

I. Estudios

p11

Ibler, M.

La jurisdicción contencioso-administrativa
en Alemania - historia - presente - futuro

p22

Alcaraz, H.

Un código de las relaciones entre el público y la administración.
¿Una particularidad en Francia o una particularidad francesa?

p40

Leiva Poveda, J.

Jerarquía normativa de los reglamentos centroamericanos en Costa Rica:
su indebida conceptualización en el foro jurídico nacional

p66

Echandi Gurdíán, M. L.

Derecho de la Constitución y regulación económica:
La inserción del regulador en el orden constitucional

**REVISTA
DE
DERECHO PÚBLICO
No. 13**

**Enero/Julio
2021**

Consejo Editorial

Hubert ALCARAZ
María Lourdes ECHANDI GURDIÁN
Blanca LOZANO CUTANDA
Aldo MILANO SÁNCHEZ

Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

PRESENTACIÓN

Luego de varios años de interrupción, la Revista de Derecho Público vuelve a publicarse, ahora en formato electrónico de acceso gratuito.

SOBRE LA REVISTA

La Revista de Derecho Público (ISSN: 2215-6453) es una publicación académica, científica, abierta a la discusión, cuyo objetivo es promover el análisis teórico, analítico y crítico del Derecho público, bajo el entendido de que por medio del debate doctrinal es posible avanzar, desde la ciencia jurídica, en la construcción de un mejor régimen de derechos y libertades, en el perfeccionamiento de la democracia y en la consolidación y defensa del Estado democrático de Derecho.

La Revista tiene periodicidad semestral a partir de 2021 y divulga trabajos de investigadores costarricenses y extranjeros, a la vez que publica las memorias de las actividades académicas que realiza con frecuencia la Asociación para el Estudio del Derecho administrativo. Esta publicación va dirigida a todos los estudiantes de posgrado, investigadores y profesionales interesados en temas de Derecho constitucional, Derecho procesal constitucional, Derecho de los Derechos Humanos; Derecho internacional público, Derecho ambiental, Derecho administrativo, Derecho procesal administrativo y demás ramas del Derecho administrativo especial así como Derecho tributario en tanto evidencia vínculo con el Derecho constitucional o administrativo.

La revista requiere que los autores autoricen, por medio de una licencia de uso, la edición, publicación, reproducción, distribución y comunicación pública de la obra de su autoría; tanto en soporte físico, si lo hubiera, como digital, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin ánimo de lucro. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo, que estará licenciado con el Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial, tal como lo estipula la licencia. Los autores podrán divulgar su documento en cualquier repositorio o sitio web. Inmediatamente después de su publicación, los artículos serán enviados en medio magnético a las diferentes bases de datos y sistemas de indexación para la divulgación de su contenido.

COMITÉ EDITORIAL

- Prof. Dr. Hubert ALCARAZ, Catedrático de Derecho público de la Université de Pau et de l'Adour de Francia.
- Prof. Dra. María Lourdes ECHANDI GURDIÁN, Profesora de la Maestría de Derecho público de la Universidad de Costa Rica. Socia de la firma Consultores en Derecho Público S.A.
- Prof. Dra. Blanca LOZANO CUTANDA, Catedrática de Derecho administrativo, Profesora de Derecho administrativo y de Derecho de la Unión Europea en CUNEF España. Forma parte del Consejo Académico de la firma Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, España.
- Dr. Aldo MILANO SÁNCHEZ, Doctor en Derecho ULACIT. Doctor en derecho UNED, España. Diplomado en Derecho Constitucional, UNED, España. Socio de la firma Consultores en Derecho Público S.A.

LISTA DE COMPROBACIÓN PARA LA PREPARACIÓN DE ENVÍOS

Como parte del proceso de envío, los autores/as están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores/as aquellos envíos que no cumplan estas directrices.

- El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
- El texto cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en el documento denominado Normas para autoras/es.

DIRECTRICES

Temática. La Revista Derecho Público es una publicación académica, científica, abierta a la discusión, cuyo objetivo es promover el análisis teórico, analítico y crítico del Derecho público, bajo el entendido de que por medio del debate doctrinal es posible avanzar, desde la ciencia jurídica, en la construcción de un mejor régimen de derechos y libertades, en el perfeccionamiento de la democracia y en la consolidación y defensa del Estado democrático de Derecho.

