

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

LAS FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO

INTRODUCCIÓN: En el presente informe encontrará variada información acerca del Derecho Público, sus fuentes, el concepto, teorías que lo explican, las tendencias que lo definen, también temas como el Estado de Derecho y la consolidación del Derecho Público, la Ley General de la Administración Pública y jurisprudencia acerca de las fuentes de una de las ramas del derecho público como lo es el derecho administrativo.

ÍNDICE DE CONTENIDO

NORMATIVA.....	3
LEYES DE DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE.....	3
DOCTRINA.....	4
DERECHO PUBLICO.....	4
EL CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO.....	4
TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO.....	5
DEFINICIONES DE DERECHO PUBLICO.....	6
CONCEPTO DE INTERESES PUBLICOS.....	7
TENDENCIAS MODERNAS SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PUBLICO Y PRIVADO.....	8
TENDENCIA A SUPERAR LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PUBLICO Y PRIVADO.....	8
BIVISION DEL DERECHO PUBLICO.....	9

Nacimiento del derecho público y las teorías que fundamentan su objeto de estudio.....	10
Sección I.: Estado de Derecho y consolidación del derecho público.....	10
Sección II.: El Sistema de régimen administrativo.....	12
Sección III.: Criterios de distinción del derecho público. . .	15
A. Las teorías que privilegian un criterio orgánico o subjetivo de derecho público (era moderna).....	16
B. Las teorías que privilegian un criterio material u objetivo de derecho público (era posmoderna).....	20
COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA.....	23
Introducción.....	23
Régimen Legal del Principio de la Legalidad Administrativa. .	25
La Formulación del Principio.....	26
Los Sujetos de Derecho Público.....	28
El derecho aplicable a los diversos sujetos de derecho público	31
La interaplicación del derecho público y del derecho privado	32
LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SE CONVIERTE EN NOCIÓN FUNDAMENTAL DEL DERECHO PÚBLICO MODERNO.....	34
JURISPRUDENCIA.....	40
Principios generales del derecho administrativo: Autosuficiencia y autointegración del ordenamiento jurídico	40
Fuentes del Derecho administrativo: Imposibilidad de otorgarle carácter de prueba a la jurisprudencia	40
Fuentes del Derecho administrativo: Análisis doctrinario	41
Acto administrativo: Concepto y clasificación	41
FUENTES CITADAS:.....	46

NORMATIVA

LEYES DE DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE

[Sitio Web Pgr Sinalevi]¹

1. Ley: 8508 del 28/04/2006 Código Procesal Contencioso-Administrativo
2. Ley: 1581 del 30/05/1953 Estatuto de Servicio Civil
3. Ley: 7494 del 02/05/1995 Ley de Contratación Administrativa
4. Ley: 8131 del 18/09/2001 Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos
5. Ley: 8292 del 31/07/2002 Ley General de Control Interno
6. Ley: 6227 del 02/05/1978 Ley General de la Administración Pública
7. Ley: 7428 del 07/09/1994 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
8. Ley: 6815 del 27/09/1982 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
9. Ley: 3667 del 12/03/1966 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (NO VIGENTE)
10. Decreto Ejecutivo: 32988 del 31/01/2006 Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos
11. Decreto Ejecutivo: 21 del 14/12/1954 Reglamento del Estatuto de Servicio Civil
12. Decreto Ejecutivo: 25038 del 06/03/1996 Reglamento General de

Contratación Administrativa (NO VIGENTE)

13. Decreto Ejecutivo: 34728 del 28/05/2008 Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos de Funcionamiento del Ministerio de Salud
14. Decreto Ejecutivo: 30720 del 26/08/2002 Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central
15. Reglamento: 0 del 28/01/2000: Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (NO VIGENTE)
16. Ley: 7727 del 09/12/1997: Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC

DOCTRINA

DERECHO PUBLICO

[Prof. Mauro Murillo]²

EL CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO.

El concepto del Derecho Público implica el del Derecho Privado, pues lo que no pertenece a uno pertenece al otro.

Derecho Público y Derecho Privado constituyen la repartición fundamental que se hace del Derecho.

Se ha intentado negar la distinción, pero existe una vieja tradición en admitirla. De toda suerte, resulta necesario saber si una norma es pública o no, dado que son diversos los principios generales del Derecho Privado y del Derecho Público.

Por otra parte se señala que la repartición "no compromete la fundamental unidad del ordenamiento jurídico" (PUGLIATTI), lo que se explica con la metáfora del único tronco con dos ramas.

Diversas teorías han sido formuladas para tratar de definir el Derecho Público (y por ende el Privado).

TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO

Según GARCÍA MAYNEZ, algunos niegan la existencia de un criterio válido de diferenciación entre Derecho Público y Privado. Un autor (HOLLIGEK) examina 104 teorías para luego concluir que ninguna es satisfactoria. El mismo GARCÍA MAYNEZ no acepta de las que expone:

a) La del "interés en luego", que viene desde ULPIANO. Para este autor Derecho Público es el que atiene a la cosa romana; Derecho Privado el que atañe a la utilidad de los particulares. Pero, qué es el interés público?

b) La de la "naturaleza de la relación" regulada por la norma, esta relación es de coordinación, la norma es privada. Es la tesis más aceptada.

c) La del "derecho especial" (ROGUIN). La norma es pública cuando en la relación interviene un ente público cuya actividad está regalada por un derecho especial.

BALLADORE-PALLIERI expone las que según él son las tres teorías más importantes sobre el problema, aunque inaceptables todas.

a) El Derecho Público regula los entes dotados de imperium (es decir, de potestad soberana). Le critica que aún estos entes

ejercen actividad sujeta al Derecho Privado.

b) El Derecho Público regula los actos de imperium. Se le crítica que hay actividades públicas no de imperium, v.gr.: servicios públicos, relación de empleo público.

c) El Derecho Público regula los intereses generales, o sea, todo lo que atañe al interés público (que es la teoría del interés en juego). La crítica que el interés no sirva para definir al derecho, sino más bien al revés. Ningún interés es público por sí mismo.

El autor expone en fin su propia tesis. Parte de la relación recíproca que existe entre las actividades y los fines: toda actividad supone un fin; la persecución de un fin supone una actividad. Para el Derecho Público lo que interesa directa e inmediatamente es el fin. Por ello en vez de libertades el Derecho Público lo que establece son poderes-deberes.

Para MORTATI lo que interesa es la relación entre la actividad reglada por la norma y el interés general; si el vínculo con el interés general es inmediato, la norma es pública. Parece otra formulación de la vieja teoría del interés en juego. Según el autor, en el Derecho Privado las actividades son concebidas como libertades, a las que simplemente se imponen límites. En él Derecho Público en cambio, existe, el deber de desarrollar la actividad, y de desarrollarla de cierto modo, como consecuencia de la inmediatez del vínculo con el interés general.

DEFINICIONES DE DERECHO PUBLICO

BALLADORE-PALLIERI lo define como el complejo unitario de normas dirigido a hacer obligatoria la búsqueda y a garantizar la

obtención de determinados fines, los cuales aparecen como necesarios.

MORTATI sostiene que es el complejo de normas que disciplinan las actividades dirigidas a la satisfacción de los intereses confiados directamente al Estado.

Según otro autor, el Derecho Público comprende en general todo aquello que atañe a los intereses públicos y a su actuación(PUGLIATTI)

CONCEPTO DE INTERESES PUBLICOS

Como se habrá apreciado, al concepto de interés público es fundamental en la mayor, parte de los conceptos y definiciones del Derecho Público.

PUGLIATTI dice que en rana colectividad son posibles los siguientes intereses:

- a) intereses de cada uno de los miembros;
- b) intereses de grupos; y
- c) intereses de la colectividad.

Son intereses públicos los intereses .de la colectividad considerada unitariamente, y no la simple suma de intereses particulares o de grupos. Cabe advertir que a menudo la ley utiliza locuciones distintas de la de "interés público" con sentido equivalente, tales como "orden público", "utilidad pública", " utilidad general", ' "interés social".

