del ejercicio de esas potestades en forma general, y creación de derecho también discrecional en cuanto a los medios necesarios para la aplicación de la ley, no específica ni detalladamente regulados por ésta.

h) La clasificación de los entes autónomos y la naturaleza de sus potestades

Resta una final y decisiva observación sobre las potestades de imperio y reglamentación del ente autónomo frente a su servicio. Los servicios son, en amplia perspectiva, de tres tipos: los servicios administrativos o autoritarios, los servicios de previsión y asistencia social, y los servicios comerciales o industriales. Los primeros representan, cuando se personifican, una descentralización del ejercicio de ciertas potestades de vigilancia y control de la actividad particular, que puede desembocar también en ampliarla: es la actividad de los Colegios Profesionales, que tienen el monopolio de la admisión al ejercicio profesional y la potestad disciplinaria sobre los profesionales; del Servicio Nacional de Electricidad que vigila el uso y distribución de las aguas y concede los permisos necesarios para su explotación. En general, por servicios administrativos se entiende para este efecto cualquiera de las funciones esenciales del Estado o principalmente la administración pública del derecho privado,

en que el Estado interviene para constituir, modificar o extinguir una relación entre particulares. Si el notariado estuviera entregado a una institución pública sería la forma típica de un servicio administrativo descentralizado; pero hoy es una forma privada de ejercicio de las funciones públicas.

Los servicios asistenciales son los que "tienen por objeto suministrar prestaciones sociales a sus usuarios, es decir: prestaciones dirigidas a garantizar a los particulares más o menos desamparados económica y socialmente contra los riesgos inherentes a su condición social" (Laubadere Andre, Tratado Elemental de Derecho Administrativo, pág. 630). Son casi tan necesarios como los anteriores en el Estado moderno y a menudo son de disfrute obligatorio; enseñanza primaria, seguro social, seguro de riesgos profesionales, asistencia a los menores por el Patronato Nacional de la Infancia, asistencia gratuita y obligatoria de los desvalidos y enfermos por las Juntas de Protección Social, etc. Representan la actividad típica y realmente indispensable de todo estado intervencionista de hoy día.

Con los servicios asistenciales están las prestaciones de fomento y superación vital, que condicional el progreso del país: fundamentalmente la educación. Como el que no progresa retrocede y la educación no es otra cosa que una forma de previsión social, también la incluimos —abarcando la universitaria— dentro del régimen de asistencia social. Igual régimen, casi igual urgencia, igual carácter público eminente en su prestación.

Surgen ahora las actividades de tipo económico, industriales, agrícolas o comerciales del Estado. Marginamos de toda consideración los casos llamados de sociedad mixta, que no configuran realmente organizaciones públicas sino meras entidades privadas, ocultas bajo la máscara de un aparente estatismo. Nos referimos aquí, exclusivamente, al caso de los entes creados por acto de fundación, sin asociación ni participación alguna de voluntades privadas en su estructura, acto que es siempre estatal y tiene que ser legislativo en nuestro sistema.

Se trata de servicios creados mediante fundación, consistentes en actividades que antes pertenecían a los particulares pero que ahora son oficiales, sobre la base de que éstos las prestaban mal o no podían seguirlas prestando. Son, pues, servicios que el Estado

asume por una insuficiencia o una desviación inevitable de fines siempre presente en la actividad privada sustitutiva. Pueden darse en régimen de monopolio o no, al costo o no, pero en todo caso sus medios de prestación continúan siendo iguales o lo más similar posible a los de la actividad particular. En esta pervivencia de los tipos y las técnicas privadas de prestación del servicio está la posibilidad de su éxito, y es ello rasgo general y decisivo en los mismos. El ente que presta el servicio es público, pero la actividad con que lo presta tiene que someterse al derecho privado. Es un derecho privado especial, porque se expresa en los llamados contratos tipo o de adhesión, pero es siempre un derecho privado que se centra en la coordinación de las voluntades del ente y del particular como si fuesen iguales, y en la imposibilidad de producir variaciones sin el consentimiento —inicial o reiterado— del particular. Tenemos así, caso paradójico y familiar a la vez, un ente público que desarrolla una actividad privada y sometida a régimen de derecho privado. El ente es público porque ha sido creado por ley del Estado, pero su actividad es privada. ¿Podrá sostenerse que es privado y no público el servicio mismo y todos los otros aspectos de organización y funcionamiento del ente? Si se logra demostrar que el ente es público no obstante el carácter privado del servicio que desarrolla habrá nacido la posibilidad de servicios privados en su prestación que son públicos en su organización. La doctrina ha mantenido la respuesta afirmativa y ha considerado público el ente y privado el régimen del servicio que prestan las descentralizaciones económicas, industriales, comerciales o agrícolas.

“Después de la primera guerra mundial no solamente se ha ampliado el número de servicios y de empresas públicas de carácter económico, sino que éstos han empezado a parecerse, en sus rasgos típicos, cada vez más a las empresas industriales y comerciales; si la diferencia entre el servicio ferroviario o el de correos y un comercio privado continúa siendo sensible, en cambio ha desaparecido entre una fábrica de automóviles nacionalizada y otra que no lo está” (Fernando Garrido Galla, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 133).

Después de explicar prolijamente cómo la actividad lucrativa y empresarial no es la típica sino la secundaria o accesoria de las otras instituciones públicas no económicas, el profesor Alessi se refiere a las de tipo económico en los siguientes términos:

“En el caso de los entes ahora analizados, en cambio, nos encontramos justamente ante entes cuyo núcleo esencial, por decirlo así, consiste en una empresa, en una organización unitaria de elementos económicos (bienes y personas) encaminadas a la producción de bienes y servicios lucrativos, en términos que esa producción constituye el objetivo exclusivo o prevalente de la entidad. Aquí el ente no tiende a la realización de un fin público desinteresado (gratuito o al costo) sino más bien a la realización de intereses patrimoniales, y resulta suficiente para el interés público que sea público el ente que los persigue . . . Esto dicho, revelemos otro interesante fenómeno: la privatización gradual de estos entes y de su actividad, por la invasión del Código Civil o Mercantil, ha llevado al resultado final de que la publicidad para esta categoría se ha reducido en muchos casos al mero aspecto pasivo de la sumisión a un control particular y más penetrante que el que se ejerce sobre los sujetos privados; para estos entes, en otros términos, la publicidad ha devenido una mera publicidad pasiva” (Sistema Institucional del Derecho Administrativo Italiano, pág. 50).

El cuadro de estos entes continúa siendo, pese a ello, el de lo público, igualmente que el del servicio de que se trata, que nunca podría considerarse como privado mientras esté en manos de la institución. Lo que ocurre es que, en un vuelco muy importante, ni la doctrina ni las leyes consideran ya indispensable que el régimen del servicio sea privilegiado frente a los usuarios, con poderes unilaterales de mando y modificación del respectivo vínculo legal, para que sea público. Un servicio, según esta última tendencia doctrinaria, es público aunque se desarrolle frente a los usuarios bajo régimen de derecho privado, siempre y cuando los demás aspectos internos del servicio puedan tratarse como públicos y someterse a un régimen especial consecuente.

“Es preciso, entonces, distinguir —en el ente público— el sujeto, de la actividad, y referir a la actividad y no al sujeto, la disciplina privada que excluye el poder discrecional, salvo la hipótesis marginal de una incidencia del derecho público que prevalega sobre los derechos privados del particular y los suprima . . .” Una vez hecha tal distinción, pierde todo relieve el criterio de la prevalencia cuantitativa. Aún si la actividad realizada se desenvuelve toda bajo el imperio del derecho privado, el sujeto permanece atado a la disciplina del derecho público, con todas las consecuencias . . .

Si consideramos uno por uno, toda la serie de los entes públicos económicos, veremos que en cada uno hay siempre una actividad extra-económica por la cual el ente da vida a actos administrativos y usa poderes discrecionales, sujeto a los controles necesarios... Basta pensar en los controles a que están sujetos para sus actos fundamentales, así como en los actos relativos a la organización de los propios órganos o a la disposición de los propios medios. Aparece muy significativo, además, el relieve de que en la raíz misma de la actividad privada, que tiene un carácter instrumental, está la discrecionalidad del ente para disponer y regular, en sus líneas generales, la actividad misma de que se trata. Mientras el contrato aislado de un Banco es expresión de actividad privada y está disciplinado por el derecho privado, la decisión del ente de, por ejemplo, activar una nueva categoría de inversiones, de reformar el propio estatuto, de procurarse medios para la financiación general de las propias operaciones, actualizan poderes discrecionales sujetos al control de la autoridad de vigilancia. Por lo cual la prevalencia cuantitativa aparece superada por aquella que podría llamarse cualitativa, y la discrecionalidad queda vinculada a la fase (pública) dominante y anterior al ejercicio de la actividad económica" (Valente Simi, Revista Trimestral de Derecho Público, año X, N° 4, pág. 929).

