

Informe de Investigación

Título: LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Fuentes del Derecho Administrativo
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Derecho Administrativo, Fuentes, Jerarquía de normas
Fuentes: Doctrina, Normativa	Fecha de elaboración: 06/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
a) Fuentes Escritas del Derecho Administrativo.....	2
Constitución política.....	2
Constitución Política material.....	2
Constitución Política formal.....	2
Tratados y convenios internacionales.....	2
La ley como fuente del derecho administrativo.....	3
Concepto.....	3
Clases de leyes.....	4
El Reglamento.....	5
Clases de reglamentos.....	6
Decretos.....	6
Circulares.....	6
b) Fuentes no escritas.....	7
Principios generales del derecho.....	7
Concepto.....	7
Funciones.....	8
Jurisprudencia.....	8
La jurisprudencia crea derecho en los siguientes supuestos:.....	9
Costumbre.....	12
3 Normativa.....	13
a) Ley General de la Administración Pública.....	13



1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila la doctrina y normativa que desarrolla el tema de las fuentes del derecho administrativo, de esta manera principalmente desde la doctrina se definen cada una de las fuentes tanto escritas como no escritas de esta rama del derecho

2 Doctrina

a) Fuentes Escritas del Derecho Administrativo

Constitución política

[ROMERO PÉREZ]¹

"De acuerdo con la tesis italiana, la Carta Magna puede clasificarse, así:

Constitución Política material

Se trata de la forma en que la sociedad vive y desarrolla en la práctica cotidiana la Carta Magna. Se refiere a una manera de vivir y de entender, como de poner en práctica la norma fundamental de una colectividad, (cf. Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, T. I, pp. 30 y 31).

Constitución Política formal

Se refiere a la hoja de papel, que llamó Lasalle. Al documento escrito (cf. Nuestro estudio, Notas sobre el problema de la Constitución Política, in toto).



Tratados y convenios internacionales

Aquellos que han sido ratificados por el país, mediante el procedimiento establecido, se incorporan de lleno al Ordenamiento Jurídico escrito.

Los tratados, convenios y convenciones pueden ser firmados entre Estados, organizaciones internacionales y Estados; y, asimismo, incluyen los acuerdos entre tales organismos internacionales (cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, pp. 46 y 47).

Estos instrumentos y normas legales (en sentido genérico) tienen un rango, jerárquico superior a las leyes e inferior a la Carta Magna.

Importa destacar el artículo 5 del Código Civil, el cual manda que las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y la publicación íntegra en el Diario Oficial."

La ley como fuente del derecho administrativo

Concepto

[GARRIDO FALLA]²

"Los problemas relativos a la determinación de la función legislativa y a su diferencia respecto de las otras funciones del Estado, vuelven a aparecer cuando se trata de obtener el concepto de Ley. Aquí nos encontramos de nuevo con los distintos resultados a que conduce la aplicación del punto de vista material o del punto de vista formal, pues en el primer caso obtendremos un concepto de Ley como norma jurídica de carácter general y obligatorio, mientras que la aplicación del criterio formal nos conduce a concebir la Ley como acto emanado del poder legislativo. Lógicos con nuestro propio punto de vista, hemos de admitir, desde luego, la preeminencia del punto de vista formal, pues que en definitiva estamos intentando descubrir aquellas normas estatales que ocupan el primer escalón después de la Constitución por su valor jurídico en la ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho'. Ahora bien, puesto que lo que estamos investigando es, además, el concepto de Ley en cuanto fuente del Derecho objetivo, debemos eliminar de aquí la consideración de aquellos actos del poder legislativo con valor de Ley, pero creadores de situaciones jurídicas subjetivas. Resulta así que la Ley como fuente de Derecho es el resultado de una combinación de los puntos de vista material y formal², por lo que cabe definirla como norma jurídica de carácter

general y obligatorio dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el poder legislativo.