TENDENCIAS MODERNAS SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.

La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado es relativa. No sólo determinadas materias pueden ser privatizadas o publicizadas, sino que además se apunta hoy día una marcada tendencia a la expansión del Derecho Público, sobre todo como consecuencia de la mayor intervención del Estado en el campo económico.

La relatividad de la distinción se deriva de la relatividad del mismo concepto de interés público. Si bien puede fijarse un concepto sustancial de interés público, no es menos cierto que también lo es todo aquello considerado como tal por ley, es decir, formalmente. Por otra parte, hemos de señalar la expansión de la esfera de los intereses públicos, coincidente con la expansión de los fines del Estado.

TENDENCIA A SUPERAR LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

En vez de distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado, la doctrina tiende a distinguir entre Derecho Público y Derecho Común.

"Derecho Común", en tanto rige también para los entes públicos. En efecto, una parte de la actividad de los entes públicos (a veces casi toda) puede estar regulada por el Derecho Privado, de donde se prefiere hablar de "Común".

El Derecho Público sería el dictado con el específico fin de exceder aquella regulación ordinaria.

Pero esta doctrina parece no operar en los casos límites, en donde

no se sabría si se trata de un Derecho Privado especial o de un Derecho Público

BIVISION DEL DERECHO PUBLICO

El Derecho Público se divide en Interno e Internacional. Interno es el de cada Estado. Cuando se habla de "Derecho Público" simple y llanamente, por regla general se hace referencia al Interno. Internacional es el Derecho que regula la comunidad Internacional, las relaciones entre los Estados.

Se señalan como ramas del Derecho Público Interno:

- a) El Derecho Constitucional, que se ocupa de las normas que foíman la Constitución Política;
- b) El Derecho Administrativo, que estudia la organización y actividad de los órganos administrativos. Comprende al llamado Derecho Financiero, cuyo objeto es la actividad administrativa-financiera, y al Derecho cuyo objeto son las entradas de Derecho Público (tasa, contribuciones, impuestos);
- c) Si Derecho Penal, que se ocupa de las normas que establecen los delitos;
- d) Si Derecho Procesal, que estudia las normas relativas a la organización y procedimientos de los órganos jurisdiccionales; y
- e) El Derecho Eclesiástico, qué recoge las normas que regulan las relaciones con la Iglesia (no confundible con el Derecho Canónico que es el Derecho de la Iglesia).

Algunas ramas del Derecho Privado contienen normas de naturaleza pública (como ocurre con el Derecho Laboral, Derecho de Familia, Derecho Agrario, etc.).

Nacimiento del derecho público y las teorías que fundamentan su objeto de estudio

[HERNÁNDEZ R.]³

El derecho público, como una de las grandes ramas del Derecho Continental, se consolidó con la aparición de la teoría del Estado de Derecho, por ello iniciaremos este capítulo con la relación entre el Estado de Derecho y la consolidación del derecho público (sección I). Posteriormente, reflexionaremos sobre las particularidades que el sistema de régimen administrativo, uno de los sistemas de sometimiento del Estado al Derecho, tiene respecto del sistema anglosajón del common law (sección II), para finalmente repasar algunas de las teorías que se han esbozado como criterios de diferenciación del ámbito y objeto de estudio del derecho público (sección III).

Sección I.: Estado de Derecho y consolidación del derecho público

Una de las ideas básicas de la Revolución Francesa, en lo que al control de la actividad estatal se refería, fue la eliminación de la arbitrariedad administrativa. Para alcanzar este objetivo se habló de la sumisión del Estado al Derecho, constituyéndose así las bases de lo que más adelante se conocerá como el Estado de Derecho.

Cuando hablamos de sumisión del Estado al Derecho la primera pregunta que se impone es: ¿Cuál Derecho? Frente a esta pregunta hay al menos dos respuestas, que corresponden a los dos grandes sistemas de sometimiento del Estado al Derecho, a saber, el

sistema anglosajón del rule of law y el sistema continental basado en el sistema francés del régimen administrativo. A este último es al que pertenece el derecho público costarricense.

El primero, rule of law (impeño de la Ley) se basa en que los actos del Estado aunque debían estar sometidos al derecho, este derecho es el mismo que se aplicaba a las relaciones entre particulares, a saber, el common law (derecho común), por lo tanto no existe un derecho administrativo como tal, ni estatutario, ni especial para la Administración Pública. Es el reino de la Ley, la misma para todos e igualmente por encima de todos (De Laubadère, 2002: 12).

El segundo, llamado sistema del régimen administrativo, gestado en Francia a partir de la jurisprudencia del Conseil d 'Etat, propugna todo lo contrario, pues sostiene que si bien es cierto el Estado debe someterse al Derecho, ese Derecho no puede ser el mismo que rige las relaciones entre los sujetos particulares, sino que debe ser un derecho particular y especial para la Administración Pública, llamado derecho público y más concretamente derecho administrativo.

Con fundamento en este segundo sistema, se entiende el nacimiento de un Derecho especial, autónomo del derecho común, regido por sus propios principios y con una jurisdicción especial distinta y separada de los Tribunales comunes. Siendo entonces que materias tales como contratación, responsabilidad, dominio y empleo –entre otros– se regirían por normas distintas, propias, separadas y hasta contrapuestas al derecho civil, llamado derecho común.

De esta forma, a partir del sistema continental de derecho público, cuando pensamos en instituciones estatales damos por un hecho que deben ser reguladas por normas jurídicas especiales, estatutarias, diferentes de las aplicadas a los sujetos privados.

Es así, entonces, como la consolidación del derecho público vino aparejada a la teoría del Estado de Derecho, dentro del sistema de régimen administrativo. Analicemos con más detalle en qué consiste este sistema.

Sección II.: El Sistema de régimen administrativo

"La réunion de ces deux éléments (droit administratif - juridiction administrative) étroitement solidaires l'un de l'autre, constitue le régime administratif. Le régime administratif est la base et la marque propre du système français." (De Laubadère, 2002: 12)

El llamado sistema del régimen administrativo, nacido en Francia a partir de la jurisprudencia del Conseil d'Etat propugna por que el Estado debe someterse al Derecho, pero un Derecho particular y especial para la Administración Pública, llamado derecho público y más concretamente Derecho Administrativo.

Este es el nacimiento del derecho público, siendo la doctrina del Estado de Derecho su legitimante.

Pertenecen al régimen administrativo sistemas como el francés, el español, el italiano –entre otros países europeos– y el costarricense –entre otros países latinoamericanos–.

La originalidad del sistema francés radica entonces en la especialidad del derecho y la especialidad del juez a que se ve sometida la Administración Pública.

"C'est la que reside l'originalité du système français; elle tient à ce que la France possède un droit administratif (au sens

technique de cette expression, c'est-à-dire droit différent du droit civil) et a ce qu'elle a organisé en dehors des tribunaux judiciaires une juridiction administrative composée de tribunaux spéciaux (dont le plus important est le conseil d'Etat)" (De Laubadère, 2002: 12).

Pareciera que estos dos sistemas de sometimiento del Estado al Derecho, el inglés y el continental, son antagónicos. Sin embargo, según se explicará, en la era posmoderna lo antagónico deja de serlo y lo contradictorio se vuelve complementario. Así:

"II est juste d'ajouter ici que l'opposition de principe qui vient d'être faite entre le système anglais et le système français tend à s'atténuer: le premier admet aujourd'hui l'existence d'un droit administratif spécifique et le second fait une part à l'application du droit privé, sous le contrôle du juge judiciaire, à certains aspects de l'action administrative, notamment dans le droit de la responsabilité."(De Laubadère, 2002: 12).