Periodicidad. La revista, cuyo primer número vio la luz en el primer semestre del año 2005, en formato impreso, tiene periodicidad semestral desde 2021 (junio/diciembre) y divulga trabajos de investigadores costarricenses y extranjeros.

La revista tiene abierta la convocatoria de artículos durante todo el año. En este sentido, el Comité Editorial seleccionará los documentos que cumplan con el proceso antes mencionado para conformar el contenido de cada número en orden de aprobación.

Destinatarios. Esta publicación va dirigida a todos los estudiantes de posgrado, investigadores y profesionales interesados en temas de Derecho constitucional, Derecho procesal constitucional, Derecho de los Derechos Humanos; Derecho internacional público, Derecho ambiental, Derecho administrativo, Derecho procesal administrativo y demás ramas del Derecho administrativo especial, así como Derecho tributario en tanto evidencia vínculo con el Derecho constitucional o administrativo. En lo que respecta a textos que aborden temáticas académicas desde el marco de referencia de otros países, es pertinente que éstos contribuyan al debate sistemático de la región latinoamericana y no se limiten a estudios aislados.

Selección. La Revista de Derecho Público tiene el compromiso de cumplir y elevar los estándares generales de calidad académica. Por tal razón, antes de su publicación, todos los artículos serán sometidos a un riguroso proceso de evaluación, que se realizará utilizando un formato diseñado para este fin

La selección y publicación de los textos no dependerá de la concepción teórica ni del punto de vista o la metodología empleada. Sólo se tendrá en cuenta la calidad, el rigor y las normas implícitas de todo trabajo académico, dando preferencia a los documentos inéditos relacionados con el amplio panorama del Derecho público, especialmente aquellos que encajen dentro de las siguientes categorías:

- artículo de reflexión¹;
- artículo de investigación científica² y
- artículo de revisión³.

Licencia. Es preciso que los autores autoricen, por medio de una [licencia de uso](#), la edición, publicación, reproducción, distribución y comunicación pública de la obra de su autoría; tanto en soporte físico como digital, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin ánimo de lucro.

1 Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales

2 Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

3 Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de referencias.

Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo, que estará licenciado con el Creative Commons Atribución-NoComercial-Compartir.

La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial, tal como lo estipula la licencia. Los autores podrán divulgar su documento en cualquier repositorio o sitio web.

Consulta de contenidos. Inmediatamente después de su publicación, los artículos serán enviados en medio magnético a las diferentes bases de datos y sistemas de indexación para la divulgación de su contenido.

Los artículos se pueden consultar gratuitamente en la página web:

<https://repositorioderechopublico.omeka.net/>

Las publicaciones contenidas en la revista se encuentran cosechadas en el Repositorio Nacional de Costa Rica KIMUK, el cual, a su vez, esta integración realizado bajo estándares internacionales de interoperabilidad permiten reflejar la producción nacional en cosechadores internacionales con LA Referencia y COAR. Además, se encuentra disponible en el catálogo de Latindex y en el directorio KIMUK:

<https://kimuk.conare.ac.cr>

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La Revista está comprometida con los estándares internacionales de publicación científica. Para ello, se siguen las directrices de la 2nd World Conference on Research Integrity, Singapur, Julio 22-24 de 2010:

http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

Las directrices para autores se pueden consultar en:

http://publicationethics.org/files/International%20standards_authors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

Responsabilidades del Comité Editorial

- Los editores son responsables del proceso de selección y publicación de los artículos.
- Los editores deben adoptar políticas editoriales que fomenten la transparencia.