A la vista de la clasificación de las fuentes que más atrás hemos dejado establecida, la Ley resulta ser fuente eventual del Derecho administrativo y fuente del Derecho heterónoma para la Administración, pues el poder legislativo se atribuye en los Estados democráticos a órganos estatales distintos de los administrativos. Frente a la teoría general de la ley cuya problemática no es exclusiva del Derecho administrativo, resulta, en cambio, cometido propio de éste el proporcionarnos un criterio para distinguir las leyes administrativas de las que no lo son. Este criterio es el mismo que nos sirve para caracterizar el Derecho administrativo y diferenciarlo del Derecho privado, por lo que se exige para que una ley pueda ser considerada como administrativa: Que sus preceptos tengan carácter imperativo (*ius cogens*) y, por tanto, no dispositivo. Que la ejecución de tal ley aparezca encomendada precisamente a un organismo dependiente de una Administración pública.

Clases de leyes

a) Desde el punto de vista de su contenido, las leyes administrativas pueden ser normas de relación o normas de organización y acción administrativa.

Las normas de relación son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la Administración y de los particulares. Estas leyes atribuyen, a veces, poderes jurídicos y facultades a la Administración pública, pero también son las que vienen a proteger directamente las situaciones jurídicas de los particulares, convirtiéndolas en derechos subjetivos oponibles frente al Estado. En cambio, las normas de organización y acción administrativa son aquellas que determinan, de una parte, la estructuración orgánica de la Administración pública; de otra, los fines propios que la Administración ha de perseguir con su actuación y el modo y forma como ésta debe realizarse.

Estas normas no se dictan para garantía de los derechos subjetivos de los particulares, sino para tutela del interés público.

Así como existe absoluta unanimidad doctrinal en cuanto a considerar las normas de relación como fuentes de Derecho administrativo, en cambio las discrepancias han sido notables al tratar de calificar como tales a las normas de organización y acción. Para Laband es de esencia del Derecho que tienda a limitar recíprocamente las esferas de libertad de los diferentes sujetos jurídicos; por tanto, no puede haber lugar para principios jurídicos sino allí donde la esfera sometida a la voluntad de la Administración pública esté en contacto con otras esferas reconocidas por el Derecho; es decir, allí donde un conflicto sea posible. Pero las reglas que quedan dentro de los límites de la Administración y que, consiguientemente, no imponen límites ni confieren poderes a ningún individuo extraño a la Administración no son disposiciones jurídicas. Esta tesis debe considerarse actualmente como superada: aunque admitiésemos que la organización administrativa no sea una

materia jurídica per se, las circunstancias y el clima total del Estado de Derecho han determinado la conversión de lo organizativo y de buena parte de la acción administrativa en algo jurídicamente exigible por los particulares administrados, y, por tanto, en materia propia del Derecho."

El Reglamento

[GORDILLO]³

"Un reglamento es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.

Es una declaración, o sea, una manifestación o declaración de voluntad, conocimiento o juicio. De esta forma distinguimos el acto (en este caso el acto reglamentario) del mero hecho administrativo que es tan sólo la actuación material de un órgano administrativo.

En cualquier caso, debe aclararse que en la interpretación moderna del principio del debido proceso, éste se debe aplicar también a la emisión de los reglamentos: previo a su emisión es necesario realizar un procedimiento de audiencia pública o información pública, public hearings en el derecho anglosajón; enquêtes publiques en el derecho francés, etc. Este principio no ha sido aún receptado con carácter preceptivo en el derecho latinoamericano.

Unilateral, por oposición a bilateral.—Se dice que un acto es bilateral, y particularmente un contrato, cuando es el resultado de una declaración de voluntad común entre dos o más partes, destinada a reglar sus derechos. En el acto unilateral falta esa «declaración de voluntad común» y es, por el contrario, una sola parte, en este caso la Administración, la que expresa su voluntad, llamada por ello «unilateral».