De conformidad con ello cabe afirmar que, si es posible que el Estado preste actividades sometidas al derecho privado (por ejemplo: la obtención de su equipo diario de oficina del que haya abundancia en el mercado y respecto de cuya adquisición exista un régimen civil que no le permita a la autoridad actuar mediante requisición de bienes, salvo casos de emergencia) es imposible que el fin esencial del Estado o de cualquier ente creado por él para prestar un servicio, sea de naturaleza privada e igual al fin de un particular. El solo hecho de que el Estado asuma una actividad —aunque sea con ánimo de lucro y bajo régimen de derecho privado— impregna de publicidad la organización construida para prestarla, y toda ella queda o debe quedar sometida a un régimen privilegiado de excepción diverso al que se da entre particulares, salvo expreso régimen legal en contrario.

Usualmente el Estado asume una actividad con el incentivo del lucro, porque la actividad tiende a ser lucrativa a bajo costo y precio, y sin irrogar grave desembolso económico al público. Pero el motivo

de la prestación no es el ánimo de lucro sino una deficiencia previa de la actividad particular, que muchas veces consiste en lo exigüo y pobre de la oferta frente a una demanda del servicio cada día más amplia. El hecho de que haya lucro y de que éste se persiga empeñosamente por la institución, no desvirtúa la función primordial de la respectiva actividad, que es suplir aquella deficiencia y poner la actividad a la altura de la demanda, también privada por su origen pero pública por su generalización. Es esto lo que expresa Laubadere cuando dice:

“La noción de satisfacción de un interés general no es en absoluto extraño a estas actividades, pese a su carácter interesado que les viene de su naturaleza misma; es que, en efecto, la realización eventual de los beneficios no es más que el resultado legítimo de la gestión, mientras que el móvil que ha llevado a la administración a crear el servicio ha sido la necesidad general y la idea de que esta necesidad sería mal satisfecha si la colectividad pública no atrajese a sus manos aquella gestión (ob. cit. pág. 543).

Es, pues, la distinción entre resultado objetivo (material o jurídico) y móvil del servicio, lo que permite afirmar que en un ente que presta un servicio económico, es pública no sólo la organización del ente mismo en razón de su origen (ley, acto administrativo) sino también el propio servicio, que va dirigido inevitablemente a un fin público también, aunque con apariencia mercantil.

La cuestión sobre el carácter público y la naturaleza de los actos de los entes que hemos llamado económicos, puede replantearse en cuanto a aquellas entidades públicas que prestan un servicio con el exclusivo fin de conseguir ingresos al Fisco. La cuestión habría que contestarla diciendo que tales entes son también públicos pero que su actividad es privada en todo caso, aún si es monopolística. Ello así por el simple hecho de que la actividad la presta el Estado para procurarse fondos para sus fines, pero, a la vez, sin reflejar externamente ese destino, expresándolo a través de actividades iguales a las de los particulares. Veamos, por ejemplo, el caso de nuestra Fábrica Nacional de Licores. Los ingresos que la Fábrica logra, a través de su monopolio, son los que podría lograr el Estado mucho más onerosamente si aumentara el sistema tributario hasta conseguir suma igual. Simplemente varía el método, pero no la función de los fondos ni la jerarquía e importancia de

la función, que es la satisfacción de una necesidad financiera del Estado. Sin embargo, la actividad impositiva es la clásica actividad de derecho público del Estado y la actividad de la Fábrica, en la venta de licores, el clásico ejemplo de su actividad privada.

Hay alguna diferencia objetiva de naturaleza que permita la distinción entre ambas actividades en otros aspectos, o hay sólo una aplicación excepcional del derecho privado a las relaciones de la Fábrica con el público que debe interpretarse restrictivamente y no extenderse a ninguna otra zona de vida y funcionamiento de aquella?

Estamos decididamente por la respuesta favorable a la tesis de alcance restrictivo, porque —incluso si el fin es fiscal y lucrativo— se está satisfaciendo una necesidad de fondos del Estado, que no sólo no es diversa de la que se llena con el sistema tributario, sino que es, además, un sucedáneo de la actividad tributaria típica que no podría desarrollarse adecuada y políticamente en este caso. Es, pues, un recurso último y necesario de ingresos del Estado, de igual o mayor importancia que la misma actividad impositiva. El régimen que debe aplicarse a estos entes debe ser y tiene que ser el público especial, salvo en lo que la ley disponga lo contrario o resulte incompatible con la finalidad propia del servicio, que es justamente encubrir el carácter autoritario del Estado gestor. Esta conclusión la encontramos evidente, sobre todo, tratándose de instituciones con un monopolio, como la Fábrica de Licores.

¿A qué conduce esta conclusión? ¿Es que, entonces, hay derecho público cuando se compra una botella de Talamanca a la Fábrica?

Queremos decir exactamente lo siguiente: que todo servicio prestado por el Estado o sus instituciones debe regirse por principio —es decir, cuando no hay ley expresa ni antecedente legal que permita fundar en él, por enalogía o interpretación, una solución cualquiera— en el régimen de derecho público, diverso en cuanto a su nacimiento, ejecución, extinción, interpretación y modificación, del derecho privado. Ello —repito— siempre que no haya ley que conduzca a diferente solución. Todo esto implica la existencia de un derecho público, con sus instituciones, sus métodos y su contenido especial, que existe por principio y se puede concretar siempre que se dé la condición necesaria para su aplicación. Es la definición de esta condición, justamente, lo que nutre el problema de la distin-

ción entre ambos derechos. Aquí hemos afirmado que esa condición o criterio distintivo es la aparición subjetiva del Estado, siempre que sus actos concretos o una ley imperativa no evidencien la necesidad de aplicar un régimen civil o mercantil.

i) Régimen público del ente.

En cuanto al contenido del régimen público, que se resume en el predominio de la voluntad unilateral del ente cuando no hay una norma civil o mercantil que lo impida, sus aspectos fundamentales son los siguientes: a) relaciones del ente con sus empleados. Las relaciones de un ente descentralizado (fiscal y asistencial y, en último caso, industrial y comercial) son administrativas y no laborales y deben estar regidas por el derecho público. Al respecto debe suponerse que el ente puede variar en cualquier momento la organización interna del servicio y terminar sus relaciones de trabajo con un empleado determinado, sin que éste tenga derecho a prestaciones sino sólo a una indemnización por daño patrimonial lícitamente causado. Si no hay norma que regule las relaciones del personal con el servicio, el jerarca puede en todo caso introducir dentro de éstas todos los cambios que sean necesarios, aunque causen grave perjuicio al trabajador o empleado, que deberá reputarse como funcionario público. Salvo caso de incompatibilidad de contenido con las normas administrativas del Servicio Civil —cuando éste exista— las mismas deben siempre aplicarse supletoriamente, si no hay expresa disposición legal que lo impida. No debe considerarse como causa de incompatibilidad el hecho de que el ente desarrolle actividades económicas, puesto que las mismas son privadas sólo hacia afuera y no dentro de la organización del ente.

En Costa Rica, el artículo 579 del Código de Trabajo resuelve el punto en el sentido precisamente opuesto y convierte a todos los empleados y servidores de instituciones autónomas en trabajadores comunes, cuya inclusión en el presupuesto de gastos —individual o globalmente— equivale para todos los efectos al contrato de trabajo. Quede claro que fuera de un caso como el nuestro, —donde la duda está expresamente eliminada a favor de la aplicación del Código de Trabajo, y para aquellas hipótesis en que haya una simple relación atípica o regulada doblemente por un código privado y una ley pública —el vínculo entre ente autónomo y servidor debe

concebirse como de contenido normativo o reglamentario y no contractual, aún si el ente contrató y no hizo nombramiento.

Pues si el patrono privado que contrata puede renunciar a la persecución del fin de su empresa, e incluso clausurar ésta, el ente que contrata no puede hacer lo propio, aún si desarrolla una actividad de índole privada, y está internamente obligado por la misma ley de su organización a hacer funcionar su aparato siempre que se presente la necesidad que satisface. Esta obligada actividad lleva necesariamente a un régimen de poder e intervención del ente público más intenso que el patronal común y, sobre todo, a la posibilidad de tratar el contrato de servicio como si fuera un reglamento y no un contrato. Pues, en definitiva, el hecho de que el origen de la relación sea contractual en su estructura no borra el carácter de acto administrativo de la manifestación de voluntad del ente que integra el contrato, formada a través de procedimientos de derecho público y con fines legalmente impuestos. Lo que permite considerar que, aún tratándose de un ente público, económico o comercial, el acto por el que decide contratar un nuevo empleado para prestar una actividad de tipo privado, se impone sobre el contrato ya formado, que desde ese instante queda supeditado a la voluntad de la institución. Si el servidor resulta con derecho a indemnización será en virtud del principio de igualdad ante la ley, que conduce a dar indemnización a todo el que sufra un daño legítimo e individual por causa de un interés público, pero no en virtud de una pretendida ilicitud de la conducta de la Administración que en el caso no existe.

b) — **Patrimonio del ente.** El patrimonio del ente debe reputarse público, salvo régimen legal expreso en contrario. Urge, al respecto, distinguir netamente la naturaleza del patrimonio y la de las actividades de inversión y de administración del mismo. En otras palabras: entre el funcionamiento del ente que causa los compromisos y derechos de la institución frente a terceros, y el patrimonio del ente con que tales compromisos se pagan y garantizan. Una es actividad patrimonial externa y fragmentada en múltiples contratos, todos en serie y siguiendo un esquema legal típico, ya previamente definido por la Junta Directiva; y otra es de planificación de esa misma actividad. Actividad que, bien se ve, es la de gobierno interno del patrimonio y reservas del ente. Cuando hablamos de patrimonio del ente nos referimos a la masa de sus reservas, prontas

para inversión a través de los moldes jurídicos, eventualmente privados, que fije su Junta Directiva; y cuando hablamos de actividad patrimonial nos referimos igualmente a esta actividad de decisión sobre el destino de esos fondos.