- Los editores se comprometen a mantener informados a los autores del proceso de selección y de los resultados de las evaluaciones.
- Los editores deben proteger la integridad de los documentos y realizar las correcciones y retracciones que sean necesarias.
- Los editores se comprometen a fomentar las buenas prácticas editoriales.
- Los editores deben tener procedimientos claros para solucionar los conflictos de intereses.
- Los editores deben verificar la autoría de los artículos y rechazar aquellos que obedezcan a plagio, manipulación de citas, fabricación de datos o a cualquier otra mala práctica.
- Los editores se comprometen a promover el intercambio de ideas, el respeto de opiniones y a garantizar la libertad de opinión y de expresión durante los procesos de convocatoria, selección, evaluación y publicación de sus contenidos.
- Los editores deben velar a que los escritos no contengan informaciones falsas o injuriosas contra un individuo o un grupo de individuos u organizaciones.

Responsabilidades de las personas que envíen contribuciones

- La investigación se debe realizar cumpliendo los estándares éticos y de acuerdo con la normatividad vigente que regula el manejo responsable de los derechos de autor.
- Los investigadores deben presentar sus resultados de manera clara, honesta y sin falsificación o manipulación inadecuada de datos.
- Los investigadores deben cumplir con los requisitos de publicación solicitados por la revista garantizando su originalidad, la no publicación simultánea en otros medios y evitando el plagio u otras malas prácticas.
- Los autores deben asumir la responsabilidad de los resultados presentados y publicados.
- La autoría debe reflejar con precisión los aportes de las partes involucradas.
- Si las hubiera, las fuentes de financiamiento y los conflictos de intereses relevantes se deben señalar en la primera nota al pie del documento.

Comité editorial

El Comité editorial de la Revista es el órgano rector de la publicación. Los integrantes de este Comité serán expertos reconocidos en el área de conocimiento de la Revista y conocerán en detalle de los procedimientos de buenas prácticas que fomenta la Publicación.

SUMARIO DEL NÚMERO 13

Enero-Julio 2021

I.- ESTUDIOS

- IBLER, Martín, La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania. Historia, presente y futuro..... 11
- ALCARAZ, Hubert, Un código de las relaciones entre el público y la Administración. ¿Una particularidad en Francia o una particularidad francesa?..... 22
- LEIVA POVEDA, Jorge, Jerarquía normativa de los reglamentos centroamericanos en Costa Rica. Su indebida conceptualización em el foro jurídico nacional 40
- ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, Derecho de la Constitución y regulación económica. El inserción del regulador en el orden constitucional..... 66

II.- RECENSIONES

- LEIVA POVEDA, Jorge, *Procedimientos sancionadores en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Desarrollos jurisprudenciales)*, primera edición, Editorial Jurídica Continental, 2021, 247, pp..... 85
- GARITA NAVARRO, Roberto, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally (Comp), *Temas de Derecho Público en Homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, primera edición, Editorial ISOLMA, 2021, 552 pp. 86
- ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, *Derecho constitucional de la competencia*, primera edición, Editorial Jurídica Continental, 2021, 294, pp. 87

ESTUDIOS

La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania - historia - presente - futuro

por Martin Ibler¹

Sumario I. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA II. LA HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA 1. HISTORIA PREVIA Y PRIMEROS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS 2. La jurisdicción contencioso-administrativa en el Imperio (1871 - 1918) 3. La jurisdicción contencioso-administrativa en la República de Weimar (1919-1933) 4. La jurisdicción contencioso-administrativa en la dictadura nacionalsocialista III. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA HOY (REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DESDE 1949) 1. La “imagen humana” de la Constitución como fundamento de a protección jurídica contencioso-administrativa 2. Jurisdicción contencioso-administrativa como institución para la protección de los derechos del individuo 3. El funcionamiento de la Administración como límite de protección jurídica individual mediante los tribunales contencioso-administrativos IV. EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA 1. Continuación de una concentración en la protección de los derechos subjetivos públicos 2. La apertura de la jurisdicción contencioso-administrativa alemán con fines complementarios 3. La activación de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, impulsada por la Unión Europea, para reforzar la protección del medio ambiente. V.- LITERATURA EN CASTELLANO

RESUMEN En Alemania, desde hace más de 150 años, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha utilizado principalmente para proteger al individuo del Estado. Bajo la influencia del derecho de la Unión Europea, se le conceden tareas de control adicionales para proteger el medio ambiente.

