



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: LA COSTUMBRE V.S LAS DIRECTRICES

SUMARIO:

1. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
2. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
3. LA DIRECTRIZ ADMINISTRATIVA
4. LA COSTUMBRE COMO FUENTE NORMATIVA



1. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

"II.- El recurrente acusa violación directa de las leyes de fondo, por errónea interpretación y aplicación indebida de la Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra, N° 1922 del 5 de agosto de 1955 y sus reformas. Ninguna de las normas citadas, como fundamento del fallo, alega el recurrente, pueden sustentar la concesión del otorgamiento de una indemnización a favor de la demandante. El único hecho generador indiscutible para obtener el derecho a una pensión de guerra es que el infortunio -la incapacidad o la muerte- se produzca como consecuencia de las luchas armadas o por hechos conexos con éstas. Por otra parte, acusa, la compañera concubina solo puede gozar de los beneficios de la Ley si ha dependido económicamente del causante en los últimos seis meses antes de su participación de los hechos bélicos (artículo 5). Contradice la interpretación de los órganos de instancia respecto del artículo 17 inciso b) de la Ley pues esa norma otorga un tratamiento de auxilio a viudas o hijos menores de 18 años o mayores incapacitados, pero no para concubinas, y lo mismo afirma respecto del numeral 22 de la Ley. Ninguna de las normas citadas, según el recurrente, confiere el derecho a traspasar una indemnización de guerra a la compañera del beneficiario fallecido. Critica las sentencias por extender los alcances de la Ley. La interpretación exegética del Derecho -propia de la época clásica, en Francia- vinculaba al Juez exclusivamente a la letra de la ley. Así el juzgador era definido como "la bouche de la loi", la boca de la ley, en cuanto su misión solo se limitaba a cumplir con los designios del legislador. Más tarde, frente a la incapacidad del Código Civil -o en general de la misma Ley- para resolver todos los posibles casos ofrecidos por la realidad jurídica, comenzaron a tener auge nuevas formas de interpretación. Primero fue la tesis iusnaturalista -en su época derrotada por el proceso de la codificación- según la cual en ausencia de norma el juzgador tenía la obligación de resolver el caso recurriendo a los principios del Derecho Natural, más tarde denominados principios generales del Derecho. El problema siempre fue determinar cuáles eran esos principios: si los iusnaturalistas, en cuanto provenían de Dios, de la naturaleza de las cosas, o eran extrajurídicos, o por el contrario de los principios generales positivistas, derivados del mismo ordenamiento jurídico. En esta discusión -casi interminable- no tendría lógica seguir la segunda solución pues si los principios derivan de las normas entonces habría norma aplicable. También han tenido mucho éxito las interpretaciones vinculadas a las realidades, sobre todo en los países del common law, donde el precedente juega un papel cardinal, o bien en aquellas culturas donde la Sociología Jurídica ha adquirido gran importancia frente al denominado "Derecho de los libros" o el "Derecho de los Códigos". Con igual importancia deben destacarse las corrientes axiológicas, cuya característica es darle a ese Derecho -atrasado, superado, e incluso a veces hasta muerto por su desfase con las nuevas exigencias de la Sociedad- un tratamiento filosófico donde los valores de la Sociedad son aplicados con el fin de darle al Derecho un sentido más justo, trascendente, profundo y en perspectiva con el mundo actual. La jurisprudencia -conforme la autoriza el ordenamiento jurídico, según se analizará en el considerando siguiente- con estos medios tiende a darle a la vida social y económica respuestas más modernas, permitiendo al ordenamiento jurídico ir evolucionando, dentro de los límites lógicos del principio de legalidad. En esta perspectiva se orienta el Derecho costarricense a través de las últimas reformas legislativas. Entre otras, para citar solo los más recientes, por su orden, se encuentran la Ley General de la Administración Pública, la reforma al título preliminar del Código Civil, la Ley de la Jurisdicción Constitucional y últimamente la Ley Orgánica del Poder Judicial. La jurisprudencia adquiere un papel cardinal en el mundo jurídico moderno. A diferencia de antes, cuando no se