La actividad que desarrollen los entes comerciales e industriales es de derecho privado pero su patrimonio es y tiene que ser público. La asignación de un cometido público al ente obliga y responsabiliza a sus Directores frente al Estado por el cumplimiento de su gestión. En este sentido el uso del patrimonio del ente, su conservación y su continua afectación al fin especializado, que es su competencia material y también su razón de existir, revisten una importancia capital y tienen que estar regulados por el derecho público. Ello significa que, en ausencia de una disposición que diga lo contrario y permita la libertad de actuación al respecto, el patrimonio del ente deberá tener las siguientes mínimas limitaciones: 1) no podrá, en primer lugar, invertirse para fines que sean extraños al específico del ente, aún si se trata de reservas innecesarias e inmóviles de éste, mientras no haya una ley o reglamento autónomo que defina cuáles son esos fines y en qué clase de inversiones extrañas puede emprender la institución. Si la ley o el reglamento existen podrán autorizar inversiones en actividades ya reguladas por régimen de derecho privado y salvo los cambios que introduzcan al respecto imponiendo un régimen de imperio (con las limitaciones ya arriba explicadas) ese régimen privado se aplicará íntegramente a dichas actividades, como manifestación y efecto de la potestad pública de auto-organización; 2) Las actividades de Proveeduría del ente, así como el manejo interno de todos sus fondos y patrimonio —mueble o inmueble— debe estar sometido a las normas que regulan las compras y ventas y la contabilidad del Estado Central, si no son incompatibles con las necesidades de desarrollo del ente. Aunque no haya una ley que expresamente sienta las normas generales al respecto, frente a las instituciones autónomas, basta con que haya regulaciones para el Estado Central compatibles con la naturaleza de la institución de que se trate, para que aquellas sean aplicables a ésta por clara y necesaria analogía. Si para las actividades de proveeduría y venta se requiere licitación pública en las oficinas centrales, también deberá requerirse ésta para el ente autónomo, salvo incompatibilidad por entramamiento o ineficiencia en la gestión; y si la contabilidad del Estado exige un mínimo de requisitos, cuando menos ese mínimo debe ser exigido

también para el ente autónomo, aún si industrial o comercial;

3) El presupuesto de la Institución autónoma está sometido al órgano central contralor de las finanzas públicas aún si no hay ley que expresamente permita una tal intervención. En ningún caso, ni aun por ley, como se verá, puede estar supeditado el presupuesto de la Institución a un concurso con otro acto del Estado Central para lograr perfección jurídica, porque ello sería colocar en igual plan a éste que a la institución en el diseño de su presupuesto, que es el acto fundamental de su vida financiera. Ello sería desconocer la autonomía y restarle la potestad completa de emitir su presupuesto sin interferencia ni participación de ningún otro ente extraño. Una ingerencia de un ente extraño, para determinar paritariamente con la institución la emisión de su presupuesto, sólo resultaría posible con base en la Constitución y en la medida de la Constitución. Fuera de esta hipótesis, ni aún la ley podría regular y autorizar una ingerencia de ese tipo, en perjuicio del servicio descentralizado. Pero sí puede la ley y manda el orden constitucional de Costa Rica, con base en principios generales de su derecho público implícitos en la Constitución, que el Poder Central pueda intervenir discrecionalmente para informarse de los actos de las instituciones autónomas y paralizarlos, sin modificarlos ni sustituirlos, improbandolos por razones de ley. En este caso, el presupuesto se perfecciona y existe sin más, por la sola voluntad del ente, pero no puede ser eficaz ni producir efecto jurídico ejecutable mientras no haya obtenido la aprobación del contralor. Así como la aprobación condiciona y permite la eficacia y ejecutividad del presupuesto, así también la improbación las impide, aunque no toque la validez ni la perfección finales del acto. Un presupuesto aprobado es no sólo un presupuesto válido, sino también un presupuesto ejecutable; un presupuesto improbado, en cambio, es un presupuesto incapaz para legitimar ningún ingreso o egreso que pretenda fundarse en él. La validez o perfección formal del presupuesto es, como se ve, anterior e independiente de su eficacia, que puede darse incluso a favor de presupuestos viciados e inválidos. Sin embargo, el acto de aprobación condiciona la vigencia del presupuesto y aunque éste sea válido no puede regir mientras aquél no haya sido obtenido.

“Válido es el negocio cuando, además de haberse perfeccionado, contenga todos los requisitos técnicos de ley genéricos y específicos (o voluntariamente añadidos por las partes) y estos requisitos no

estén afectados por vicios; y cuando ello sea lícito... Eficaz es el negocio cuando, además de ser válido sea idóneo para producir, sin más, sus efectos normales... Hemos dicho que la eficacia presupone normalmente la validez del negocio... Debemos ahora precisar, observando que puede haber eficacia de un negocio anulable; eficacia que cesa, sí, con la eventual anulación, pero perdura si no se hace valer por anulabilidad... El Estado de ineficacia del negocio puede ser engendrado por varias causas: por la autolimitación de la voluntad, como la condición suspensiva todavía no verificada... La ineficacia implica que el negocio no produce su formal efecto por algún obstáculo (negativo o positivo) de carácter extrínseco que lo hace (ipso jure) inidóneo para operar... La eficacia presupone normalmente la validez (o perfección); pero la recíproca no es cierta: esto es que la validez dé siempre lugar a la eficacia. En efecto, si de ordinario el negocio válido es también eficaz, sin embargo, el ser él mismo válido (perfecto) no significa siempre y necesariamente que sea eficaz; se perfila así, el concepto de negocio válido (perfecto) pero ineficaz; ejemplo, testamento antes de la apertura de la sucesión" (Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II, pág. 487, 488, 498 y 499).

Todo esto puede aplicarse bien al presupuesto de un ente autónomo —regularmente emitido y perfecto— antes de su aprobación por el contralor central competente, sobre base expresa o en virtud de un principio general de derecho público.

La eficacia de todo presupuesto de una institución autónoma en Costa Rica está sujeta al control de su legalidad financiera por el Estado Central, aún si no hay ley —como la de Administración Financiera y de la Contraloría General de la República— que expresamente atribuya tal potestad a un centro contralor. Tal control no puede darse nunca antes de emitido el presupuesto, ni reformar ni sustituir éste por otro acto del órgano contralor. En este control discrecional y oficioso del Poder Ejecutivo sobre los presupuestos de los entes autónomos en Costa Rica, como en cualquier otro orden jurídico, radica un índice fundamental del carácter público de los fondos o patrimonio de toda institución autónoma, aun si es comercial o industrial el servicio encomendado. En Costa Rica, por otra parte, tal control existe expresamente con base en las leyes que se indicaron (Administración Financiera y Contraloría General de la República) y con base además en

muchas leyes orgánicas de las Instituciones, que se remiten a estas
dos, o bien crean nuevos principios aun más rigurosos de control
presupuestario a favor de los Poderes Centrales.

c) Relaciones con los usuarios

El principio general es que, aun si no hay disposiciones espe-
cíficas y se establece la relación a través de contratos, los mismos
deben reputarse administrativos y sometidos al imperio del ente
en su ejecución, interpretación y extinción, salvo si la actividad
externa es comercial o industrial. El poder unilateral de mando y
determinación de las condiciones del contrato asume aquí un papel
decisivo. Se quiere decir con ello que el hecho de que la relación
haya tenido un origen contractual en nada perjudica su naturaleza
pública, ni el carácter de verdadero acto administrativo de la deci-
sión o manifestación de voluntad por la que el ente se comprometió
con el particular. Pese a esa estructura contractual de base, el ente
siempre podrá hacer uso de su potestad de imperio en la ejecución,
interpretación y modificación del servicio, si en el futuro sobrevienen
leyes formales o reglamentos —según el ámbito interno o externo
de la potestad de imperio en cuestión— que autoricen el uso de
dicho imperio; o si resulta posible hacer lugar a una interpretación
por analogía con otras leyes similares y sobre la misma materia,
cuando preven igual necesidad pública que la buscada por el contrato
en cuestión.