ABSTRACT In Germany, for more than 150 years, the contentious-administrative jurisdiction has been used mainly to protect the individual from the State. Under the influence of European Union law, you are given additional control tasks to protect the environment.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción contencioso-administrativa | derechos del individuo | Unión Europea.

KEYWORDS: administrative court | rights of the individual | European Union

¹ Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz (Alemania), doctor honoris causa de la Universidad Santo Tomas, Bogotá. El autor le agradece a su doctoranda, la abogada Diana Sanabria Ramírez, LL.M. (Konstanz), por la traducción.

I. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA

En Alemania, llamamos “jurisdicción contencioso-administrativa” a la institución estatal en la que jueces independientes dictan sentencia sobre disputas de derecho público entre un demandante y la Administración demandada en un procedimiento judicial formal.

Le concedemos especial importancia a distinguir y delimitar la jurisdicción contencioso-administrativa de la Administración soberana. Una primera gran diferencia es la independencia de los tribunales contencioso-administrativos. Los jueces administrativos solo están sujetos a la ley. Por otro lado, deciden en la Administración funcionarios y empleados que están sujetos no solo a la ley, sino también a las instrucciones de la autoridad superior.

En segundo lugar, la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa se diferencian en los procedimientos en los que toman sus decisiones. Los procedimientos administrativos están menos estrictamente formalizados que los procedimientos judiciales administrativos. Sin embargo, sobre todo, la diferencia entre un procedimiento administrativo y un procedimiento judicial administrativo se refleja claramente en la autoridad procesal, es decir, en a quien le está permitido estipular el procedimiento y tomar la decisión. En el procedimiento administrativo, el dominio sobre el procedimiento y, por lo tanto, el poder de decisión recae en la autoridad. En el procedimiento judicial administrativo, el dominio sobre el procedimiento y el poder de decisión recaen en el tribunal. Mientras que la autoridad en el procedimiento administrativo, por ejemplo, en un procedimiento de licencia de construcción, decide como la autoridad procesal sobre la solicitud del ciudadano, ella pierde su posición superior ante el solicitante en el proceso judicial. En él los jueces independientes tienen el dominio, y de este modo se crea entre el solicitante, que ahora actúa como demandante, y la autoridad administrativa, que ahora es la demandada, un mismo rango para ambas partes. Esto conlleva ante el tribunal a una cierta igualdad de armas. El Estado de Derecho, en los procedimientos judiciales contencioso-administrativos, refuerza la posición del demandante, generalmente, un ciudadano.

II. LA HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA

La historia de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania comienza hace poco más de 150 años. Para el tiempo precedente solo se puede hablar de una historia *previa* de protección jurídica administrativa. Esta historia previa condujo, luego de largos debates político-jurídicos, a la fundación de tribunales contencioso-administrativos en el último tercio del siglo XIX en los diversos Estados alemanes. Desde 1863, el año de origen del primer tribunal contencioso-administrativo de Alemania, en esencia se dieron en Alemania cuatro épocas constitucionales, de las cuales fue marcada la jurisdicción contencioso-administrativa alemana - y aún hoy en día la marcan. Con esto me refiero a la monarquía del Imperio Alemán (1871-1918), a la primera democracia alemana en la República de Weimar (1919-1932), a la dictadura nazi (1933-1945) y a la segunda democracia alemana de República Federal de Alemania, existente desde 1949.

1. Historia previa y primeros tribunales contencioso-administrativos

Antes de 1863 no había ninguna institución estatal con las dos características fundamentales de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, a saber, 1. un control de la Administración mediante jueces independientes y 2. un procedimiento judicial en el que, como partes, ciudadanos y Administración estén frente a frente con las mismas facultades – de igual a igual – ante un tribunal, a diferencia del procedimiento administrativo.

Aunque, por supuesto, en Alemania ya mucho antes de 1863 había conflictos entre ciudadanos y Administración, en ese año fue creada por primera vez, en el pequeño Estado alemán de *Baden*, una instalación en la que se les permitió a jueces independientes controlar las decisiones de las autoridades administrativas en un procedimiento especial. Anteriormente, la revisión de las decisiones de las autoridades se daba por una autoridad superior, entonces no lo hacían jueces independientes, y tampoco en un proceso judicial que garantizara la igualdad de armas a las partes.