le reconoció ningún valor, o en forma inexacta se le identificó con la tesis sostenida por algunos Tribunales, hoy tiene una personalidad muy definida. En primer lugar ésta se encuentra constituida únicamente por los pronunciamientos de las Salas de Casación, la Sala Constitucional y la Corte Plena (Artículo 9 del Código Civil, conforme a la reforma operada por la Ley N° 7020 del 16 de diciembre de 1985, y el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Su fin es el de contribuir a interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico (Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Para ello debe existir reiteración. Un fallo no crea jurisprudencia, necesariamente deberán existir dos o más sentencias con la misma interpretación (Artículo 9 del Código Civil). Cuando ello acontece la jurisprudencia adquiere el mismo rango de la norma interpretada, integrada o delimitada (Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Existen dos posibilidades de interpretación: 1) cuando las normas son oscuras, omisas o superadas, y 2) cuando no hay norma. En el primer caso el legislador ha confiado al Juez la misión de interpretar la Ley siguiendo un criterio normativo, pero a su vez sociológico, histórico y axiológico. Ha de aplicarse el principio de analizar la ley en su contenido normativo, pero el sentido de sus palabras tendrá relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad del tiempo de cuando han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tratando de recurrir a la equidad en cuanto la ley expresamente lo permita (Artículos 10 y 11 del Código Civil). En segundo lugar, frente a la ausencia de norma, el Juzgador no puede excusarse de resolver los casos sometidos a su conocimiento. En esta circunstancia debe recurrir a los principios generales del Derecho (Artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Habrá ausencia de norma, sobre todo respecto de las disciplinas jurídicas especializadas, cuando dentro de esa materia no haya una disposición concreta, si bien se encuentre otra -de igual o superior rango- en una rama jurídica distinta (Artículo 7° de la Ley General de la Administración Pública). Ello tiende a garantizar la autonomía de cada disciplina sin romper con la unidad del sistema. Las sentencias de instancia le han dado a la Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra una interpretación ampliativa. Se está en presencia de una relación marital de hecho, de más de 20 años, con dos hijas, donde la mujer se vinculó a un lisiado de guerra hasta su muerte. Los fallos han calificado de viuda a la actora por las circunstancias antes mencionadas, y le permitirían percibir una pensión. El problema consiste en determinar si lleva razón o no el representante del Estado en su recurso en cuanto la Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra -para cubrir a las viudas, huérfanos y lisiados de los hechos bélicos de 1948 y 1955- no prevé la cesión de la pensión en los términos como se pretende en este juicio. En efecto la letra del artículo 1° de la comentada normativa expresa: "El Estado asumirá la obligación de auxiliar a las viudas, los huérfanos y los incapacitados total o parcialmente, que hayan venido a tales condiciones como consecuencia de la lucha armada, o de hechos conexos con ésta que sostuvo el país...". Para ser beneficiaria de las pensiones o indemnización se tuvo un criterio muy amplio: "La viuda, compañera o concubina soltera de un combatiente muerto en acción de guerra o que haya venido a ese estado por razón de profesión u oficio de su marido o compañero, tendrá derecho, en forma vitalicia, a que se le adjudique una pensión igual al salario o ingresos ordinarios que percibía su esposo o compañero..." (Artículo 4°, pero para ser calificada como beneficiaria tiene sus límites: "La compañera o concubina soltera, que por lo menos en los últimos seis meses dependió económicamente del causante soltero, gozará de los beneficios de esta ley..." (Artículo 5°). Naturalmente si cualquiera lee estas normas eventualmente podría afirmar la falta de derecho de la actora a ser beneficiaria como viuda o compañera, pues efectivamente la relación marital de ellos comenzó muchos años