Dictado en ejercicio de la función administrativa.— De acuerdo al concepto de función administrativa dado, ésta es toda la actividad realizada por los órganos administrativos, y la actividad realizada por los órganos legislativos y judiciales excluidas sus respectivas funciones específicas. Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos legislativos y judiciales: en estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes.

Que produce efectos jurídicos.—Esto es fundamental, pues si se trata de una mera declaración lírica, desprovista de efectos o consecuencias jurídicas (crear derechos y obligaciones) no parecería propio incluirla dentro del concepto jurídico formal de reglamento. De todas maneras, debe advertirse liminarmente que es materia de «poderes normativos» de la Administración donde



se debe cuidar contra el exceso autoritario del poder.

Generales.—Aquí está dada la distinción, que en otra parte desarrollamos, entre el reglamento y el acto administrativo. El acto administrativo se caracteriza por ser un acto que produce efectos jurídicos individuales, particulares, en un caso concreto; el reglamento, en cambio, por producirlos en forma genérica, para un número indeterminado de personas o de casos.

En forma directa.—Esto quiere decir que el reglamento es por sí mismo susceptible de producir los efectos jurídicos de que se trata; ello no se desnaturaliza si el mismo reglamento supedita la producción de sus efectos al cumplimiento de determinada condición o al transcurso de determinado tiempo, porque en tales casos, cumplido el plazo o la condición, es el mismo reglamento el que produce el efecto de que se trata.

Clases de reglamentos

Por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre con algunas reservas: debe recordarse que no es una facultad que le pertenece como principio, jure propio, sino como excepción.

Los distintos tipos de reglamentos son: a) de ejecución, b) «delegado» o de integración, c) de necesidad y urgencia, d) autónomos. Precisamente el orden en que han sido enumerados indica la mayor y menor fundamentación que los sustenta. El reglamento de ejecución es el que presenta menos dificultades con respecto a su admisibilidad; las dudas acerca de la viabilidad del reglamento comienzan con el «delegado»..."

Decretos

[ROMERO PÉREZ]⁴

“Actos emanados del Poder Ejecutivo, cuando son de alcance general. Se llamarán acuerdos, si se trata de actos administrativos concretos. Cuando los acuerdos, se refieran a la decisión de recursos o reclamos administrativos, se llaman resoluciones.

Aquellos decretos de alcance normativo, se denominan reglamentos (artículo 121 de la Ley General de la Administración Pública, lgap).



Circulares

Se pueden llamar ordenanzas de la Administración Pública y atañen a los acuerdos que el Estado toma, con carácter normativo, pero que ocupan el último rango en la escala jerárquica de las normas públicas.

La importancia que tienen es que mediante ellas el Estado viola, de una manera burda y frecuente, el Ordenamiento Jurídico, ya que estas circulares u ordenanzas, de modo aplastante las usa el Estado para burlar el Orden Legal (como un todo y en sentido genérico).”

b) Fuentes no escritas

[JINESTA LOBO]⁵

Principios generales del derecho

Concepto

“Los principios generales del derecho son una categoría heterogénea que puede comprender reglas de diferente naturaleza y función tales como directivas políticas -principio de solidaridad-, reglas de estructuración normativa -principios de legalidad y jerarquía-, de justicia (principio de *neminem laedere*), de ética (principio de la buena fe), interpretativas, directrices procesales (principio de la carga probatoria), axiomas lógicos, aforismos y máximas. De igual forma, se trata de una categoría abierta y flexible, puesto que, su contenido es mutable y pueden crearse nuevos principios.

Los principios generales, son aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico determinado estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas ético-jurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación e interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico.

Los principios generales pueden ser visto desde un punto de vista ius-naturalista por lo que tienen un carácter inmanente o trascendente -imperativos universales comunes- o positivista, teniendo, según este enfoque, el carácter de normas implícitas obtenidas a partir de un proceso de inducción



a partir de las normas escritas.