2. La jurisdicción contencioso-administrativa en el Imperio (1871 - 1918)

A partir de 1863 – es decir, en las décadas siguientes – surgieron gradualmente nuevos tribunales contencioso-administrativos en los otros Estados del Imperio Alemán, fundado en 1871. Especial importancia adquirió el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Prusia en Berlín, fundado en 1875 en el mayor Estado alemán de Prusia. En él decidían jueces independientes, nombrado de por vida, en un procedimiento judicial, en el que no había jerarquía entre el ciudadano y la Administración.

Sin embargo, la competencia de los tribunales contencioso-administrativos fue limitada de muchas maneras en la mayoría de los Estados del Imperio. Una primera limitación importante fue que el legislador del Imperio había implementado el llamado principio de enumeración. No se le permitía a un ciudadano demandar contra decisión alguna de las autoridades ante el tribunal contencioso-administrativo, sino únicamente contra determinadas decisiones de las autoridades enumeradas en una ley. La protección judicial del ciudadano frente a la Administración se limitó por lo tanto a la revisión de determinadas decisiones administrativas.

Una segunda limitación importante fue que, en la mayoría de los Estados del Imperio, los tribunales contencioso-administrativos solo podían verificar la legalidad de una decisión de las autoridades, más no la conveniencia de la ejecución de la discrecionalidad de la autoridad. La protección judicial del ciudadano era por lo tanto limitada, especialmente debido a que la delimitación entre la legalidad y conveniencia de una decisión de las autoridades a menudo fracasaba.

Una tercera limitación importante era que, en la mayoría de los Estados del Imperio, el ciudadano solo podía demandar contra una decisión administrativa ante el tribunal contencioso-administrativo, cuando quería defender su propio derecho. Así, se hizo particularmente importante para la jurisdicción contencioso-administrativa alemana lo que exactamente se entiende por un “derecho” del ciudadano. El concepto y contenido no estaban claros en ese entonces. Solamente había concordia en que el ciudadano no te-

nía permitido atacar con éxito, ante el tribunal administrativo, cada violación de la ley por parte de la Administración, sino únicamente esas violaciones de la ley, que vulneraban un derecho subjetivo de este ciudadano. En primer lugar, se excluyeron así las llamadas acciones populares y, en segundo lugar, las demandas contra las decisiones de las autoridades que, si bien afectan un interés, no afectan un derecho. También esta limitación de la jurisdicción contencioso-administrativa era inexacta, porque la distinción entre un derecho y un mero interés no siempre salió bien.

3. La jurisdicción contencioso-administrativa en la República de Weimar (1919-1933)

Cuando, después de la Primera Guerra Mundial perdida, el Imperio Alemán se transformó en una república democrática, la República de Weimar, la jurisdicción contencioso-administrativa se había establecido como una parte fija del Estado de Derecho. En todos los Estados alemanes ahora era posible un control de las decisiones de las autoridades por parte de los jueces. La nueva Constitución del Imperio Alemán, comúnmente también conocida como la Constitución de Weimar, en 1919 reconoció la gran importancia de la jurisdicción contencioso-administrativa y preceptuó, por primera vez con rango constitucional, que debían existir tribunales contencioso-administrativos en todos los Estados alemanes. Aunque el cambio de la monarquía a la república democrática había cambiado fundamentalmente el orden constitucional en Alemania, la jurisdicción contencioso-administrativa no se vio afectada en gran medida por este cambio. Otto Mayer, el entonces maestro alemán de derecho administrativo más famoso, describió esto de la siguiente manera: “El derecho constitucional se desvanece, el derecho administrativo permanece”. Permaneció la jurisdicción contencioso-administrativa y permanecieron sus principales limitaciones:

- el principio de enumeración,
- la separación de la legitimidad y la conveniencia de una decisión de las autoridades y
- la restricción de la jurisdicción contencioso-administrativa a la protección de los derechos subjetivos del demandante.