En resumen, el contrato base no es uno común sino uno
equiparable al acto administrativo.

Dice al respecto Guido Zanobini (Curso de Derecho Adminis-
trativo, tomo I, pág. 236):

“Dada la posibilidad de que algunas relaciones de tipo público
se originen por vía formalmente contractual, es necesario advertir
que el contrato cuando interviene, no proyecta alteración alguna
sobre el contenido y régimen de dicha relación . . . El interés público,
que es el fin del contrato, y la potestad pública, con la que participa
el ente, son elementos que a la vez que explican la pertenencia
del contrato al derecho público procuran a éste la misma eficacia
del acto administrativo. La concesión formada contractualmente,
tiene la misma eficacia que aquella formada por acto administrativo
de efecto bilateral”.

Desde este punto de vista es indudable que la situación del usuario de un servicio descentralizado, tal y como quedó calificado, nunca es contractual en cuanto a su régimen, aunque sea contractual en cuanto a su origen. Ese régimen siempre será legal o reglamentario y susceptible de toda modificación impuesta por el interés público, dentro de las circunstancias cambiantes de la prestación. Salvo, naturalmente, que la naturaleza de la institución y la ley o el reglamento de conformidad, otorguen un diverso régimen a esa relación con el usuario.

Es este justamente el caso de las instituciones comerciales o industriales, de tipo económico, ya antes examinado. Por lo que respecta a los otros aspectos de la regulación (personal, patrimonio) estas instituciones son iguales a las demás y deben reputarse como públicas, salvo expresa disposición legal en contrario. Pero, aparte de esos aspectos y en lo que mira el funcionamiento de la institución, es posible y casi siempre necesario que se sometan al derecho privado, generalmente mercantil. El principio afirmado (régimen público de imperio, exorbitante del derecho civil o mercantil, mientras éste no disponga expresamente lo contrario) puede mantenerse aquí sólo muy débilmente. Ello, sobre todo, porque aquí impera la norma civil o mercantil sin concesiones al carácter público de la necesidad que se pretende satisfacer, en comunión frecuente con otra norma de derecho público que expresamente se remite a aquella, para hacerla operante en una plenitud sin reservas. Ya vimos que Alessi afirma que la publicidad de estos entes es meramente pasiva, y que se revela casi sólo a través del control más penetrante del Poder Central. Aunque la afirmación debe tomarse a beneficio de inventario —pese a su ilustre origen— la misma revela el extremo de privatización a que han llegado estos entes en cuanto a su actividad. Puede decirse que, en general, la actividad de un ente económico debe estar sometida a régimen de derecho privado si el ente no es un monopolio y la actividad sigue siendo propia de la iniciativa privada.

Mientras la ley no cambie el estado de cosas, la actividad y modos de prestación del servicio frente al particular usuario siguen siendo de derecho privado. Un servicio público, moldeado por el derecho privado, frente a los usuarios del servicio, concebidos como clientes particulares. Tal es el caso de la mayoría de nuestras instituciones autónomas, Instituto de Vivienda y Urbanismo, Instituto Nacional

de Seguros, Instituto Nacional de Turismo, Sistema Bancario Nacional, etc.

En esta hipótesis sólo las cláusulas exorbitantes aceptadas por el particular al tomar el servicio, lo mismo que las leyes imperativas de orden público —como entre particulares— que limiten su libertad de estipulación, pueden dar lugar a una modificación del contrato y sus condiciones cuando ya el particular tal vez no quiere —aunque haya querido— la modificación o modalidad de prestación que se le impone. La Institución, en este ámbito, pierde incluso su poder interno de imperio frente al usuario y desaparece el llamado derecho de casa, salvo en lo que significa la potestad defensiva del servicio y de su integridad material, que resulta siempre indispensable. La Institución sólo puede hacer lo que prometió inicialmente o cambiar lo que la otra parte previó y aceptó originalmente que podía cambiar, al momento del primer contrato. Nada fuera ni después de eso, a través de reglamentos o leyes nuevas. En todo caso si éstas entran a regir y modifican de inmediato la situación, lo tendrán que hacer en iguales condiciones y con igual alcance que frente a otros contratos entre particulares, porque el Estado ha conservado voluntariamente aquí frente al usuario el carácter común de la relación. Frente a sus empleados, como se dijo, el jerarca conserva íntegras sus potestades, lo mismo que frente a la organización de su patrimonio. Pero, en la prestación del servicio hacia afuera y en sus relaciones con los usuarios, sólo podrá emitir aquellos reglamentos, instrucciones, circulares o demás actos de jerarca administrativo, que los mismos quieran aceptar libremente. No se tratará, en realidad, de reglamentos o disposiciones unilaterales, con inmediata aplicación en perjuicio del cliente usuario, sino de modificaciones de las cláusulas del contrato privado respectivo, operadas por el libre e igualitario consentimiento de éste con el ente en cuestión.

Resta advertir que este es el cuadro puro de la privatización padecida o buscada por el Estado en el marco de una descentralización de tipo industrial o comercial, pero no necesariamente el cuadro real y neto de la actual situación. No a través de actos de imperio, sino a través de regulaciones legales de aplicación inmediata —como de orden público grave— el Estado logra vitalizar el servicio y eliminar de su paso los obstáculos que la autonomía particular ofrece a su autonomía propia. Esas leyes a menudo

producen daños indemnizables que no se indemnizan y cercenan o intervienen con controles imprevistos situaciones perfectamente consolidadas a la luz del derecho privado. Es el desenlace de una relación que funciona normalmente como privada, pero que inevitablemente termina por reclamar en algún grave sentido la virtud y el dinamismo público del ente que la desarrolla. ¿Estas normas de inmediata aplicación transforman la relación contractual en una relación pública de índole administrativa?

No, mientras no se perfile con base en ellas una intervención unilateral y concreta del ente en cuestión, adaptando al interés público los intereses del particular usuario. Porque, tratándose de su prestación y no del patrimonio ni del personal, un servicio llega a ser público cuando resulta admisible el imperio para desarrollarlo y para extinguirlo. Mientras las leyes regulan y adaptan esos aspectos en forma imperativa e inmediata, por sí, no habrá "publicación" de la actividad, sino simple limitación de la misma por razones de orden público. Pero, no bien abandone la ley esta técnica de limitaciones de aplicación directa e inmediata, para autorizar una intervención concreta del ente que tenga el mismo efecto y nacerá el carácter y el régimen públicos de la relación. Este concepto de lo público ha sido formulado por el profesor Garrido Falla así:

"Cuando la Administración pública interviene por vía reglamentaria o por actos concretos en relaciones entre particulares, está surgiendo junto a éstas, y precisamente para asegurarlas en un sentido dado, otra serie paralela de relaciones entre esos particulares y la Administración Pública. Así, cuando en la ejecución de una ley, un reglamento administrativo determina la tasa de venta de determinados productos y confiere poderes a la Administración para vigilar, decomisar o sancionar a los particulares en las transacciones que de tal producto realicen, el Derecho Público surge no porque los posibles contratos de compra-venta que al amparo de tal reglamentación se celebren hayan dejado de ser privados, sino por la obvia razón de las múltiples relaciones que entre la Administración y dichos particulares puedan surgir; relaciones que pueden incluso ser discutidas contenciosamente entre la Administración y el particular con entera independencia de la suerte que hayan corrido los derechos y obligaciones recíprocos entre particulares" (ob. cit. pág. 123, nota 13).

En resumen: la diferencia fundamental entre entes públicos económicos y autoritarios está en lo siguiente: los unos son entes públicos con actividad sometida a derecho privado, carecen de potestad discrecional frente a los particulares usuarios y se relacionan con éstos a través de contratos que se consolidan y sólo pueden alterarse con base en futuras normas de interés público y aplicación inmediata, en conflicto con el interés de las partes. El régimen de su actividad es civil o mercantil y por eso no puede ser unilateralmente modificado, por la Administración o el ente, como si se tratase de una situación abstracta y puramente reglamentaria, modificable en todo momento.

El ente autoritario, en cambio, es un ente público con su actividad sometida al derecho público y con potestad, por eso mismo, para modificar el contenido de sus relaciones con el usuario a través de actos reglamentarios, que agotan ese contenido. En la trama de estas relaciones reglamentadas entre institución y usuario no hay derechos consolidados a favor de éste, porque hay potestades discrecionales a favor del ente para adaptar la relación al interés público, acomodándola a sus cambiantes exigencias. En lo interno, sin embargo, el ente autoritario resulta igualmente público que el ente lucrativo, cuyo patrimonio, personal y gobierno están —como los de aquél— controlados y regulados por ley y dispuestos en forma totalmente diversa de la de los entes colectivos privados.