Tales principios se pueden encontrar «positivizados» o incorporados en los textos legales y reglamentarios, recogidos en la jurisprudencia o bien existir por sí mismos. Lógicamente, conforme va creciendo la producción normativa-administrativa, se van recogiendo e incorporando por escrito los principios generales que han adquirido solidez y generalidad, dejando de tener, en tales situaciones, el carácter de normas no escritas. En ocasiones, el legislador se limita a enunciar los principios, como por ejemplo, acontece con los artículos 4o y 269 de la Ley General de la Administración Pública, al mencionar, respectivamente, los principios rectores del servicio público (continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad que satisfacen y la igualdad) y de la función o actuación administrativa (economía, simplicidad, celeridad y eficiencia), sin desarrollar su contenido y significado. En otras situaciones, el legislador, además de enunciar el principio, desarrolla su contenido y significado, así sucede, verbigracia, en la Ley de Contratación Administrativa en sus artículos 4o, 5o y 6o al referirse exhaustivamente a los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad.

Debe tomarse en consideración, asimismo, que en muchas ocasiones, es la jurisprudencia la que desarrolla el contenido, alcance y límites de los principios generales del derecho.

Funciones

Modernamente, los principios generales del derecho cumplen cuatro funciones que son las siguientes:

- a) función directiva: de todo el proceso de creación del Derecho, moldeando el contenido de las normas por emitirse.
- b) función interpretativa: sirven para encontrar una solución necesaria y justa a un conflicto de intereses; por lo que son útiles para precisar el significado y el sentido -finalidad- de las normas escritas.
- c) función integradora: respecto de las lagunas del ordenamiento jurídico, permitiéndole al órgano jurisdiccional, en, aras del principio de la plenitud hermética, resolver, en ausencia de una norma escrita, los conflictos que se le plantean.
- d) función constructiva: en el ámbito doctrinal o dogmático, los principios generales permiten estructurar y sistematizar la ciencia jurídica.”

Jurisprudencia

[JINESTA LOBO]⁶



“La Jurisprudencia puede definirse como el conjunto de reglas generales no escritas que se extraen, a través de un proceso inductivo -de lo particular a lo general- del conjunto de fallos judiciales existentes sobre una materia determinada. Debe tomarse en consideración, que toda labor hermenéutica o interpretativa, por definición, es creadora de normas, puesto que, no se circunscribe a su enunciado gramatical o lingüístico sino a cómo interpretarlas, precisarlas, limitarlas o ampliarlas. Evidentemente, la jurisprudencia no está integrada por el conjunto de sentencias sino de reglas extraídas, puesto que, el fallo judicial se dicta en el contexto de un caso concreto -litigio, pleito o juicio- y tiene, en tesis de principio, efectos, únicamente, para las partes contendientes -relatividad de la cosa juzgada-, excepción hecha de una sentencia dictada por la jurisdicción contencioso administrativa mediante la cual se anula un acto administrativo de alcance general, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas (artículo 130, párrafo 3o, del Código Procesal Contencioso Administrativo) o de la Sala Constitucional que anula, por inconstitucional, una ley, un reglamento o cualquier otro acto sujeto al derecho público (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), supuestos en que tienen eficacia erga omnes.

La jurisprudencia, como conjunto de reglas no escritas, nace de un hecho que es la reiteración de varias decisiones conformes para casos diferentes que pueden ser reconducidas a una categoría hipotética común. Consecuentemente, la jurisprudencia no surge de un solo fallo en particular sino una repetición de los mismos para casos similares o iguales. Se trata de una pauta o línea -jurisprudencial- obligatoria de decisión, creada por los Tribunales a través de su repetición y que permanece en tanto se mantenga, esto es, hasta tanto no sea derogada o sustituida por otra pauta o línea jurisprudencial consolidada después de cierto tiempo y reiteración. La jurisprudencia, no desaparece, entonces, por resolverse un caso (caso de especie o anormal) en forma contraria.