Ahora bien, este derecho especial y esta jurisdicción especial no implican un derecho de privilegio en beneficio de la Administración –como algunos doctrinarios anglosajones lo han insinuado- pues su objetivo, además del sometimiento del Estado al Derecho, ha sido la protección de derechos de los administrados a partir del reconocimiento de que el Estado no es una persona de derecho más, sino una muy particular.

El Derecho se torna entonces en la base del Estado de Derecho, pues el Estado es limitado por el Derecho, legitimando a su vez la existencia del Estado. Sin embargo, al mismo tiempo, el Derecho se ve legitimado por el Estado.

El Estado de Derecho implica una confianza absoluta en el Derecho. El Derecho tiende a imponerse como el único saber legítimo. Se

legítima también no solo a los gobernantes, sino al poder jurisdiccional, primero del juez administrativo y posteriormente del juez constitucional.

El Estado de Derecho reposa sobre la utopía de un gobierno de sabios, donde los juristas tienen un lugar en razón de sus competencias propias.

De esta forma, tanto el Estado se sirve del Derecho para legitimarse, como el Derecho para satisfacer su necesidad de sistematización y el imperativo de fundación del derecho público.

El Estado de Derecho les permite a los publicistas tener una posición frente a los privatistas, convencidos de tener la única llave del verdadero derecho.

"L'Etat de droit apparait ainsi comme un paradigme indispensable á la cristallisation du champ scientifique du droit public."
(Chevallier, 1999: 69)

Por otro lado, no debe confundirse los términos Estado de Derecho con Democracia, pues es posible un Estado de Derecho no democrático, aunque no una Democracia sin un Estado de Derecho. Mientras el Estado de Derecho es un tipo de Estado que se opone al Estado de policía, al Estado legal y por supuesto al Estado totalitario; la Democracia es un tipo de régimen político opuesto al totalitarismo. Sin embargo, es evidente que se implican mutuamente. En palabras de Habermas (1995), hay un lazo indisoluble entre Estado de Derecho y democracia. El lazo radica en que si la soberanía reside en el pueblo y es este el detentador de la voluntad general -tal como propugna la democracia- el sometimiento del Gobierno al Derecho reafirma la idea de soberanía popular.

Los teóricos del Estado de Derecho permanecen fieles a la concepción democrática que emerge de los ideales de la Revolución Francesa.

De esta forma, el Estado y la democracia forman desde ahora una pareja inseparable, cuyos elementos se presuponen. El Estado de Derecho aparece como una organización política y social destinada a implementar los principios de la democracia liberal (Habermas, 1997).

Por todas estas razones es indudable que existe un lazo inseparable entre Estado de Derecho, Constitucionalismo, derecho público, Democracia y Gobernabilidad democrática. Unos a otros se implican recíprocamente. No podemos concebir un Estado de Derecho sin una Constitución Política y sin Democracia. Asimismo, no podemos concebir un sistema de régimen administrativo sin un derecho público como rama separada del derecho común, sin cuya base sea un Estado de Derecho democrático, con una Constitución Política. Finalmente, entre los estudios actuales que se concentran en la gobernabilidad, como una cualidad de las comunidades políticas, uno de los elementos indispensables que conducen a fortalecerla es la calidad del Estado de Derecho.

Sea como fuere, la difusión del Estado de Derecho es espectacular, la mayoría de las constituciones de los países del Este y del Sur se refieren explícitamente a él. A continuación, analizaremos los distintos criterios que se han dado para delimitar el ámbito de aplicación del derecho público.

Sección III.: Criterios de distinción del derecho público

En sus inicios parecía claro que el derecho público era aquel que

había nacido para limitar, regular y someter al propio Estado. Sin embargo, las transformaciones del ámbito estatal, del ámbito público y de las funciones públicas, han venido a enturbiar dicha claridad. Actualmente existen alrededor de 104 teorías que intentan distinguir estas dos grandes ramas del Derecho, el Público y el Privado (Garrido Falla, 1987: 115). Esta distinción ha sido una cuestión tratada por la literatura jurídica de todos los tiempos.

Las decenas de teorías van desde las más simplistas hasta las más elaboradas, siendo posible distinguir al menos tres fases en el derecho público, una primera donde prevalece la teoría del poder público durante el siglo XIX, otra segunda donde prevalece la teoría del servicio público durante el siglo XX hasta aproximadamente 1960 y una tercera que es la que atravesamos actualmente cuando entra en crisis la noción de servicio público y cuando se da una ruptura entre lo considerado perteneciente al ámbito público y al ámbito privado¹⁸. Las dos primeras pertenecen a la era moderna y esta última a la postmoderna, en la primera prevalecerá un criterio orgánico de distinción y en la segunda un criterio material, según se analiza más adelante.

Por ello podemos agrupar las distintas teorías dadas en dos grandes grupos, las que privilegian un criterio orgánico (A) y las que privilegian un criterio material (B), correspondiendo las primeras a la era moderna y las segundas a la llamada era posmoderna.

A. Las teorías que privilegian un criterio orgánico o subjetivo de derecho público (era moderna)

Aquí se ubican primeramente, la teoría orgánica, la teoría de los intereses, la teoría formal. Se propone que la distinción debe

estar basada en la calidad de las personas en juego, siendo el derecho público aquel encargado de regular la organización de los gobernantes, las relaciones entre los gobernantes y las relaciones entre gobernantes y gobernados y el derecho privado aquel que regula las relaciones jurídicas que se desarrollan entre gobernados (Teoría Orgánica o de los Sujetos).

Esta distinción es bastante sencilla y atiende a la organización de la sociedad en dos grupos de personas: los gobernantes y los gobernados, sin embargo no permite visualizar situaciones como la que estudiamos, empresas estatales organizadas bajo la forma de sociedades anónimas que se rigen, a pesar de formar parte del aparato estatal, por normas de derecho privado. Otra crítica bastante contundente nos la da el autor español Garrido Falla cuando afirma que el Estado no es como el rey Midas que convierte en derecho público todo lo que toca (Garrido, 1962: 68), no siendo posible actualmente afirmar que toda actividad estatal sea a su vez actividad pública.

Entonces, a pesar de que solo las personas públicas emiten actos administrativos, realizan contratos administrativos, ejercen dominio público sobre los bienes, y sus empleados están sometidos a un estatuto especial, el criterio orgánico está lejos de explicarlo todo, pues por un lado las personas públicas también pueden someterse al derecho privado y por otro lado las personas privadas investidas de una misión de servicio público también están sometidas al derecho público.

Otra de las principales teorías aceptadas es la que se basa en los intereses que las normas jurídicas tienen como finalidad defender, así el derecho público comprende el conjunto de reglas que aseguran la satisfacción de los intereses generales de la sociedad, mientras que el derecho privado comprende el conjunto de reglas relativas a los intereses particulares de los miembros de la

sociedad (Teoría de los Intereses). Distinción que traslada el problema a la definición por un lado del interés general e interés público y por otro lado de los intereses particulares o privados. Ahora bien, aún superando la definición de esos conceptos, esta distinción tiene sus matices puesto que –como se verá– se da el caso de entidades privadas, sean o no concesionarias de servicios públicos, reguladas bajo normas jurídicas privadas cuyo interés a perseguir –al menos en parte– es el interés público y no el interés privado, tal sería el caso de algunas asociaciones declaradas de interés social o de algunas fundaciones. Es decir, el Estado no tendrá el monopolio en la consecución del interés general, aunque este interés se vuelve el guilino de la acción del Estado.

Existe otra teoría que basa la distinción en la coactividad de las normas, para la cual lo característico del derecho público es la actuación por medio del acto unilateral que es coactivo por sí mismo, obligatoriedad que es declarada por la Administración y el derecho privado es la actuación basada en el libre acuerdo de voluntades, como son los contratos, obligatoriedad de la norma que es declarada por los Tribunales de Justicia (Teoría Formal). Sin embargo, esta distinción olvida la existencia de contratos administrativos que se rigen –en parte– por un acuerdo de voluntades y el carácter coercitivo de toda norma jurídica, sea esta de derecho público o de derecho privado.