Mientras el ente económico puede adaptarse y adaptar sus contratos a nuevas necesidades sólo mediante la aplicación de normas imperativas de orden público, de inmediata vigencia, esa adaptación puede lograrse en las otras instituciones mediante la simple emisión de reglamentos innovadores que cambien para lo futuro las reglas y el contenido de las situaciones existentes. Porque mientras los contratos de las instituciones económicas producen derechos adquiridos desde su formación, o pueden producirlos, en el sentido de que pueden regular contractualmente el nacimiento y contenido de esos derechos caso por caso y para determinados usuarios individualmente considerados, los reglamentos de los entes autoritarios, en cambio, no son de contratos sino de actos de autoridad (concesión, autorización y sobre todo, admisión) y no consolidan ningún derecho mientras no se hayan realizado las condiciones varias que cada uno de esos reglamentos

señala para un sinnúmero de hipótesis, todas iguales e intercambiables.

La naturaleza privada del régimen del servicio veda al ente económico el uso del imperio en perjuicio del particular usuario, pero no a éste la consideración —en su beneficio— de la prestación debida como si fuera pública, que es lo que es. Más claro: el ente no puede tratar el servicio frente al usuario como si fuera público en los casos en que el ente es económico (comercial o industrial), pero el particular sí tiene el derecho de exigir que el servicio se le preste en condiciones iguales a las de los servicios públicos. Esto tiene una definitiva importancia para calificar la posición del ente frente al usuario, en lo que a su aspecto pasivo se refiere. Pues si el ente —puede decirse— no tiene potestades de imperio frente al usuario, si tiene en cambio todas las obligaciones y deberes que normalmente van aparejadas al imperio, en lo que aquellos sean compatibles con la naturaleza privada de la actividad. Esto lleva a lo siguiente: la prestación económica del ente comercial o industrial tiene que funcionar como si ésta fuera pública, en beneficio del usuario, y al respecto sí ostenta un cierto régimen excepcional. El servicio tiene que prestarse en forma regular, continua e igualitaria y, generalmente, las leyes contienen las regulaciones necesarias para asegurarlo. Así, la huelga está prohibida para los servidores de las instituciones del Estado, incluso si son económicas; la discriminación infundada entre clientes de un ente económico puede dar lugar al juicio de responsabilidad contra el ente y sus directores; y el mal servicio puede producir igual consecuencia.

Ello admitido, conviene advertir que la aplicación de tales principios varía sensiblemente cuando de entes económicos se trata. Pues, por ejemplo, en materia de seguros, cada póliza es un negocio individualizado y particular insusceptible de reducirse a contratos tipos sin variación que mantenga una igualdad mecánica entre todos los asegurados. Sin embargo, tal igualdad mecánica y de masa ha de ser el ideal y deberá actuarse con base en ella siempre que la institución, con su estado actual de organización y medios, pueda hacerlo sin perjuicios graves para el público o su patrimonio. La esencia misma de las actividades que desarrollan los entes económicos es la de un negocio móvil y variable, según toda clase de circunstancias imprevistas, y no puede sujetarse a reglamentaciones de detalle, en cuanto al contenido ni al método o el momento de la prestación,

que hagan perder negocios u oportunidades de ensanchamiento que no puedan entrar dentro de aquellas previsiones. Es esencial en estos entes que sean sus regulaciones y su organización los que se adapten a los intereses y particularidades variables de cada negocio y de cada cliente, y no al revés, los clientes y los negocios a las previsiones de la institución. En general el principio a sentar es que cada negocio debe y puede resolverse de acuerdo con sus términos particulares, pero que deberá irrogar al cliente un desembolso y un perjuicio, si lo irroga, no mayor en proporción que el causado en otros negocios de naturaleza y fines parecidos. El particular tiene derecho a que se dé el servicio, pero no a que se dé en un grado máximo de bondad y regularidad; sólo un mínimo, acorde con las posibilidades actuales de prestación y organización, puede exigir el particular.

Todo lo dicho aquí conduce a corroborar otra afirmación ya hecha, a saber: la inexistencia de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo sobre las leyes de la descentralización administrativa. En efecto: hemos visto que el ámbito interno del servicio —sus relaciones con empleados y usuarios— está reservado al ente mismo por la vía del reglamento autónomo y, con mayor razón, por la del reglamento ejecutivo. Dijimos que era un estrecho ámbito de acción el que correspondería al Poder Ejecutivo y a su potestad reglamentaria de las leyes sobre la autonomía si precisamente el campo más importante de esa reglamentación, que son las relaciones del servicio con el usuario, está reservado a la Institución misma, por el razonamiento a fortiori que se hizo. Ahora comprobamos como en el caso de los entes económicos esa disminución de potestad es todavía mayor, porque en los mismos no hay siquiera potestad interna de reglamentación del servicio para el ente ni para ningún otro poder, dada la naturaleza privada del vínculo que conecta a la institución con el usuario. En esta hipótesis, fuera de todos los razonamientos oportunamente hechos, resaltaría todavía más patente la inutilidad de una potestad que nada tiene que hacer, porque sólo la ley puede afectar directamente y dentro de los límites de su aplicación inmediata, la relación de que se trata. La potestad del Ejecutivo en este aspecto es una potestad que ni la Constitución le autoriza ni la vida institucional le exige. Una facultad innecesaria e inoperante caso de existir, como no son las entidades que en el derecho real existen y cumplen su función. Una potestad, pues, inexistente.

AUTONOMÍA Y UNIDAD ESTATAL

a) El momento de la independencia

La Constitución ha garantizado la independencia en el funcionamiento a toda institución autónoma. Con ello ha significado que la institución puede ejercer por primera vez su competencia en todas sus etapas, desde el primer acto de impulso hasta el último de decisión, agotando todos los pasos intermedios de preparación.

Equiparada a esta capacidad para adoptar sus decisiones—incluyendo los actos de iniciativa y preparación— la autonomía implica la exclusión de terceros del trámite preparatorio. Implica también la imposibilidad de que otro ente intervenga en la fase de decisión, que finaliza el procedimiento administrativo, en situación de superioridad frente al ente autónomo, con potestad para determinar su actividad. Y, finalmente, la autonomía apareja la capacidad para resistir cualquier control de oportunidad sobre los actos después de emitidos, porque ese control es incompatible con la autonomía, que es precisamente descentralización de criterios de oportunidad.

Cabe preguntar, sin embargo, el por qué de este límite aparentemente arbitrario, por virtud del cual la institución es autónoma para actuar por primera vez, pero no para mantener su resolución y ejecutarla, después de emitida. Es cierto que una vez emitido el acto la institución puede hallar sometida su conducta a impedimentos y controles, e incluso a la supresión por anulación dictada por el contralor. La actividad inicialmente autónoma puede ser condicionada y paralizada después. ¿A qué obedece esta aparente contradicción? ¿Existe, de veras, contradicción?

El caso es un típico ejemplo del carácter polar de toda norma y de toda institución jurídicas. Ahí donde haya norma de derecho, habrá un conflicto de intereses, resuelto a favor de los que se consideran primarios en contra de otros estimados secundarios. Aquí el conflicto es el que se da entre la autonomía como modo de gestión de lo público y la unidad del Estado como condición de existencia de todo lo público.

Concepto de unidad estatal

El problema a resolver consiste en garantizar la autonomía sin destruir la unidad, o mejor aún, en garantizar la unidad antes que la autonomía, pero sin destruir ésta última. No se trata en realidad, de una elección entre dos posibilidades iguales, sino de una limitación necesaria en el desarrollo de una posibilidad: la limitación que impone la unidad del Estado a la autonomía de los entes menores.

Esa limitación es necesaria, porque es la consecuencia de un principio lógico de la existencia y del funcionamiento del orden jurídico. Ese principio describe cómo tiene que ser el derecho con vista de los fines y motivos básicos del mismo, y no simplemente cómo debe ser. Es decir, las características y condiciones de existencia que un orden tiene que reunir si quiere lograr los fines que persigue: aquellas notas y condiciones que definen la existencia y la vigencia de lo jurídico, como orden positivo.

Desde este punto de vista puede decirse que el conocimiento de la existencia del derecho, equivale a la formulación de las que García Maynez llama reglas técnicas para conseguir los fines humanos, en tanto que contrapuestas a las reglas normativas o propiamente preceptivas.

“La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento obligatoria o no; stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Estas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es... Las reglas prácticas de cumplimiento potestativo prescriben determinados medios, con vista de la realización de ciertos fines. Si digo, por ejemplo, que para ir de un punto a otro por el camino más corto es necesario seguir la línea recta, formularé una regla técnica. Si afirmo: debes honrar a tu padre, expresaré una norma... Las reglas de conducta expresan una necesidad condicionada cuando indican los medios que es indispensable emplear para la consecución de determinado fin.

Estos principios suelen formularse de manera imperativa, mas no son normas, puesto que no imponen deberes. Cuando se dice, verbigracia, para recorrer la distancia más corta entre dos puntos debe seguir la línea recta, úsase de una expresión impropia. Si una persona se propone ir de A a B por el camino más breve, tomar la línea recta es para ella una necesidad, no un deber. Nadie obliga a optar por tal camino; pero si quiere realizar su empeño no podrá prescindir del único medio idóneo" (Introducción al Estudio del Derecho, págs. 4 y 10).