La jurisprudencia crea derecho en los siguientes supuestos:

- a) Cuando los conceptos de la ley son oscuros, confusos o indeterminados y exigen precisión y aclaración, creando la norma interpretativa.
- b) Cuando los conceptos de la ley pese a ser precisos y determinados tienen una finalidad ambigua u oscura, con lo que le otorga un fin específico.
- c) Cuando existe más de una norma aplicable a un caso, creando la jurisprudencia la norma de delimitación.
- d) Cuando la norma conduce a un resultado injusto y contrario a su finalidad, con lo que la jurisprudencia desaplica la norma.
- e) Ante una laguna normativa que debe ser colmada.

Ciertamente, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 7o al enunciar las fuentes no escritas y su función no establece una jerarquía. No obstante, el artículo 9o, párrafo 2o, sí establece un orden de prelación de las mismas al disponer que «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» (la negrita no es del original).

De esa forma, el legislador le da una discutida preponderancia a la jurisprudencia sobre los principios generales del derecho, cuando es lo cierto que la primera tiene valor por la decisión de casos concretos con fundamento en la aplicación de los segundos. Adicionalmente, la jurisprudencia puede y debe cambiar, en tanto que los principios generales por su naturaleza abstracta y derivada suelen permanecer incólumes con el transcurso del tiempo. El hecho de haber recogido el legislador del 78 la jurisprudencia como norma no escrita de primer orden y de conferirle carácter vinculante, obedece en buena parte, en nuestro criterio, a razones históricas ajenas a nuestra realidad y particulares a un ordenamiento jurídico determinado como el francés. En efecto, la jurisprudencia, en el ámbito del derecho administrativo francés y de los países que se nutrieron de sus bases y principios -como España-, tuvo, históricamente, una función constructiva y creadora, puesto que, el edificio de esa disciplina jurídica fue erigido por el Consejo de Estado Francés a través de sus resoluciones -concretamente a partir de la etapa de la justicia delegada, 1872-. En efecto, en ese ordenamiento jurídico la jurisdicción contencioso precedió al derecho administrativo sustantivo que fue paulatinamente segregado y acuñado por el Consejo de Estado, mediante reglas derogatorias del derecho común ante la ausencia, en el Código Napoleón, de normas que regularan las relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

Al tenor de la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia, en ausencia de norma escrita, tendrá rango de ley (artículo 7o, párrafo 2o, ibidem) y cuando integra, interpreta o delimita (insuficiencia) una norma constitucional asume el rango de la misma (artículo 7o, párrafo 1o, ibidem).

Evidentemente, de esa forma, la jurisprudencia tiene, en el ámbito del Derecho Administrativo, carácter vinculante, extremo que resulta reforzado por lo dispuesto en el artículo 5o, párrafo 3o de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas -reformado por la Ley No. 7333 del 5 de mayo de 1993- que fue una copia de los párrafos 1o y 2o del artículo 7o de la Ley General de la Administración Pública -con la única particularidad que excluye los usos y costumbres- y lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que le da eficacia erga omnes a los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En este aspecto particular, obviamente, nuestro ordenamiento jurídico deja de asemejarse a un sistema romano-canónico -en los que no se le otorga carácter vinculante a la jurisprudencia-, para identificarse con los sistemas del common law o angloamericanos donde rige la obligatoriedad del precedente -stare decisis-. Nótese que en los ordenamientos que pertenecen a la familia de sistemas jurídicos continentales o europeos, como el nuestro, se estima que la soberanía nacional reside y se concentra en la Asamblea Legislativa expresándose de forma exclusiva a través de leyes generales, con lo que se le niega eficacia normativa al precedente por tratarse de una norma singular y de origen no legislativo.