Aunque estas tres restricciones se discutieron ampliamente en la ciencia jurídica, la discusión no produjo resultados concluyentes en el breve período de la República de Weimar, que terminó en 1933. Después de todo, fue posible seguir desarrollando la dogmática de la discrecionalidad de las autoridades. Los tribunales contencioso-administrativos solo debían estar limitados en el control de las decisiones discrecionales, cuando la consecuencia jurídica de una norma otorgara discrecionalidad a la autoridad. Por el contrario, los tribunales contencioso-administrativos deberían poder verificar sin restricciones si la autoridad había interpretado y aplicado correctamente conceptos legales indefinidos en el supuesto de hecho de una norma. La llamada “discrecionalidad sobre el supuesto de hecho”, verificable solo de manera limitada, ya no debería existir,

únicamente la verificabilidad de la discrecionalidad en la adopción o determinación de la consecuencia jurídica de una norma (“*Rechtsfolgeermessen*”) debería ser limitada.

4. La jurisdicción contencioso-administrativa en la dictadura nacionalsocialista

Cuando en Alemania, en 1933, los nacionalsocialistas erigieron la dictadura de Adolf Hitler, eliminaron los tribunales contencioso-administrativos, pero no de forma expresa. Sin embargo, gradualmente limitaron la jurisdicción contencioso-administrativa hasta que no quedó nada de protección jurídica contra la Administración.

Como primer paso, los nazis suspendieron, en la práctica, la Constitución de Weimar. Además, exigieron a las autoridades y a los tribunales de lo contencioso-administrativo interpretar las leyes de otra manera a como se había hecho hasta entonces. Como los nacionalsocialistas no pudieron cambiar de inmediato todas las leyes producidas en el Estado de Derecho de la República de Weimar, se dispuso que las antiguas leyes, en particular sus cláusulas generales, en el futuro debían ser interpretadas “en el sentido nacionalsocialista”. Sobre todo, esta tesis fue propagada por el “jurista principal del Tercer Reich”, el catedrático del Derecho Constitucional *Carl Schmitt*. Para esta interpretación de la ley sirvió como modelo el programa político del partido nacionalsocialista (NSDAP). Dicho programa del partido, por ejemplo, fijó el principio de jerarquía o liderazgo del *Führer* (“*Führerprinzip*”), según el cual *Adolf Hitler* debía reunir todo el poder.

Para los nacionalsocialistas, el “principio de jerarquía” parecía incompatible con el control de la Administración por parte de jueces independientes. Por eso, paulatinamente, muchas competencias fueron sustraídas del ámbito de lo contencioso-administrativo. Con esta finalidad, las nuevas leyes y reglamentos solo preveían un control ante la autoridad superior en vez de un control de la Administración por tribunales independientes.

Además, los nazis propagaron que ya no habría más derechos subjetivos de los ciudadanos. Cada nacional era un miembro de la comunidad nacional, y un miembro del Estado no podría tener ningún derecho contra el Estado. Entonces esos derechos ya no necesitarían ser protegidos por los tribunales contencioso-administrativos. El desacato de los derechos del individuo en la dictadura nacionalsocialista también se reflejó en la represión de la protección judicial contencioso-administrativa. Esto contribuyó a la injusticia de la época.

III. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA HOY (REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DESDE 1949)

1. La “imagen humana” de la Constitución como fundamento de a protección jurídica contencioso-administrativa

A partir de este desarrollo en el Estado de injusticia nacionalsocialista, nuestro Estado de Derecho de hoy ha aprendido muchas lecciones. Una de ellas es: nuestra Constitución, la Ley Fundamental, hace hincapié en la importancia del ser humano en y para el Estado de una manera especial. Justo en su primer artículo, la Ley Fundamental concibe una “imagen humana” que marca inequívocamente el abandono del estado de injusticia

anterior. El art. 1, párr. 1, establece: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.” A continuación, la Constitución les garantiza y les concede a las personas, en un extenso catálogo, derechos fundamentales contra el Estado. Sobre la base de la Constitución, como también mediante leyes ordinarias y normas de menor rango, el individuo recibe derechos subjetivos públicos adicionales, que igualmente puede defender contra el Estado. La protección de todos estos derechos la garantiza la Constitución en su art. 19 párr. 4, cuya primera frase estipula: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial.” Estas pocas observaciones pueden ser suficientes para ilustrar por qué los “derechos subjetivos públicos del individuo” siguen siendo tan importantes en el ordenamiento jurídico alemán.