Otros criterios de distinción han atendido por ejemplo a los principios jurídicos base, siendo el principio de legalidad lo característico del derecho público y el principio de autonomía de la voluntad lo característico del derecho privado. Sin embargo, esta distinción se basa en las consecuencias y no en las causas de la distinción, además de que igualmente, como pretendemos analizar en este trabajo, las transformaciones organizacionales de las empresas estatales vienen a atemperar la aplicación del principio

de legalidad a estas, así que no será absolutamente cierto que el principio de legalidad se aplique solo a la entidades públicas o que estas estén sometidas plenamente a él.

Autores tales como el francés Eisenmann, combina varias de las teorías anteriores para explicar la distinción. Así por ejemplo nos dice que el derecho público es un derecho autoritario, el derecho del interés público, aplicable en cualquier caso de intervencionismo del Estado, en contraposición con el derecho privado que es el derecho de la autonomía de voluntad y del interés privado (Garrido, 1962: 62). Teoría que igualmente es criticable si juntamos las críticas anteriormente, pues también el derecho privado impone obligaciones, sujetos particulares pueden defender intereses públicos y no siempre que se está en presencia del Estado se está frente al derecho público.

Finalmente, siempre dentro de las teorías orgánicas, la doctrina francesa hizo dos grandes aportes. Primero Hauriou para quien el derecho público era el derecho aplicable al Estado en virtud del poder público (medio de actuación) del que gozaba. Posteriormente Duguit para quien el derecho público era el derecho aplicable al Estado en virtud del servicio público (finalidad de la actuación) que estaba obligado a prestar. Sobre las teorías de estos dos últimos autores vamos a reflexionar un poco más en el desarrollo del capítulo siguiente de especial interés para nuestro objeto de estudio, no solo porque este último criterio ha permeado nuestra jurisprudencia nacional sino por su aplicabilidad a los problemas que nos planteamos.

Hasta ahora algunas de las teorías que ubicamos como orgánicas o subjetivas. Frente a ellas se han desarrollado una serie de teorías un poco más complejas como las que citamos a continuación, de donde se vislumbra más a un criterio material u objetivo.

B. Las teorías que privilegian un criterio material u objetivo de derecho público (era posmoderna)

Como una forma incipiente de las teorías materiales, la doctrina alemana –de donde provino la discusión sobre la doble personalidad del Estado– aceptó la definición del derecho público con fundamento en la distinción entre los actos de autoridad de la Administración Pública y los actos de gestión, siendo el derecho público el aplicable al primer tipo y el derecho privado el aplicable a los actos de gestión de la Administración Pública. Este criterio vuelve a la discusión ya superada de la doble personalidad de la Administración Pública, puesto que se sostenía que esta podía actuar como sujeto privado (actos de gestión) o como sujeto público (actos de autoridad), cuando hoy la doctrina acepta una sola personalidad de la Administración Pública, pero con una doble capacidad de actuar. Es decir, siendo uno solo el Estado, este puede actuar tanto como sujeto público como sujeto privado.

Una teoría que guarda alguna semejanza con la anterior es la teoría francesa de los Actos Separables aplicada a la materia contractual de la Administración Pública, nacida a partir de los problemas de delimitación de competencias de la jurisdicción civil y la administrativa. Según esta teoría, a propósito de los contratos celebrados por la Administración, esta puede contratar –en ciertos casos– de acuerdo con el derecho privado. Si separamos los actos que conllevan a contratar, el contrato en sí puede ser privado, pero los actos preparatorios a él –que implican probablemente mecanismos de derecho público como la licitación pública– estarán regulados por el derecho público. De esta forma, si de un problema de discusión en torno al contrato se trata, será la jurisdicción civil la competente, pero si el problema es de los

actos preparatorios a él, será la jurisdicción administrativa.

Como vemos, a pesar de lo útil que pueda parecer esta teoría, su pretensión nace parcializada, no es con el fin de deslindar el perímetro del derecho público que se origina, sino para arreglar una cuestión competencial. Asimismo, su aplicación se concreta a la materia contractual, además de que en el fondo, al igual que la doctrina anterior alemana, pareciera en parte hacer eco de la teoría del poder público de Hauriou, en los términos en que se explicarán.

Con fundamento también en la doctrina anterior alemana, se ha basado también la distinción en la división de la gestión estatal en dos: gestión pública y gestión privada. La gestión pública de la Administración está sometida al derecho público y que la gestión privada al derecho privado; entendiendo dentro de aquella los servicios públicos administrativos y dentro de esta los servicios públicos industriales y comerciales. Pero como bien lo dijo Duguit la notion de gestión privée a ouvert une "période de trouble et de régression" (citado por Weil, 2004: 68) puesto que se pierde el efecto por la causa, la gestión privada es el efecto causado por la no utilización de privilegios públicos (causa), por ejemplo, además de que si un servicio público industrial y comercial (gestión privada) está sometido al derecho privado es por su similitud con actividades privadas similares, una presunción que se debe comprobar casuísticamente atendiendo a si los bienes afectados a ese servicios son de dominio público, si algunos funcionarios son considerados servidores públicos o si las decisiones de los órganos directores tienen carácter administrativo. Tampoco resulta entonces que la gestión (efecto) sea un criterio idóneo para determinar el régimen jurídico aplicable.

Como ejemplo de teorías materiales, la doctrina española propone

el concepto defunción administrativa (Garrido Falla, 1987: 113) o de giro o tráfico administrativo (García de Enterría, 2000: 58) como el criterio definidor del ámbito de aplicación del derecho público. Para el iuspublicista español, García de Enterría, este concepto de giro o tráfico administrativo se acuña a partir del concepto de giro o tráfico mercantil del Derecho Comercial y supone –según el autor– ya no solo los servicios públicos en sentido estricto, sino de algo más amplio y comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales.

Sin embargo, como el mismo autor lo señala, lo difícil es tratar de pasar esta definición al plano de solución de casos concretos, ya que no hay una norma que nos diga apriorí qué actos quedan comprendidos en el giro o tráfico administrativo. Además, aún habiendo claridad, siempre hay casos donde se entrecruzan elementos en un mismo acto o negocio jurídico.

Por otro lado, también la doctrina española propugna por una teoría que nace del derecho privado, así como la anterior del giro o tráfico administrativo. Nos referimos a la Teoría de la Relación Jurídica, según la cual la relación jurídica es una institución jurídica que pertenece al derecho común, que aplicada al Derecho Administrativo lo explica en el tanto surge una relación jurídica entre la Administración Pública y los administrados, sea del ejercicio de una potestad administrativa o del ejercicio de un derecho de los administrados. Se dice que tiene la virtualidad de colocar al ciudadano en un mismo plano respecto de la Administración y de reconocer distintas formas de actuación administrativas, distinta del acto administrativo. Ciertamente no podemos negar estas virtudes, pero además de que parte de un concepto del derecho privado para explicar una cuestión de derecho público, su elaboración está poco desarrollada y no aclara la aplicación del derecho privado a una "relación" nacida de la actividad privada de la Administración ni la aplicación del

derecho público cuando no es la Administración Pública la presente sino un concesionario privado.

Estas teorías posteriores, más elaboradas, podrían tener su utilidad hoy en día, aunque presuponen la previa claridad conceptual de términos tan indeterminados como giro administrativo, gestión privada o relación administrativa. Así como la ya superada discusión sobre la doble personalidad del Estado.

De todas las teorías anteriores, tal como sustentaremos en el capítulo siguiente, durante la era moderna han prevalecido las teorías orgánicas o de los sujetos, sea porque estos sujetos tienen poder público o porque prestan un servicio público. Actualmente con el advenimiento de la era posmoderna este criterio orgánico deviene inoperante y se instalan las teorías materiales que atienden más al tipo de actividad realizada (pública o privada) que a los sujetos involucrados, dado que, sujetos públicos pueden realizar actividad privada (parte de lo que hemos llamado como despublificación) y sujetos privados pueden realizar actividad pública (parte de lo que hemos llamado publificación).

COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COSTA RICA

[Brewer-Carias]⁴

Introducción

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica de 1978/con sus 370 artículos, sin duda que podría ser considerada como el texto de un Manual de Derecho Administrativo, volcado en

el articulado de un Código. La lectura general de ese texto, que conocemos desde que la ley era Proyecto y que en más de una ocasión habíamos comentado con el Licenciado Eduardo Ortiz Ortiz, puede confirmarle a cualquier especialista, esta apreciación.

Esta hermosa Ley, única en su género, abarca todo el conjunto de materias de un Manual de Derecho Administrativo, por lo que la explicación de su articulado, configuraría, exactamente, el programa de un curso general de esta disciplina. Se trata, por tanto, de un muy raro ejemplo de un Código de Derecho Administrativo que, inclusive, consagra expresamente la autonomía de nuestra disciplina, al declarar la independencia del ordenamiento jurídico administrativo de otras ramas del derecho (art. 9).

En una sola ley, los costarricenses han logrado compendiar lo que en el resto de los países latinoamericanos está formado por un complejo de leyes dispersas, principios generales, interpretación jurisprudencial y doctrina.

En Venezuela, por ejemplo, recientemente se ha promulgado la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de 10. de julio de 1991, de enorme importancia para el desarrollo de nuestro derecho administrativo positivo. Sin embargo, comparativamente, equivale a una pequeña porción de la Ley General Costarricense. En efecto, esta Ley puede decirse que regula cuatro aspectos fundamentales.

En primer lugar, los Principios Generales de la Organización Administrativa que se refieren a la estructura orgánica de la Administración del Estado; al funcionamiento de los órganos colegiados; a la competencia y en particular a sus, desviaciones (delegación, avocación, desconcentración); a las relaciones orgánicas; y a los Funcionarios Públicos.

En segundo lugar, regula la teoría de los actos administrativos, con normas sobre sus elementos, su eficacia, ejecurividad, revocación y precisiones sobre las Nulidades de los mismos.

En tercer lugar, regula la responsabilidad administrativa, tanto de la Administración Pública como de los Funcionarios Públicos.

Y en cuarto lugar, regula el procedimiento, en todos sus aspectos, resultando un verdadero Código Procesal Administrativo, Se nos ha pedido que comentemos, el Título Primero de la Ley General contentivo de los "Principios Generales", y ello lo haremos, cuando sea posible, estableciendo algunas comparaciones con el derecho positivo venezolano. Del estudio detenido que hemos hecho de este Título Primero de la Ley General que desarrolla en 20 artículos los Principios Generales, puede decirse que en ellos se regulan tres aspectos fundamentales del derecho administrativo, referido al principio de legalidad; a las fuentes del Derecho Administrativo, y a la actividad administrativa. Nuestra exposición, por tanto, la hemos dividido en tres partes en primer lugar, trataremos el régimen legal del Principio de la Legalidad; en segundo lugar, analizaremos la regulación del sistema de las fuentes del derecho administrativo; y en tercer lugar, nos referiremos a los principios que deben guiar la actividad administrativa.

Régimen Legal del Principio de la Legalidad Administrativa

La Ley General de Administración Pública puede decirse que es, ante todo, un cuerpo normativo que le da carácter de derecho positivo al principio de legalidad administrativa, es decir, al principio según el cual, la Administración Pública tiene que actuar ajustada al ordenamiento jurídico.

La ley regula este principio en tres aspectos: en primer lugar, le da una formulación precisa; en segundo lugar, precisa los sujetos de derecho que actúan sometidos al principio; y en tercer lugar, precisa el derecho aplicable a los mismos y, el ámbito de aplicación de la Ley. Veamos separadamente estos tres aspectos.

La Formulación del Principio

La Ley General formula el principio de la legalidad en los artículos 11), 12) y 13). En efecto, en el párrafo 1 del artículo 11) se establece en forma precisa que "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico". Por su parte, el Párrafo 1 del artículo 12), al regular el servicio público y la forma de su prestación, insiste en que el ente encargado deberá hacerlo "bajo el imperio del Derecho"; y el Párrafo 1 del artículo 13) concluye señalando que:

"La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos".

De estas normas se deduce una formulación amplia y exacta del principio de la legalidad administrativa, es decir, de la obligación de la Administración Pública de actuar, no sólo conforme a las reglas de derecho positivo que le sean aplicables, sino también, con sujeción a las otras reglas que conforman el ordenamiento, aún cuando no tengan formulación escrita, y entre ellas, por supuesto, las que derivan de los principios generales del derecho administrativo. Por eso la ley habla del "Ordenamiento jurídico" u "Ordenamiento Administrativo" y no solo de la "Ley" y también habla del "Derecho" que abarca las fuentes no escritas del ordenamiento, para describir el principio de la legalidad.

La Ley Venezolana de Procedimientos Administrativos no contiene una formulación del principio de la legalidad de esta naturaleza y amplitud, y se limitó a prescribir en su artículo 10. la obligación de la Administración Pública de ajustar "su actividad a las prescripciones de la presente ley" No significa esto, por supuesto, que la Administración Venezolana no esté sometida obligatoriamente a las otras fuentes de la legalidad distintas a la ley, sino que al no tener el principio una formulación tan exacta como la de la ley costarricense, la interpretación e integración de las fuentes de la legalidad continuará desarrollándose por la jurisprudencia, como ha sucedido hasta ahora. En todo caso, del articulado de la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Venezolana se deducen varios aspectos que consolidan la legalidad y que se refieren al carácter sub-legal de la actividad Administrativa, (art. 10); a los límites al poder discrecional (art. 12); a la jerarquía de los actos (arts. 13 y 14); a la irretroactividad de los actos administrativos (art. 11); a la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de particulares (art 19), ord. 2o y 82); y a la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 13).

En este último aspecto, la Ley Venezolana establece con precisión en su artículo 13), que ningún acto administrativo tiene efectos particulares podrá "vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fueren dictados por autoridad Igual o superior a la que dictó la disposición _ general". Es lo que la doctrina española califica, con carácter general, como el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

Este mismo principio lo encontramos también desarrollado en la Ley Costarricense. En su artículo 13 establece la obligación de la Administración de sujetarse a todas las normas del ordenamiento

jurídico, incluidos los reglamentos, los cuales no pueden ser derogados ni desaplicados para casos concretos, "sea que éstos' provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior' o inferior competente".

Pero el artículo 13 de la Ley General amplia, además, de manera expresa, el principio de la legalidad al obligar a la Administración a someterse al Derecho, sin tener posibilidad de desaplicarlo en casos concretos. Por tanto, se niega a la Administración, en forma expresa,, con buen sentido, la posibilidad de desaplicar normas que fegulan su actividad, posibilidad que soto tiene el Juez en materia de control de la constitucionalidad.

Debe mencionarse por ultimó que la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, es un texto de aplicación inmediata, por lo que sus normas no pueden dejarse de aplicar so pretexto de que necesiten reglamentación. En tal sentido, el artículo 20 de la Ley es terminante al disponer lo siguiente:
"Los preceptos de esta Ley no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación sino que ésta será suplida, salvo disposición expresa en contrario, en la misma forma y orden en que se integra el ordenamiento escrito".

Los Sujetos de Derecho Público

Pero la Ley General no sólo formula y amplía el principio de la legalidad, sino que precisa desde el punto de vista de las relaciones jurídicas, qué ha de entenderse por "Administración", es decir, cuáles son los sujetos de derecho a los cuales se aplica eí principio de ia legalidad.

A tal fin se destina el artículo 10 de la Ley, cuyo texto, sin

embargo, podría inducir a confusión, por la terminología empleada.

En efecto, el artículo 1o de la Ley General, señala lo siguiente:

"Art. 1o.-La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado".