Una norma diferente es la contenida en el artículo 9o del Título Preliminar del Código Civil -la que, únicamente, ofrece problemas en el ámbito del derecho privado por su colisión con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial- al señalar de forma indirecta que la jurisprudencia emanada de las Salas de Casación no tiene carácter vinculante sino meramente informador del ordenamiento



jurídico privado. Desde ese punto de vista, podría argumentarse que la jurisprudencia tiene un valor diferente -como fuente del derecho- en el ámbito del derecho privado y del derecho público.

Una norma que puede llevar a equívocos importantes, es la contenida en el artículo 2o de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al establecer que «los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatoria para la Administración Pública». A la luz de ese texto normativo, debe distinguirse, entonces, entre jurisprudencia administrativa -dictámenes de la Procuraduría General de la República- y jurisprudencia judicial -sentencias emanadas de las Salas de Casación y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia-. A nuestro juicio, la Ley General de la Administración Pública se refiere, única y exclusivamente, en sus ordinales 7o, párrafo 1o, y 9o, párrafo 2o, a las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales indicados, puesto que, según lo dispuesto en los ordinales 154 y 2o, respectivamente, de la Constitución Política y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales únicamente están sujetos a lo dispuesto en la Constitución y la Ley, siendo que los dictámenes emanados de la Procuraduría General de la República que es un órgano administrativo consultivo adscrito a la Administración -Ministerio de Justicia- no pueden vincular, en cuanto a la interpretación de una norma determinada, a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Consecuentemente, la interpretación judicial o jurisprudencial es la que llevan a cabo las Salas de Casación y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al dictar una sentencia dentro de un proceso jurisdiccional.

Pese a lo anterior, la Procuraduría General de la República, de forma equívoca, ha sostenido que cuando en los dictámenes o pronunciamientos exista un criterio reiterado de interpretación, delimitación o integración del ordenamiento jurídico -uniforme, no contradictorio y ajustado a la ley-, estamos ante una jurisprudencia administrativa que tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita, esto es, con el valor que indica el artículo 7o LGAP (Ver C-221 -89 del 20 de septiembre de 1989; C-231 -99 del 19 de noviembre de 1999). Se trata de una conclusión errada que se ha extraído de la Sentencia de la Corte Plena, en funciones de Tribunal Constitucional, adoptada en la Sesión Extraordinaria No. 32 de las 13:30 hrs. del 3 de mayo de 1984 que fue donde se hizo esa afirmación. Evidentemente, se trata de una tesis incorrecta e inadmisibles, puesto que, como ya se indicó cuando la LGAP hace referencia a la jurisprudencia lo es a la judicial y no a la administrativa.

Para el caso particular de la jurisprudencia constitucional, conviene señalar que la propia Sala Constitucional ha señalado que es vinculante erga omnes tanto los fallos en materia de amparo como de constitucionalidad al estimar que «Se da, eso sí, la particularidad de que los precedentes cubren tanto aquellos provenientes de la vía del amparo, primero en el tiempo, y que en realidad determinaron lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad citada. De toda suerte, no importa diferenciar el tipo de precedente o la proveniencia de la jurisprudencia constitucional. Sea, en uno u otro caso, se ha ido decantando una doctrina y no obstante que los efectos de uno u otro difieren, desde que en la primera vía procesal (inconstitucionalidad) la sentencia estimatoria es anulatoria y con carácter retroactivo a la fecha de vigencia de la norma impugnada, que en la segunda (amparo) lo resuelto implica una orden inmediata y directa a la autoridad autora del acto o decisión concreta y particularizada, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley que rige esta jurisdicción dispone (con carácter general, valedero para toda la jurisprudencia constitucional) que «La jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma». No

está de más agregar, eso sí, que la situación que se presenta con el tema en discusión no es usual, en el sentido de que normalmente la Sala condiciona la decisión de recursos de amparo (acciones individualizadas contra un funcionario en reclamo de actos concretos) a la que de modo general y abstracto se de en una acción de inconstitucionalidad en la materia de que se trate» (Voto No. 927-94 de las 15:30 hrs. del 15 de febrero de 1994).