Así, con las condiciones necesarias en la existencia de un orden jurídico para lograr los fines de seguridad y justicia que persigue. El orden no podría lograrlo si no se compusiera de normas referidas a conducta externa, ni si, con esa referencia, las mismas carecieran de un mínimo de efectividad y aplicación, cuando menos en las zonas en que habrían de ser cumplidas por los órganos de producción jurídica, el legislativo y el judicial. La efectividad de las normas sobre la legislación y la jurisdicción —que son las que permiten la creación y la conservación del derecho como orden efectivo y no como mera utopía lógica— así como algunas notas del ser jurídico, en tanto que necesarias para el cumplimiento de su función práctica, son, una vez descritas, las reglas prácticas y necesarias de que el hombre se vale para lograr los fines del derecho. Así, por ejemplo, con su naturaleza ideal. Sería absurdo decir que el derecho debe ser ideal: el derecho es y tiene que ser ideal para ser derecho. Prescindiendo de la definición de la idealidad, como forma de existencia de los objetos, baste en el caso advertir esta perogrullada: que el derecho vale aunque sea violado y aunque mueran los gobernantes que lo crearon, y desaparezcan las fuerzas políticas que determinaron su contenido. La norma existe, con su particular forma de existencia, con indiferencia frente a la suerte real de sus preceptos y frente a las condiciones materiales o sociales de su aplicación. Es el desiderátum que la norma no sea —en su contenido— indiferente a la realidad, sino impregnado por ella; pero es la realidad que el derecho es tal aún si es impráctico. ¿Por qué así? La norma pretende llenar una necesidad humana, que es la de certeza y seguridad en las relaciones sociales: por su propia función la norma tiene que ser lo mismo si es obedida que si es violada, si está vivo que si está muerto el gobernante que la creó. La idealidad de la norma es precisamente este

valer aparte de su aplicación o su eficacia, aunque no sea aplicada sea desconocida. Mientras tal ineficacia práctica no ataque la vida positiva de las normas sobre la legislación y jurisdicción, ni, en general, aquellas de cuyo funcionamiento en un momento dado depende el de la totalidad del orden mismo, porque son las que mantienen viva la posibilidad de hecho de ejercer supremacía en un cierto territorio, que es la esencia o condición primera para la autoridad del Estado, aquella ineficacia queda confinada a normas de rango y tipo diverso, cuya validez y existencia se revelan tanto más cuanto más violadas y urgidas de protección aparezcan. La idealidad del derecho no es una regla científica sino la forma de la realidad jurídica, pero la enunciación de esa idealidad, como una nota necesaria para que el derecho cumpla su función, es una regla técnica.

Si ahora, en lugar de mirar la naturaleza y las notas que definen la norma, examinamos sus condiciones de creación y aplicación, los procesos activos en virtud de los cuales el derecho cobra vida ideal y práctica, entonces vemos que también en este campo pueden formularse reglas científicas, que describen o enuncian los supuestos de existencia de esos procesos y su mutua relación. Así como podemos llamar a las primeras las reglas técnicas estáticas del derecho, porque describen lo que es la norma jurídica ya producida, así también podemos llamar a éstas las reglas técnicas dinámicas del derecho, porque describen los procesos de su producción. Dentro de estas últimas la fundamental es la regla que enuncia la unidad del Estado.

“La existencia, o lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan los significados de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por normas jurídicas. Para describir ese conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia natural describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica” (Hans Kelsen; *La Teoría Pura del Derecho*, pág. 41).

Así también con el llamado principio de la unidad del Estado. Como antes ocurrió con la naturaleza ideal de la norma como enunciación científica, aquí también es posible extraer de la experiencia jurídica este principio de unidad: basta observar que en una sociedad dada son muchos los hombres que crean y aplican el derecho, aún más los que lo obedecen e innumerables las normas y sus cambios. Y que, sin embargo, toda esa variedad de manifestaciones puede reconducirse a través de varios escalones desde el acto más insignificante de un simple particular hasta el acto primero de autoridad social, por el que unó o varios individuos decidieron mandar a otros como si fueran representantes o partes de una entidad ideal y superior, no coincidente con ninguno de ellos.

El Estado moderno, en efecto, presenta la nota esencial de ser institucionalizado, quiere decirse: de consistir en una entidad ideal, que, sin embargo, actúa a través de sujetos físicos cuya conducta le es atribuida. Pero este resultado, que es una construcción jurídica, es el final de un proceso con varios estadios previos. Cuando se dice que el Estado forma una unidad no se quiere decir que hay un solo ser que abarca a todos sus funcionarios o agentes dentro de su misma categoría de seres humanos, a modo de superhombre. La unidad del Estado, como realidad jurídica, consiste simplemente en la armonía planeada, mediata o inmediata, entre todos los centros jurídicos reconocidos de creación y aplicación del derecho. No es sólo una idea de sustancia sino también de relación, entendida como la "referencia de una cosa a otra". La unidad del Estado significa que cada órgano, o centro de aplicación y creación del derecho, se halla directa o indirectamente referido a todos los demás del sistema jurídico, hasta formar un conjunto no contradictorio, al que —como tal— se atribuye el origen de todo el derecho. ¿Cómo nace esta idea de unidad?

Si se piensa cuál puede ser el factor básico de unidad entre los variadísimos elementos integrantes del Estado, destaca el hecho fundamental de un solo orden jurídico, común para gobernantes y gobernados. Tan dispares elementos, de diversa naturaleza real como el gobierno y el territorio, como el territorio y la población, no pueden unificarse por sí mismos en razón de un elemento exclusivo de su propia constitución, sino a través de un solo elemento común a todos que, en alguna forma, los abarca y articula armónicamente. Ese común elemento es, precisamente, el orden jurídico

respecto del cual todos se ponen como condiciones de existencia y dentro del cual todos se refieren unos a otros. Es el poder, en definitiva, el elemento que aquel orden contempla como constitutivo del Estado y único que, en realidad, puede reputarse como elemento sustancial de éste. El Estado, jurídicamente hablando, es el gobierno puesto en relación de dependencia y de dominio a la vez, respecto de aquellos otros elementos o condiciones de su existencia. Y se entiende por Gobierno, para este efecto, el conjunto de autoridades constituidas dentro de un orden jurídico, titulares del poder de mando a nombre de un centro ideal inconfundible con su persona física. Si se intenta encontrar, entonces, el criterio de pertenencia de una norma a un orden se concluirá lógicamente en que ese criterio sólo puede estar en su derivación directa o indirecta del poder común regulado y creado por ese orden.

Desde este punto de vista cabe decir que la unidad del orden jurídico y del Estado como organización productora del mismo, está dada por la unidad o la armonía entre las normas que regulan la producción y aplicación del derecho. Un conjunto de normas forman un orden unitario, en otras palabras, cuando han sido todas creadas —directa o indirectamente— por la aplicación de una sola norma reguladora de la producción del derecho; y un conjunto de órganos o entes creadores de derecho forman una organización unitaria cuando han sido todos autorizados por un sólo órgano fundamental, que en ellos delega o inviste la competencia para hacerlo. Más claro: todo orden se compone de normas que regulan la conducta y de normas que organizan la producción de las primeras. Estas últimas —las normas sobre la producción del derecho— designan un centro con un nombre (órgano), le atribuyen uno o varios poderes (capacidad para crear derecho general o concreto) detallan el procedimiento de ejercicio del poder y regulan el nombramiento o investidura de las personas físicas encargadas del mismo. Una misma norma puede regular simultáneamente todas las formas de producción del derecho, o permitir que el órgano designado por ella designe y construya, a su vez, otros que lo hagan, en situación de inferioridad frente a él. Pero, en todo caso, a través de uno o de varios grados, directa o indirectamente, todos los órganos se escalonan del superior al inferior, con o sin órganos colaterales e iguales en cada línea de la gradación. Todos —directa o indirectamente— provienen de un sólo órgano, al que todos los

demás están subordinados: el órgano inicial previsto por la norma primera sobre la producción del derecho.

Aquí, en Costa Rica, el órgano supremo es la Constituyente, y los que le siguen, ya organizados, la Asamblea, sin colaterales ni iguales; los otros poderes, con las instituciones colaterales e iguales, etc. Sea cual fuere la amplitud y complejidad de esta varia jerarquía es preciso tener en mente un rasgo esencial de la misma:

El hecho de ese común origen —directo o indirecto— de todos los órganos que forman la organización estatal, implica que el centro de que todos provienen ha dispuesto lo necesario para mantener su armonía y existencia, que desaparecería si todos pudieran hacer lo mismo en idénticas condiciones, igualmente que si cada una pudiera hacer algo diverso en condiciones totalmente diferentes de los demás.