La Ley General, así, parece contraponer al Estado, que goza de personalidad jurídica, frente a "los demás entes públicos"-, también con personalidad jurídica, y que formarían la administración descentralizada. Ante esto debernos plantearnos al menos dos interrogantes. En primer lugar, ¿Por. qué la Ley utilizó el término "Estado" para definir una parte de la Administración Pública? En realidad parecería que lo exacto es lo contrario: la Administración Pública, como complejo orgánico, es una parte del Estado, el cual tiene otros órganos políticamente separados: los órganos legislativos y los Tribunales. Todos forman el Estado y participan de su sola y única personalidad. La Ley General, sin embargo, no parece estar destinada a regalar a los Tribunales ni al órgano legislativo. Estos no podrían considerarse "Administración Pública" por lo que no parece acertada la expresión de la ley de que "La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos".

En realidad, parecería que la Ley quiso insistir en que la Administración Pública, a la cual se aplica, no sólo está constituida por la "Administración del Estado" o Administración Central, sino también por la Administración Descentralizada, constituida por otros entes públicos con personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado. Para ello, debía contraponer la Administración Nacional Central frente a la Administración descentralizada, y no al "Estado" frente a los otros entes públicos.

La Ley Venezolana, al querer precisar el ámbito organizativo de aplicación de la ley fue más clara que la Ley Costarricense, pero no exenta de imprecisión. En efecto, el artículo 10 de la Ley señala que deben ajustar su actividad a las prescripciones de la Ley "la Administración Pública Nacional y la Administración Pública Descentralizada". Aquí se ve más claramente la intención del legislador: la Administración Pública está formada no sólo por la Administración del Estado (Administración Central) sino también por la Administración descentralizada. Sin embargo, hay dos imperfecciones en la fórmula de la Ley Venezolana: en primer lugar, la ley debió contraponer la Administración Pública Central regida por la Ley Orgánica de la Administración Central a la Administración Pública Descentralizada, y no como lo hizo: la Administración Pública Nacional con la Administración Pública Descentralizada, pues ésta también es Administración Pública Nacional; en segundo lugar, la ley se limitó a hablar de Administración Pública Descentralizada, y ello es impreciso pues en realidad, sólo se aplica a los entes descentralizados estatales con forma de derecho público, por lo que no se aplica ni a las empresas del Estado (entes descentralizados con forma de derecho privado) ni a entes no estatales aún cuando tengan forma jurídica de derecho público, como los colegios profesionales.

Por otra parte, debe observarse que además de la Administración Pública Central, también forman parte de la Administración Pública Venezolana, ciertos entes administrativos que gozan de autonomía funcional aún cuando no son descentralizados porque no gozan de personalidad jurídica. Se trata de la Contratación General de la República y de la Fiscalía General de la República, ambas organizaciones mencionadas por el artículo 10 de la Ley, y además del Consejo de la Judicatura, del Consejo Supremo Electoral y de la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Estas organizaciones, que no

tienen dependencia jerárquica del Presidente de la República ni de los otros Poderes del Estado, sin embargo forman parte de la Administración Pública del Estado (administración contra-lora) y están sometidas a las prescripciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, "en cuanto les sea aplicable", es decir, en cuanto no quede lesionada su autonomía funcional.

Por otra parte, de la Ley Venezolana resulta que ella no se aplica directamente a los entes descentralizados territorialmente (Estados de la Federación y Municipios) sino que, respetando la autonomía de estos que tienen en virtud de la Constitución, prescribe que su actividad se ajustaría a la ley sólo "en cuanto les sea aplicable" (art. 10).

El segundo interrogante que nos sugiere el artículo 10 de la Ley General de Costa Rica tiene relación con los entes descentralizados territorialmente: cuando el artículo 10 utiliza la expresión "entes públicos" son personalidad jurídica, para indicar aquellos que forman parte de la Administración Pública ¿qué quiso abarcar? ¿sólo los entes descentralizados nacionales (funcionalmente) o también los entes descentralizados territorialmente como los Municipios? La respuesta, sin duda, dependerá del sistema constitucional costarricense relativo al régimen local y a la autonomía municipal. En todo caso, la utilización indistinta en la ley de la expresión "entes descentralizados" (art. 6, letra "e") como equivalente a entes públicos sugiere la idea de que ella está destinada, directamente, a los entes descentralizados públicos establecidos por el Estado.

El derecho aplicable a los diversos sujetos de derecho público

La Ley General de Administración Pública, no sólo formula el

principio de la legalidad y precisa los sujetos de derecho público sometidos al mismo, en tanto en cuanto forman parte de la Administración Pública, sino que además precisa el derecho que le es aplicable a los mismos.

Esto lo hace en dos aspectos en primer lugar, en relación a la distinción entre derecho público y derecho privado, y en segundo lugar, en la aplicación de normas establecidas exclusivamente para algunos de los sujetos de derechos Veamos separada mente estos dos aspectos.

La interaplicación del derecho público y del derecho privado

En general, la Ley establece que a los sujetos de derecho público no sólo se les aplica el derecho público, sino también, el derecho privado; y ello lo hace en varias normas.

En primer lugar, el artículo 1o de la Ley, al definir los entes que forman parte de la Administración Pública, como sujetos de derecho, precisa que cada uno tiene su personalidad jurídica, "y capacidad de derecho público y privado". Cuándo se aplica uno u otro, está definido en el artículo 3 de la ley, así:

"El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.

El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes".

De esta norma se deduce lo siguiente: los entes públicos se rigen por el derecho público tanto en su organización como en su actividad. Sin embargo, cuando estos entes públicos realicen actividades industriales y comerciales (empresas públicas) también

les será aplicable el derecho privado; y decimos "también" pues no sólo se rigen por el derecho privado. En el mundo contemporáneo ya no existe la distinción matemática en la aplicación de las ramas del derecho público o privado a los sujetos de derecho público, sino que, en realidad, hay siempre una interaplicación de las mismas a dichos entes públicos, con preponderancia de uno u otro, según la naturaleza de su actividad.

En todo caso, aquí nos surge también el interrogante planteado anteriormente: ¿Qué debe entenderse por ente público en la expresión del artículo 2o de la ley? ¿Sólo los entes descentralizados con forma de derecho público o también la Ley abarca los entes descentralizados con forma de derecho privado y creados por el listado por las vías del derecho privado? La intención global de la Ley. parecería ser la primera alternativa, por lo que las empresas del Estado creadas por las vías ordinarias del derecho mercantil, no serían "entes públicos", sino entes descentralizados con forma de derecho privado, recogidos íntegramente por el derecho mercantil.

En todo caso, la Ley General no sólo regula la interaplicación del derecho público y del derecho privado a la actividad de los entes públicos, sino que precisa la forma de esa aplicación, al otorgar carácter predominante al derecho público y supletorio al derecho privado. Esto se deduce de la calificación expresa que el párrafo 1 del artículo 13 otorga al derecho privado como "supletorio" y del artículo 9 de la Ley.

En este último, en efecto, se señala el carácter independiente de otras ramas del derecho del "ordenamiento jurídico administrativo", por lo que, dice su párrafo 1, "solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios". Además, se precisa que en caso de integración del derecho, por laguna del

ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, las demás fuentes de! derecho administrativo (la jurisprudencia, los principios generales de! derecho público y la costumbre) y sólo en último lugar, "el derecho privado y sus principios" (art. 9, párrafo 2).

LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SE CONVIERTE EN NOCIÓN FUNDAMENTAL DEL DERECHO PÚBLICO MODERNO

[DUGUIT, L]⁵

Se comprende, pues, el sentido y el alcance de la transformación profunda que se ha realizado en el Derecho público. No es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, que determinan las relaciones de esta persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus subditos. El Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a subditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción.

El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los

servicios públicos. Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.