después de terminado el estado de conflagración y además porque la muerte no fue consecuencia directa de la guerra. Este es el argumento del Estado. Pero la situación jurídica es totalmente distinta a la combatida por el recurso. No se trata de una víctima de la guerra cuyo resultado fue la muerte. La pensión otorgada [al causante] fue por haber sido lesionado. El, y no su familia, fue el beneficiario de la pensión. En otras palabras si bien la mayor parte del texto de la Ley se ocupó de la situación de las familias de los muertos (véase el mismo artículo 1º) también se previó la situación de los incapacitados total o parcialmente. La simple lectura de la ley, siguiendo los tradicionales criterios exegéticos, entonces, puede conducir a engaño al intérprete. El punto concreto a determinar es si la pensión del incapacitado total o parcialmente es susceptible de ser sucedida, o, como le llaman las partes, operar la cesión o el traspaso. Al regular la caducidad -debería entenderse extinción o terminación- de las pensiones la ley contempla 3 supuestos: "a) Para las viudas, si contraen nupcias, conservándose el 50% de su pensión en favor de los hijos menores del causante. Sin embargo, la recobrarán en caso de enviudar nuevamente y de carecer de bienes para su subsistencia. En el caso de las concubinas se aplicará la parte primera de este inciso. b) Por muerte del beneficiario. Si se tratare de viudas, la pensión se traspasará a los menores. Si se tratare de heridos, la indemnización se traspasará a las viudas o hijos menores de 18 años o mayores incapacitados. la misma disposición se aplicará en el caso de que la concubina fallezca. c) Por haber cumplido dieciocho años los menores varones y dieciocho las mujeres, siempre que éstas permanezcan solteras" (Artículo 17). Fue del segundo supuesto de donde las sentencias de instancia han fundado sus fallos, pues se identificó a la actora al carácter de viuda. Para efectos patrimoniales cuando muere el compañero de una mujer en unión marital de hecho su situación jurídica debe asimilarse a la de viuda, cuando entre ellos exista libertad de estado. Ese carácter no deviene solo de la muerte del cónyuge dentro del matrimonio sino, también, de la pérdida del compañero dentro de la familia de hecho. El ordenamiento jurídico debe darle ese carácter no por razones de orden social o moral sino para garantizarle a la familia los derechos del compañero y padre. Lo contrario constituiría darle una interpretación injusta, y fuera de la realidad al Derecho. Principios de justicia social, dentro de las condiciones imperantes en la Sociedad moderna impedirían otorgar a una relación marital de hecho una calificación discriminatoria. Por ello debe otorgársele tutela jurídica al régimen patrimonial de la familia regida por el Código de Familia y a la familia de hecho (véase consulta facultativa de constitucionalidad resuelta por la Sala mediante Voto 3693-94 de las 9 horas 18 minutos del 22 de julio de 1994). La Sala Constitucional consideró equiparada a "cónyuge" al compañero o compañera de la unión de hecho para ejercer la garantía de abstenerse de declarar otorgada por los artículos 155 y 227 del Código de Procedimientos Penales (Voto 1151-94 de las 15 horas 30 minutos del 1º de marzo de 1994), extensible esa garantía en los mismos términos al artículo 228 del mismo Código a la familia de hecho como si estuviera unido por vínculo legal (Voto 1155-94 de las 15 horas 42 minutos del 1º de marzo de 1994). Estos criterios se encuentran ya en diferentes disposiciones promulgadas para proteger a la compañera y los hijos del difunto. Un ejemplo de ello lo contempla el Código de Trabajo. En éste la compañera o compañero del trabajador tiene derecho a percibir sus prestaciones legales cuando acontece su muerte. Ello es así porque el término utilizado es el de "consorte" (Artículo 85). Igualmente las disposiciones de la Caja Costarricense del Seguro Social por las cuales la compañera o compañero tiene derecho a la pensión del asegurado (Artículo 49 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte). En consecuencia la interpretación dada por los Tribunales de instancia al inciso b) del artículo 17 de la Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra resulta correcta, ajustada a