En esta última hipótesis el orden jurídico tendría una unidad de origen pero carecería de unidad en su funcionamiento, por la concurrencia o el paralelismo absolutos entre las diversas funciones de los órganos creados. Para que haya unidad real se requiere, entonces, no sólo la comunidad última de origen de todas las normas que integran el orden, sino la ordenación de todos los entes dentro de competencias más o menos concurrentes. Se necesita que, en alguna forma, coincidan en su quehacer, aunque en alguna forma se diferencien al respecto. Con ello no se quiere decir que todos los órganos deban actuar en idénticas condiciones de espacio, tiempo, materia, personas o grado, lo que sería lógicamente imposible, sino que siempre debe haber una relación entre todos los entes, que permita reducir su funcionamiento y no sólo su origen a un sólo ente, capaz en alguna forma para determinar el contenido de sus actos.

Ello hace pensar en dos tipos posibles de relación entre los órganos o instituciones del Estado, a saber: a) dos o más entes unilateralmente subordinados, dentro de una relación en que uno puede determinar o afectar la conducta del otro, que sólo puede obedecer sin reciprocidad; b) dos órganos coordinados entre sí, cada uno con libertad de conducta frente al otro, pero necesariamente subordinados a un tercero, según el tipo indicado en el inciso a). Resulta imposible prescindir de la relación de subordinación, salvo cuando se mira del órgano supremo hacia abajo, porque el mismo no está

entonces subordinado a ningún otro. Però, en cualquier otra hipótesis y respecto a cualquier otro órgano, la relación de subordinación frente a un tercero siempre hace presencia, porque es el medio único de vincular al ente o entes de que se trata al órgano supremo, del que todos los demás directa o indirectamente derivan, y al que todos los demás están subordinados, en cuanto al contenido posible de su conducta.

De este modo, en ningún caso debe cuestionarse si, por ejemplo, existe alguna relación entre Poder Central y entes autónomos, porque alguna tiene que existir y es jurídicamente imposible que ninguna exista; única pregunta atinada al respecto puede ser la que indague concretamente sobre el tipo de esa relación, si de coordinación o de subordinación.

c) La independencia y la unidad estatal

La solución de este problema queda reservada para cuando indagemos las relaciones entre Poder Ejecutivo y entes autónomos. Pero podemos preguntar, desde ahora, cómo se desarrolla la subordinación que media entre éstos y la Asamblea Legislativa expresamente consagrada por la Constitución.

Si se reflexiona que tal subordinación no es otra cosa que expresión del principio de unidad, puede entenderse bien el modo de operar de esa subordinación. Su alcance principal es dinámico y quiere decir fundamentalmente dos cosas: a) que la Asamblea es el centro creador y, en consecuencia, el órgano superior de las instituciones autónomas; b) que la Asamblea, en tal calidad, debe poder no sólo dar vida a las instituciones autónomas sino —según lo anteriormente expresado— determinar en alguna forma el contenido de su función.

Si se considera que la Asamblea está constitucionalmente inhibida para dictar actos concretos o realizar intervenciones individualizadas sobre los entes autónomos, por virtud de su misma función, resulta claro que la potestad de intervención y dirección asignada a la Asamblea Legislativa significa nada más la potestad de ésta para atribuir a otro órgano —que sí puede actuar en forma sub-

jetiva— aquellos poderes sobre la actividad de la institución descentralizada. El problema que esta posibilidad institucional plantea está, pues, en averiguar cómo la Asamblea puede autorizar a un órgano administrativo para intervenir y determinar la conducta de la institución autónoma, o a sus funcionarios, sin violar la autonomía. Nos preocupa ahora, sobre todo, la ubicación exacta del momento debido para esa intervención.

Es obvio advertir, de paso, que tal problema no se plantea frente a los actos de imperio en sentido estricto, tal y como han quedado ya definidos: actos frente a terceros extraños a la institución, o frente a sus usuarios, en cuanto titulares de derechos originarios e independientes de la actividad y de los servicios de la institución. Las potestades de imperio, en este estricto sentido entendidas, no son parte natural de la autonomía y pueden no sólo limitarse sin trabas en cualquier momento, sino también sustraerse a la competencia de la institución y atribuirse al Estado o a otro ente. Así, por ejemplo, con las expropiaciones requeridas por los entes autónomos en ejercicio de sus funciones, que no pertenecen a ésta sino siempre a nuestro Poder Ejecutivo. Tal disociación es lícita y regular.

El problema se plantea exclusivamente para aquellas potestades de la institución frente a su servicio especializado y dentro de la órbita del mismo, referente a su patrimonio, sus empleados o sus usuarios.

¿Cuándo debe la ley y en qué forma permitir o imponer una intervención de un ente extraño en las actividades de la institución autónoma, con aquellas características de imperatividad externa?

No son muchas las posibilidades de elección. Si la intervención de la Asamblea, o la autorizada por ésta, se da antes de que la entidad autónoma emita su primer acto sobre la materia en gestión, y determina el contenido de éste antes de producirse por primera vez, la decisión que resulte no será libre sino subordinada y limitada, como la de cualquier ente sometido a jerarquía. Si, por ejemplo, la Asamblea regula una intervención por virtud de la cual otro ente recolecta el material de información necesario para que la institución juzgue y decida el caso, se producirá una automática limitación en los motivos de hecho de la resolución que se produzca, que estarán siempre determinados por ese material de

información y la entidad no decidirá sino en dependencia de otro ente.

Es de advertir, por otra parte, que la misma palabra autonomía significa capacidad propia de decisión y no de mera preparación o ejecución de un acto ajeno. En consecuencia, la potestad de decidir después de haber preparado las bases de la decisión es el objeto típico de la autonomía, que la Constitución protege. Esta potestad de iniciativa completa, o decisión autónoma por primera vez, es el mínimo de autonomía que la Constitución garantiza y debe siempre respetarse.

d) La independencia y el control central

Pero, entonces, ¿dónde queda la unidad del Estado frente a la autonomía, si ésta implica una potestad de libre decisión por primera vez? ¿No se fracciona con ello la armonía de política y también de disposiciones normativas que debe existir en todo orden jurídico?

Unidad y armonía quedan a salvo si se permite intervenir a un extraño sólo después de que el ente ha tomado su decisión sobre el asunto y antes de que la ejecute; es decir, cuando ya ha usado de su libertad pero todavía no ha dañado realmente la armonía establecida por el orden emanado del Estado Central o de las otras instituciones.

Si regulaciones de este tipo no fueran posibles, la Institución autónoma sería libre en todos los momentos de su conducta y no habría ninguna posibilidad constitucional para mantener respeto de ella la unidad del Estado, que ya vimos que exige que todo órgano o ente público se halle directa o indirectamente subordinado a un órgano o ente común, respecto del cual estén también subordinados todos los demás, por su origen y por su funcionamiento. Ya vimos que ese órgano es, frente a los demás entes autónomos, la Asamblea Legislativa.

¿Cómo describir más exactamente el momento adecuado para la intervención del superior sobre el ente autónomo, que hemos calificado como aquél que corre entre la emisión primera del acto y su ejecución?

Este momento es el que corresponde a la pendencia del acto de la Institución y coincide con lo que llama la doctrina la ineficacia del acto, como "situación jurídica objetiva" del mismo.

Una extensa transcripción de Messineo, definió bien el concepto de eficacia como distinto e independiente del de validez. Podemos ahora aclarar tal concepto, aunque sin penetrar la ruda corteza de problemas y conexiones que lo cubre, sino en lo indispensable a este tema. En general, todo efecto jurídico se produce según una ley de causalidad por virtud de la cual siempre va precedido de ciertos hechos —que la doctrina latinoamericana denomina "supuestos"— productores de ese efecto. El desarrollo, tipos y conexiones entre las diversas causas jurídicas posibles se ha estudiado pormenorizadamente casi sólo en relación con esos supuestos, que son precisamente las causas simples del efecto definido, cuando éste es producto de un solo hecho o de un solo acto jurídico. Pero es evidente que, en el mundo jurídico y sobre todo dentro del derecho público, abundan los casos de efectos jurídicos producidos después de una laboriosa articulación de actos con ese fin, que a menudo proceden de múltiples sujetos y no de uno solo. Y de actos que se ordenan con una función específica y parcial dentro del curso de acción cuyo final es un acto que, como principal, habrá de considerarse la causa inmediata del efecto escogido. Así con la sentencia y la ley, así también con el acto administrativo.

En general, los eventos que participan en la producción de un efecto jurídico escogido pueden clasificarse en anteriores o posteriores a la emisión del acto principal, alrededor del cual giran. De este modo, dentro del derecho público, los procedimientos tienen la característica de orientarse casi todos no sólo a la preparación de un efecto jurídico sino también a la formación de un acto jurídico, que habrá de considerarse como causa del mismo. Es en relación con este acto que resulta lógico y útil establecer las clasificaciones de los eventos diversos que hacen posible su aparición y operación jurídicas.