Inmediatamente se advierten las consecuencias generales que se derivan de esta concepción. Al mostrar en el curso de este libro que estas consecuencias se verifican de hecho, se verá que nuestra fórmula no expresa un simple punto de vista del espíritu, sino más bien una realidad.

De un lado, no siendo la intervención de los gobernantes el ejercicio de un Derecho de soberanía, los actos que ejecutan no tienen ningún carácter específico, que implicaría la realización práctica de un derecho de soberanía. Si tienen caracteres propios, si producen efectos particulares, es por estar determinados por un fin de servicio público. Esto es verdad hasta para la ley misma. En el sistema imperialista la ley es la manifestación por excelencia de la soberanía; es esencialmente un mandato formulado por el soberano que se impone a los subditos. Se verá que esto no resulta conforme con los hechos. La ley o algunas de sus disposiciones pueden ser la fórmula de una regla de Derecho, producto del medio social y que los gobernantes creen deber formular para darle una mayor fuerza, en general bajo la presión de la opinión pública. Pero la gran masa de las leyes se dictan en realidad con el fin de organizar los servicios públicos y de asegurar su funcionamiento. La ley es así, ante todo, la ley de un servicio público.

Proposición de una importancia capital, porque hace ver claramente

la manera de funcionar el sistema moderno de Derecho público. Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo 1.

Los actos administrativos toman también su carácter de su destino a un fin de servicio público. Sin duda se deberá distinguir los actos administrativos propiamente dichos que tienen un carácter jurídico y las simples operaciones administrativas. Pero éstas y aquéllos tienen un carácter común que proviene del fin que los determina. No hay porqué hacer distinción entre los diferentes actos administrativos y particularmente aquella que los clasifica como actos de gestión y de autoridad.

Carácter objetivo de los servicios públicos, ley de los servicios públicos, que no es más que el reconocimiento y la realización de la obligación general que se impone a los gobernantes, carácter común de todos los actos administrativos determinados por un fin de servicio público: he ahí los tres elementos esenciales del sistema. Los gobernantes y los agentes no son los señores de los hombres que imponen un poder soberano, un imperium a los sujetos. No son los órganos de una persona colectiva que manda. Son los gerentes de negocios de la colectividad.

Así se comprende cómo, en contra de lo que continuamente se dice, el aumento del número de los servicios públicos y su extensión no tienen por consecuencia necesaria aumentar el poder de los

gobernantes. Sus cargas se aumentan, sus funciones se ensanchan, su derecho de dominación ha llegado a anularse porque nadie cree en él: es nulo antes y después. Es verdad que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos suponen grandes gastos para los cuales necesitan dinero los gobernantes, mucho dinero; y que, constituyendo la riqueza el elemento principal del poder, el aumento y la extensión de los servicios públicos aumentan al mismo tiempo las cargas de los contribuyentes y el poder de los gobernantes. Se puede añadir que siendo en el régimen democrático la elección la fuente de la cual se derivan todos los poderes y, de otro lado, aumentando el número de los agentes públicos, forzosamente con el número de los servicios, las consideraciones de orden electoral, harán sentir cada vez más su influencia perniciosa, y falsearán todos los resortes administrativos, y así si la extensión de los servicios públicos es sensible bajo todos los regímenes, es nefasta en los países democráticos.

Todo esto, en parte, es cierto; pero no cambia absolutamente en nada los hechos. El número de los servicios públicos aumenta cada día; es éste un movimiento que coincide con los progresos de la civilización. Teóricamente esto no puede aumentar el derecho de poder de los gobernantes, porque este derecho no existe. Que eso aumente de hecho su poder, es difícil negarlo. Pero no hay que olvidar que este aumento de fuerza está equilibrado, si no aniquilado, por un movimiento sumamente importante, que es una de las características de la evolución moderna del Derecho público, el movimiento descentralizador.

Decir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción. Pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están afectas a él sean colocados

bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, en muchos antiguos y nuevos servicios, tiende a establecerse el sistema de descentralización, que aparece bajo diversas formas que aun no ha llegado el momento de estudiar 1. Basta señalar ahora la descentralización regional, en la cual los funcionarios del servicio tienen enlaces locales más o menos estrechos; la descentralización patrimonial, que implica la afectación de un patrimonio autónomo a un servicio público determinado; la descentralización funcionarista, que supone el otorgamiento de una cierta función de dirección a los funcionarios técnicos del servicio; y, en fin, la concesión, sistema en el que la explotación del servicio está confiada a un particular que obra bajo la inspección de los gobernantes.

Al lado de la descentralización se produce un movimiento del mismo orden y que obra en el mismo sentido, movimiento que puede llamarse la industrialización de los servicios públicos. No se trata, bien entendido, más que de los servicios que tienen por sí mismos carácter industrial, como los diversos servicios de transportes y caminos de hierro, correos. En Francia el servicio de los ferrocarriles concedidos (que, como se ha demostrado, es, dígase lo que se quiera, un servicio público) ha recibido por la misma concesión una organización industrial; las compañías concesionarias no puede realizar los beneficios más que de ese modo. En cuanto a la red directamente explotada por el Estado, tiende forzosamente a recibir una organización exclusivamente industrial. Es absolutamente preciso sustraerla a la influencia perniciosa de los hombres políticos, si no, será la desorganización, la anarquía, el pillaje. Sin duda, es necesario que una gran red de caminos de hierro funcione regularmente, y el único medio de lograrlo es procurarle, bajo la inspección de los gobernantes, una autonomía administrativa y financiera.

La ley de Hacienda de 3 de julio de 1911 ha entrado ya por este

camino. El art. 41, párrafo 1o, formula muy claramente el principio: "El conjunto de líneas que constituyen la red de ferrocarriles del Estado (antigua red de los caminos de hierro del Estado y red rescatada del Oeste) y de las que reviertan por leyes ulteriores, se explotará por cuenta del Estado y por una administración única, bajo la autoridad del ministro de Obras públicas y dotada de la personalidad civil". Por la fuerza misma de las cosas, el servicio de correos, telégrafos y teléfonos recibirá en tiempo no lejano una organización basada en la misma idea. Lo propio ocurrirá con todos los servicios públicos de naturaleza industrial. La ley de 13 de julio de 1911, ya citada, en cierto modo ha industrializado el servicio de pólvoras y salitres (art. 23 y siguientes). El 26 de junio de 1910 se presentó en la Cámara de los diputados una proposición por M. Steeg, simple diputado entonces, encaminada "a otorgar la autonomía al servicio de correos y telégrafos de modo que permitiera su explotación industrial".

Cualquiera que sea el modo según el cual los servicios públicos se exploten, es preciso ver en ellos el elemento fundamental del Estado moderno, que descansa esencialmente en la noción de una cierta función social que se impone a los gobernantes. Por lo cual el servicio público es una institución de orden objetivo, sometida a una ley que se impone con el mismo rigor a los gobernantes que a los gobernados.

JURISPRUDENCIA

Principios generales del derecho administrativo: Autosuficiencia y autointegración del ordenamiento jurídico

Fuentes del Derecho administrativo: Imposibilidad de otorgarle carácter de prueba a la jurisprudencia

[Trib Contencioso Adm Secc II]⁶

Texto del extracto:

"III-. En primer término, es necesario aclarar que de conformidad con el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en concordancia con el artículo 318 del Código Procesal Civil, la Jurisprudencia no constituye un medio de prueba. Los pronunciamientos reiterados de los Tribunales son una fuente no escrita del derecho, la que de conformidad con el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, servirá para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito, y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. En este mismo sentido, el artículo 9 de la Ley de cita, consagra los Principios de Autosuficiencia y Autointegración del Ordenamiento Jurídico Administrativo; según el primero, el ordenamiento administrativo es independiente de otras ramas del derecho; solamente en el caso en que no haya norma administrativa aplicable escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios. El Principio de Auto Integración dispone, que en caso de integración por laguna del ordenamiento administrativo, escrito, se aplicarán por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus

principios. IV-. De conformidad con lo anterior, no es posible pretender demostrar los hechos que sustentan la demanda que se conoce en el presente proceso, a través de un fallo emitido por un Tribunal Laboral. La comprobación de los hechos debió realizarla el actor en las oportunidades procesales previstas al efecto, lo cual no realizó, tal y como lo señala en forma acertada el Juzgador de Instancia. No existe en autos prueba alguna tendiente a demostrar que la supresión de la plaza del actor como Inspector de Tránsito, no hubiere obedecido a criterios objetivos de reestructuración, y a las potestades que le otorgan a la administración, la Constitución Política y la Ley."