las nuevas realidades y a las exigencias filosóficas de la Sociedad. Ello es así porque la pensión se extingue con la muerte del beneficiario, cuando ha sufrido una incapacidad total o parcial durante un estado de guerra, pero subsiste respecto de sus herederos. Ellos podrían ser las viudas, los hijos menores de 18 años, o los mayores incapacitados. En este caso la actora reúne los requisitos para equipararla a viuda y por ahí con pleno derecho para continuar percibiendo la pensión. Cuando la Procuraduría, en su recurso, plantea como requisito para la compañera -no unida por vínculo legal- el haber dependido de él en los últimos 6 meses anteriores a la participación en los hechos bélicos se está incurriendo en una interpretación errónea. Esa exigencia es para las compañeras de quienes hubieren perecido en la guerra. No podría aplicarse por analogía ese criterio a las compañeras de quienes hubieren sufrido incapacidades parciales o totales. Ese es el sentido del artículo 5° de la Ley. Por estas razones el fallo recurrido en su interpretación ampliativa ha actuado ajustado a Derecho y recurriendo también a la equidad: dos valores no antagónicos."¹

2. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

"LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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."²

"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."³

"Artículo 8.-

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."⁴

3. LA DIRECTRIZ ADMINISTRATIVA

"Se refiere a una relación compleja de personas y/o entes individualmente definidos pero "interconectados"; al igual que el lineamiento es para desarrollar una labor de coordinación y, por ello debe iniciar de un acuerdo de partes y, del ejercer un rol de liderazgo por uno de los involucrados.

Se da el reconocimiento a la potestad irrestricta, irrenunciable e innegable de dirección con que cuenta el Estado. Por ello se fundamenta que:

"El Estado puede señalar metas y lineamientos generales al ente menor o impedir que éste las viole o viole la ley, nunca puede sujetar la conducta del ente a patrones puntuales y exactos, en cuanto al motivo, contenido o momento de la misma..."

Como acto, la directriz reúne las siguientes características:

- 1- Externo. Lo promulga un ente mayor para ser ejecutado o llevado a cabo por otros entes. Se sostiene que de dirigirse a órganos con personalidad jurídica se convierte en interno; pero, de acatarse lo que dicta la realidad, hay que afirmar que nunca es acto interno. También se aclara que su condición de externo es muy especial o sui géneris pues, no alcanza directamente al



- administrado.
- 2- De autoridad. Quien lo emite lo hace en su condición de superior en dirección no en mando, a quien lo recibe.
 - 3- Vinculante. Porque sus contenidos y expresiones de deseos y voluntad deben ser acatados y llevados a cabo en toda la medida de lo posible por quien los recibe, sea aquel a quien están dirigidos.
 - 4- De mero trámite. Se acoge en este caso la afirmación de que todo acto repercute en los administrados, pero, la diferencia es que unos lo hacen de forma directa y otros indirectamente. Las directrices administrativas se ubican en el segundo caso por no estar dirigidas ni tener que ser conocidas por aquellos.
 - 5- La directriz administrativa es un acto concreto y nunca un acto general. Suele estar dirigida a uno, varios o todos los entes autónomos, pero claramente identificados. Aclara no sólo lo que se quiere, así como también para qué, su acatamiento es obligatorio y evaluable. Situación que no suele presentarse en el caso del lineamiento.
 - 6- Es acto autorizante; de hecho al emitirse, autoriza al ente menor a centrar sus atenciones en lo que la directriz le comunica y, a dar menor trato a otras funciones asignadas. La directriz interfiere preferentemente en la actividad administrativa externa del ente.
 - 7- La potestad para dictarla es absolutamente exclusiva y muy extraordinariamente puede ser relativamente exclusiva; sin embargo ese no es el caso de Costa Rica."⁵