Cabe una primera gruesa contraposición: elementos preparatorios del acto público, elementos constitutivos del acto público y elementos integrativos del mismo. Los primeros son necesariamente anteriores y lo hacen posible; los segundos son el acto y lo componen, y los terceros son la condición para la operatividad del acto. Cada acto procesal preparatorio tiene un efecto, que es permitir que otro posterior se realice con una esencia jurídica y un nombre

determinados, y no con otro cualquiera. Si quiero, por ejemplo, proponer una terna para el nombramiento de un empleado es preciso, primero y en este estricto orden, que antes se haya hecho el concurso y declarado el orden de preferencia entre los diversos concursantes. Ese concurso hace posible la subsiguiente valoración de resultados, como valoración jurídicamente operante y no como simple juicio privado de los funcionarios llamados a graduar el resultado; y, a su vez, esta graduación hace posible la ulterior presentación de terna, con el carácter de antecedente necesario para un nombramiento, y no como mera sugerencia espontánea e irrelevante del funcionario que la propone. El acto preparatorio determina una posibilidad o imposibilidad de aparición de otro acto posterior, dentro del curso de acción que desemboca en el acto principal. Condiciona la validez de éste y su omisión causa la nulidad de todo lo actuado con posterioridad.

Podemos observar, desde ahora, que la aparición de un acto preparatorio no atribuye en definitiva ningún derecho a ningún sujeto, sino que, simplemente, hace posible que éste realice otra conducta destinada a producirlo. Crea, dicho acto, una cualidad o estado jurídicos, por virtud de la cual es posible que otro sujeto realice un acto productor de situaciones jurídicas externas y definitivas, con base en aquella calificación.

Si ahora suponemos que ya se han agotado todos los trámites preparatorios y que el acto principal ya se ha realizado, es posible todavía concebir una situación provisional del acto en cuestión. El mismo reúne todos los elementos y supone todos los antecedentes que la ley le ha prefijado, como posible causa de un cierto efecto jurídico escogido. Desde este punto de vista, de su completa conformidad con el esquema legal de su nacimiento y composición, el acto puede decirse perfecto, perfeccionado o válido. Es como el derecho manda que sea, en las condiciones y con los antecedentes también prescritos por el derecho. Pero ese acto, válido y perfecto, puede ser incapaz todavía de producir el efecto buscado. Su validez ya no podrá atacarla ningún hecho superviniente, pero su capacidad para generar el efecto previsto, en ese caso concreto y dentro de las particulares circunstancias, puede depender todavía de un hecho futuro, cierto o incierto.

Esta separación entre perfección del acto y productividad del mismo, entre validez y eficacia (para decirlo de una vez) es usual

dentro del derecho privado y responde ampliamente al principio de la autonomía de la voluntad. Aquí cada cual puede escalar la producción de los efectos jurídicos que busca como medios para llenar sus intereses, también de acuerdo con éstos y para que se produzcan en las más variadas circunstancias. El término, la condición y el modo, son figuras exhaustivamente examinadas en el derecho privado.

No ha sido lo mismo en el derecho público. Y, sin embargo, también dentro de éste es usual el caso de un acto perfecto, cuya productividad queda suspendida mientras no se realice una determinada condición. En esta hipótesis y mientras la condición no se realiza, el acto se halla en estado de pendencia, estado que le impide producir efecto jurídico. Pero, una vez que se realiza un acto posterior llamado de control, el efecto aparece y desde la fecha del acto. La función del acto de control no es, entonces, producir un efecto jurídico propio sino hacer posible que otro acto ya realizado lo produzca. Así como el acto preparatorio tiene por función hacer posible que se realice un acto posterior, con una naturaleza y función jurídicas determinadas y no con otras cualesquiera, así también el acto de control tiene por función integrar y completar la virtud productiva de otro acto necesariamente anterior, para que el mismo despliegue su efecto propio. En un sentido estricto ambos actos, el de control y el controlado, son actos necesarios para producir el efecto, pero es innegable la subordinación objetiva del agente contralor frente a la autoridad controlada. Pues aquél sólo persigue remover el obstáculo para el nacimiento de los efectos del acto ya realizado por ésta, obstáculo que es precisamente la no aprobación o la pendencia de la aprobación. El acto contralor juega el papel de una condición suspensiva que opera, como todas las de su clase, retroactivamente desde el momento de realización del acto aprobado. Posteriormente podremos ver, con más holgura, este desdoblamiento entre los elementos constitutivos de un acto, cuando éste es complejo, y sus elementos puramente condicionales, cuando se trata de un simple control.

e) Las situaciones jurídicas objetivas y el control

Quede claro, por ahora, que en el derecho público es usual la separación entre la perfección normal del acto (su validez) dada por

su conformidad plena con el esquema legal correspondiente a su formación y composición, y su eficacia, dada en su capacidad concreta para producir efectos jurídicos ejecutables. Entre ambos momentos —validez y eficacia— intermedia el estado de pendencia que permite controlar la legalidad del acto, antes de que éste pueda ser ejecutado.

La validez es independiente de la eficacia y viceversa, lo que deja abierta la posibilidad de anular un acto eficaz, si posteriormente se descubre su invalidez. En general, la escisión entre validez y eficacia del acto es un fenómeno que cubre todos los campos del derecho y que coincide con la distinción entre capacidad de goce y del ejercicio, nacida en el derecho privado.

Puede decirse con Donati que “cada poder resulta en realidad de dos elementos o poderes elementales, el poder de titularidad nuda de una dada esfera de actividad, y el poder de ejercitar la actividad reconocida, en los límites de aquél otro, que es precisamente la potestad también nuda de ejercicio del poder” (Acto complejo, autorización, aprobación, Archivo Jurídico, pág. 5, separata, citado por Sandulli, El Procedimiento Administrativo, pág. 32).

Tal distinción puede erigirse en categoría jurídica y afirmarse que, en general, todo derecho se compone de dos potestades separadas y distintas, que son las correspondientes al contenido del derecho y las correspondientes a su actuación práctica, por la conducta propia o ajena.

Puede incluso afirmarse que la norma produce dos modos de atribución del poder, una en el plano puramente lógico que consiste en imputar la posibilidad normativa, fuera de toda consideración de espacio y tiempo, y otra en el plano de un tiempo y espacio determinados, que pueden sobrevenir después de existente ya la primera atribución normativa de tipo puramente lógico y abstracto. De este modo, así como observamos a menudo que la potestad de acción está disociada o fragmentada entre varios sujetos, uno sólo de los cuales es el verdadero titular del respectivo derecho (poderante-mandatario; menor —tutor; sociedad— gerente) así también es posible que exista una situación jurídica y, a la vez, la imposibilidad legal de ejercerla actualmente. O bien, una autorización y la imposibilidad legal para ejercerla. Trasladando a los actos la distinción usual entre las capacidades de goce y ejercicio mencio-

nadas, puede afirmarse que hay, a la par de las situaciones jurídicas subjetivas como formas de acción atribuidas normativamente a los individuos, situaciones jurídicas objetivas, como condiciones de realización o actuación de las primeras, por las cuales es posible que éstas puedan o no ser ejercidas. No se trata de posibilidades de acción, útiles por sí mismas, sino de cualidades de las cosas, las personas, los hechos o los actos, que existen y aparecen en función de otros actos, objeto de situaciones jurídicas (derecho o deber) preexistentes. Tienen por función afectar el ejercicio de esas situaciones y como tales cualidades son el presupuesto para que esas situaciones jurídicas se puedan ejercer o no ejercer, mantener o suprimir.

“Todas estas situaciones jurídicas objetivas están, consecuentemente, establecidas en orden a la acción del sujeto. No en el sentido de que se refieran a la conducta del sujeto (porque entonces serían situaciones subjetivas) sino en el sentido de que en presencia de las mismas las situaciones subjetivas pueden desplegarse o no, o manifestarse en algún modo particular: aquellas, en síntesis, determinan el ejercicio o la observancia de las situaciones subjetivas” (Massimo Severo Giannini, Lecciones de Derecho, pág. 378).

Podemos dar el ejemplo del acto administrativo de una entidad autónoma pendiente de aprobación, como la imposición de una tasa municipal. Mientras la aprobación no se ha dado el acto tiene una cualidad, que es la de ser ineficaz. La aprobación tiende a permitir que pueda nacer el derecho de la Municipalidad a cobrar la tasa, así como la improbación viene a impedirlo. En ambos casos se trata de actos que tienen la función de asegurar la adecuación de la tasa proyectada a la capacidad contributiva de los administrados y a las leyes de la República. Puede decirse, por ello, que la pendencia de un acto, como situación objetiva del mismo nacida de la necesidad de un control, tiene por objeto adecuar y coordinar el interés de la institución al del contralor, que es generalmente el del Estado Central. Es decir, ubicar ese interés especializado dentro de un cuadro más amplio de necesidades e impedir que su especialización pueda lesionar la justa satisfacción de esas otras urgencias centrales e igualmente importantes. Se trata, en otras palabras, de someter el acto a la ley que regula su actividad especializada y a las actividades conexas o concurrentes del Estado Central. En consecuencia de todo lo dicho resulta claro lo que esta actividad integrativa significa.