Fuentes del Derecho administrativo: Análisis doctrinario

Acto administrativo: Concepto y clasificación

[Sala Segunda]⁷

Texto del extracto:

"III.- ACERCA DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: Según la doctrina, "...el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversas generalidad; entre los cuales, los de máxima generalidad, que son aquellos contenidos en la ley que ligan una situación abstracta con un determinado tipo de consecuencias. También los hay de mayor concreción, como los expresados en reglamentos y en disposiciones administrativas, los cuales vienen a concretar, en términos más restringidos, principios contenidos en las leyes..."

En cuanto a su fundamento de validez jurídica, todo Derecho deriva de la voluntad del Estado... Lo que se llama voluntad del Estado es sencillamente un caso de la ley general de imputación normativa, a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos que no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es, al Estado, que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas..." (RECASENS SICHES, Luis. "TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Editorial Porrúa, México, 1978, pág. 284). En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, establece que las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo son: la Constitución Política, los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana, las leyes y los demás actos con valor de ley, los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes y los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia, los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados y las demás normas subordinadas a los reglamentos centrales y descentralizadas. Bajo esta perspectiva, el numeral 34 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, dispone, en lo que interesa, que "en la dirección inmediata del Banco sometido a su gobierno, cada Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones esenciales:...3) Acordar, reformar, e interpretar para su aplicación, los reglamentos del Banco; regular los servicios de organización y administración del establecimientos y dirigir su funcionamiento...". De la anterior disposición, se desprende que la Junta Directiva del Banco accionado, está facultada para dictar acuerdos que fijen o modifiquen las políticas salariales de sus servidores. Ahora bien, debido a que el acuerdo dictado por la Directiva General de dicho banco -del cual pretenden derivar derechos los actores-, contiene una serie de modificaciones y pronunciamientos, no definidos en su totalidad, cabe ahora analizar si de ese acuerdo se generan tales

derechos pretendidos; para lo cual, es importante hacer referencia a la naturaleza propia de los actos administrativos. IV.- SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO: Para la doctrina, acto administrativo es "...la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria...dicha declaración intelectual excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal, o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa. Esto teniendo en cuenta que no se admiten ejecuciones materiales limitativas sin un previo acto que, defina lo que es de derecho en el caso concreto, lo cual, viene a excluir la expresión tácita de declaración en cuanto a la esfera jurídica del destinatario..." (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNANDEZ, Tomás. "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 1º". Editorial Civitas. Madrid, España, 1984, pág. 505). En este mismo sentido, se afirma que el acto administrativo como "...declaración en cuestión puede portar cualesquiera de los contenido válidos de los actos jurídicos como categoría general: una manifestación de voluntad, es decir, una decisión en sentido estricto; una manifestación de deseo, cual sucede en las propuestas o mociones; una manifestación de juicio, como lo son todos los actos propios de los órganos consultivos, es decir, los informes y los dictámenes; o una manifestación de simple conocimiento... Con todo los actos en que se efectúa una declaración de voluntad representan una de las especies más importantes de entre todas las que integran la categoría..." (PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMENEZ BLANCO, Antonio. y ORTEGA ALVAREZ, Luis. "MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO". Editorial Ariel S.A.. Barcelona, España, 1992, pág. 448). En cuanto a la esfera de aplicación de los actos administrativos, los numerales 121 y 122 de la Ley General de Administración Pública, los clasifica en actos concretos y

generales, entendiéndose que los primeros se manifiestan mediante acuerdos, en tanto, que los segundos por medio de decretos. Concretar significa "...reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre la que se habla o escribe o reducirse a tratar o hablar de una cosa sola, con exclusión de otros asuntos..." (DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima Edición. Tomo 1. Editorial Espasa, España, 1984, pág. 352). Con base en esa definición y en lo dispuesto por los citados artículos, es posible concluir que, para que un acuerdo emanado por una determinada entidad, pueda válida y eficazmente generarles derechos a los destinatarios y las correlativas obligaciones para la Administración, es necesario que se especifique, en forma concreta, quienes son dichos destinatarios directos. V.- En el sub-júdice, el acuerdo tomado en la Sesión N° 6959, del 19 de julio, de 1995, por la Junta Directiva de la Institución demandada determinó, en su primer inciso, una expresa reestructuración del Departamento de Auditoría, la cual, beneficiaba, únicamente, a los servidores que ocuparan los cargos de Inspector de Auditoría 3 y 4, dado que a los mismos se les otorgó el nivel de Inspector de Auditoría 2 y 3, modificando la categoría profesional, de esos puestos, a las números 39 y 42 -para profesionales con grado de Licenciatura o superior-. En los autos, ninguno de los actores ha demostrado que se encuentre bajo los supuestos concretos, fijados por dicho inciso; por lo que no es legítimo ni posible otorgarles la modificación salarial que pretenden. Sin embargo, en virtud de que el inciso 2 de ese acuerdo, dispuso fijar una política general para la clasificación de puestos, que consiste en establecer una sola categoría, para cada clase de puesto estipulado en la institución; el Tribunal interpretó que los accionantes, que cumplieran con el grado de licenciatura, tenían derecho a ser ubicados en la categoría N° 42 del Banco. Tal conclusión es errónea, ya que no es lícito extraer de dicho inciso los derechos que indica el Ad-quem a favor de los actores, dado que ni en forma concreta -expresa o implícita-, se establece beneficio alguno para

la generalidad de los servidores que cuenten con tal grado profesional. Más bien, de la sola lectura de esa parte del acuerdo, se debe concluir que se trata sólo de lineamientos generales; con los que, el Banco accionado, pretende desarrollar parámetros para una eventual y futura reestructuración interna. La aprobación presupuestaria, hecha por la Contraloría General de la República, no modifica esa situación; porque bien sabemos que el Presupuesto es una autorización de gobierno. Por ello, no es posible que de esos lineamientos se extraigan derechos a favor de los accionantes, debiéndose revocar el fallo recurrido y, en su lugar, procede confirmar la sentencia de primera instancia, con excepción de la condenatoria en costas, impuesta a los actores, puesto que la presentación de esta demanda se realizó con base en una interpretación jurídica equivocada, del acuerdo de la Directiva General del Banco accionado."

FUENTES CITADAS:

- 1 PGR-SINALEVI. Listado de leyes de derecho administrativo costarricense desprendidas de la página del PGR-SINALEVI. Descargada el día 14 de octubre de dos mil ocho. disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRMA
- 2 ANTOLOGÍA DE LA CATEDRA DERECHO PÚBLICO I. Presentación Dr. Jorge Enrique Romero Pérez. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio 1977. Tesis III: El Derecho Público. Pp.1-5.
- 3 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally. Fisuras, Desafíos y Mutaciones. Del Estado de Derechos y Del Derecho Público. Editorial Universidad de Costa Rica. 2005. Pp.21-33
- 4 BREWER-CARIAS, Allan(Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela). Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica. Tomado de la Antología de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Febrero de 1984. Del Prof. Rubén Hernández Valle. Pp.42-46.
- 5 DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho. (Público y Privado). Editorial HELIASTA S.R.L. Argentina 1975. Pp. 37-41.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia número 459 de las diez horas y treinta minutos del veintiseis de septiembre de dos mil tres. Expediente: 97-000009-0177-CA.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 19 del veintidos de enero de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 98-000298-0005-LA.