4. LA COSTUMBRE COMO FUENTE NORMATIVA

"El Lic. ORTIZ afirma sobre la costumbre en derecho público costarricense: "Todo esto indica que la costumbre en Derecho administrativo es fundamentalmente la práctica administrativa, y sólo marginal e infrecuentemente un módulo de conducta entre particulares. Tales usos entre particulares sólo deben admitirse como fuente de derecho administrativo cuando han sido expresamente incorporados o recibidos por la ley, o cuando sean de tal notoriedad y antigüedad que su desconocimiento signifique una violación de principios elementales de justicia o de buena administración". Y más adelante agrega el Lic. Ortiz: "Según el fundamento aducido para la costumbre en general, una práctica se convertiría en fuente cuando su observancia ponga en juego la seguridad jurídica del administrado"

Por otra parte, en el proyecto de ley general de la Administración Pública se reconoció en el artículo 7° la existencia de la



costumbre al afirmar: "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 una norma, dichas fuentes tendrán rango de ley. 3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior".

Como puede fácilmente advertirse, se le dan varias funciones a la costumbre administrativa: interpreta, integra y delimita el campo de aplicación del ordenamiento escrito; es decir, sirve para complementar la norma escrita, en su aplicación, integrándola, interpretándola y delimitándola. Además tendrá el mismo rango que esa norma que interpreta, integra o delimita.

En segundo término, tendrán rango de ley cuando suplan una norma escrita; y, finalmente, tendrán una fuerza superior a las normas escritas de inferior grado.

Es importante señalar que tal proyecto pretendía incorporar la costumbre, como fuente no escrita, al ordenamiento jurídico con las características antes señaladas. Aunque el proyecto no se convirtió en ley, se advierte la importancia que sus autores atribuyen a la costumbre en derecho administrativo costarricense.

Por lo anteriormente expuesto, se debe concluir que la costumbre en derecho público, según la doctrina, es una fuente no escrita del ordenamiento que complementa, interpreta, integra, delimita, y suple las normas escritas del ordenamiento. De ahí su importancia. Además, en virtud del proyecto de ley General de la Administración Pública, se le trataba de dar jerarquía superior a las fuentes escritas de menor grado, y rango de ley, cuando suplía una norma escrita.

Este último aspecto amerita un comentario. Es bastante peligrosa esa disposición, por cuanto una norma no escrita, que supla a una escrita, sin indicarse su naturaleza, tendrá rango de ley. Una costumbre administrativa que supla la ausencia de una norma tendría el rango de ley, lo que no puede impedir a la administración dictar un acto reglamentario, que venga a suplir, posteriormente, una norma. Sin embargo, la nueva norma no podría tener efecto retroactivo, por cuanto atentaría contra la seguridad de los ciudadanos. Este límite es fundamental en cuanto al valor jurídico de la costumbre. La seguridad jurídica de los administrados



constituye un elemento positivo para la aplicación de la costumbre administrativa. "La práctica se convertiría en fuente cuando su observancia ponga en juego la seguridad jurídica del administrado"

La superioridad de la norma no escrita, sobre la norma escrita de menos rango, tiene su fundamento en la jerarquía de las fuentes, derivada de la clasificación formal de las mismas. Es decir, en razón del órgano que dicta el acto y de la distancia de éste último con relación a la constitución, el acto ocupará un determinado lugar en el ordenamiento jurídico, de donde derivará su valor jurídico y su régimen de impugnación.

En el campo constitucional, no existe ninguna norma que regule las prácticas constitucionales. Existe, como se señaló, el artículo 129, que determina la jerarquía, la costumbre en relación con la ley, pero no se regula la práctica constitucional como fuente de derecho."⁶



FUENTES CITADAS

-
- ¹ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res. 62 de las 14:15 del 11 de agosto de 1994.
- ² LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978. Art. 6.
- ³ LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978. Art. 7.
- ⁴ LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978. Art. 8.
- ⁵ JIMÉNEZ PADILLA Fernando. Sobre la tutela y la directriz administrativas Análisis de su terminología. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. 1992. páginas 118-120.
- ⁶ MUÑOZ Hugo Alfonso. La costumbre constitucional. Revista de la Contraloría General de la República N° 20 del mes de junio de 1975. páginas 13-15.