Evidentemente, para extender los precedentes vertidos en un proceso de amparo a otros supuestos debe existir una situación análoga, en ese respecto la Sala Constitucional ha puntualizado que «...la jurisprudencia y los precedentes de la Sala son vinculantes «erga omnes» salvo para sí mismo, de tal forma que quienes se encontraren en la misma situación que los recurrentes en cualquier dependencia de la administración pública, deben ser beneficiados -en acatamiento del fallo y al artículo citado- con lo resuelto en la sentencia...» (Voto No. 115-92 de las 12:12hrs. del 17 de enero de 1992).

Costumbre

La costumbre tiene dos elementos la reiteración unívoca, prolongada y continua de un comportamiento o de hechos materiales en un determinado sentido (usus) -elemento objetivo- y la convicción que está sancionada jurídicamente y que su inobservancia resulta exigible y obligatoria (iopinio juris et necessitatis) -elemento subjetivo-. La base del reconocimiento legislativo de la costumbre como fuente de derecho, se encuentra en los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y en las teorías de los actos propios y de la apariencia jurídica.

En un ordenamiento jurídico escrito, la costumbre debe estar reconocida por la ley como fuente, por lo que su validez está supeditada a ésta. Por consiguiente, el fundamento de la costumbre es la voluntad estatal tácita o expresa para lograr un mayor grado de seguridad y certeza jurídica.

Desde esa perspectiva, se distingue entre costumbre secundum legem -interpretativa- la cual resulta conforme con el texto legislativo al desarrollarlo e interpretarlo, praeter legem -supletoria- que regula una materia no normada por la ley y contra legem que pretende modificarla o derogarla.

En un sistema escrito, solo los dos primeros tipos de costumbre son posibles. Con mayor razón en el Derecho Administrativo resulta lógico, por aplicación de los principios de legalidad y de reserva de ley, que no se admita la costumbre contra legem. En todo caso, el artículo 129, párrafo in fine, de la Constitución Política establece que «... La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario...» con lo que queda excluida, categóricamente, la costumbre contra legem.

No obstante, debe indicarse, para el caso particular del derecho privado -que no es el del derecho administrativo, puesto que, la LGAP no distingue entre costumbre secundum legem y praeter legem-, que el Título Preliminar del Código Civil solo admite la costumbre praeter legem -excluyendo

la *secundum legem*-, puesto que, el artículo 3° establece que "El uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable...". La exclusión de la costumbre *secundum legem* resalta confirmada por lo dispuesto en el artículo 5°, párrafo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer que "Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito".

3 Normativa

a) Ley General de la Administración Pública

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁷

Artículo 6°.-

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

- a) La Constitución Política;
- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y
- f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.

3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos.

Artículo 7°.-

1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.



Artículo 8º.-

El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

Artículo 9º.-

1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

2. 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.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 ROMERO PÉREZ, Jorge. Las fuentes del derecho administrativo. Artículo publicado en Revista de Ciencias Jurídicas No 64 Setiembre-Diciembre 1989. pp 161-162
- 2 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo Volumen 1 parte general. 11° edic. Madrid España. Editorial Tecnos. 1989. pp 198-200
- 3 GORDILLO, Agustín. Teoría general del derecho administrativo. 1° edic. Madrid, España. Instituto de Estudios de Administración local. 1984. pp 179-181.
- 4 ROMERO PÉREZ. Derecho Administrativo general. 1 edic. San José C.R. EUNED, 1999. p 47
- 5 JINESTA LOBO , Ernesto. Tratado de derecho administrativo: Tomo 1 parte general. 2° edic San José C.R. Editorial Jurídica Continental, 2009. pp 285-287
- 6 JINESTA LOBO, Ibidem pp 296-303
- 7 Asamblea Legislativa. Ley General de la Administración Pública. Ley : 6227 del 02/05/1978