2. Jurisdicción contencioso-administrativa como institución para la protección de los derechos del individuo

Un instrumento importante para la defensa de todos los derechos fundamentales y otros derechos subjetivos públicos es la jurisdicción contencioso-administrativa. No el control de la Administración, sino la protección de estos derechos del individuo es el principal objetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania. En consecuencia, en Alemania, el control de la Administración por parte de los tribunales contencioso-administrativos se concentra en la protección de los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos. Los tribunales contencioso-administrativos en Alemania, por consiguiente, no sirven al control de la legalidad de las actuaciones de la Administración en general. Para ello, nosotros utilizamos en Alemania otros instrumentos, en particular, la supervisión legal de la autoridad superior sobre los entes subordinados. Mediante la concentración de los tribunales contencioso-administrativos en la protección de los derechos subjetivos estos derechos son protegidos de manera especialmente fuerte, incluso frente a las decisiones discrecionales erróneas de la Administración. Esto deja claro, una vez más, que el concepto de derecho subjetivo público en Alemania es particularmente importante. Está claro que este concepto abarca los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Estos son los derechos de defensa de los ciudadanos contra el Estado y, por lo tanto, son derechos públicos subjetivos por excelencia. Más difícil es la determinación de los derechos subjetivos públicos en la ley ordinaria. Deben ser identificados por la interpretación de las leyes. Como regla de interpretación, en Alemania, rige que una norma jurídica, que imponga obligaciones al Estado debido a su actividad soberana, le garantiza al ciudadano un derecho subjetivo público, cuando la norma no solo está destinada para proteger al público en general, sino que protege especialmente a un estrecho círculo de personas. Estamos hablando de la llamada “teoría de la norma protectora”.

Otra lección del pasado es que la protección de estos derechos no puede estar limitada por un principio de enumeración. Por lo tanto, hoy en día, el legislador ya no enumera de forma individual las competencias de los tribunales administrativos, sino que ha creado una cláusula general en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

(“*Verwaltungsgerichtsordnung*” – que por cierto ha sido traducida al español por reconocidos juristas alemanes). De acuerdo con ella, los tribunales contencioso-administrativos deciden, en principio, sobre todas las disputas públicas que no sean de carácter constitucional, si se teme la violación de un derecho subjetivo público.

Para proteger los derechos subjetivos públicos del individuo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé muchos tipos diferentes de acciones legales. Para que estos derechos puedan estar completamente protegidos, además de la acción de impugnación, hay una acción obligacional – a saber, una acción con la que ha de obligarse a una autoridad a emitir un acto administrativo –, una acción de cumplimiento – con la cual ha de condenarse a una autoridad a llevar a cabo una prestación – y una acción declarativa – mediante la cual se decide sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica disputada entre las partes. Incluso contra determinadas normas jurídicas de un menor rango al de las leyes, el individuo puede obtener protección jurídica contencioso-administrativa directa en el procedimiento especial de “control de normas”. Además, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa proporciona al demandante, mediante un procedimiento judicial “sumario”, una protección jurídica urgente adicional para los casos en que un procedimiento judicial normal sería demasiado lento para una protección legal efectiva. Esto permite al órgano jurisdiccional competente adoptar medidas provisionales hasta la conclusión del procedimiento judicial convencional.

La dogmática del derecho administrativo también se ha desarrollado aún más: hoy, la interpretación y aplicación que hacen las autoridades de conceptos indefinidos en el supuesto de hecho de una norma, en principio, puede ser examinada exhaustivamente por los tribunales contencioso-administrativos. Si la consecuencia jurídica de una norma permite a la autoridad decidir según su discrecionalidad, el ejercicio de la discrecionalidad puede ser examinado por los tribunales contencioso-administrativos. Sobre esto la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estipula (en su art. 114 frase 1):

“En tanto que la autoridad administrativa está facultada a actuar discrecionalmente, el tribunal también debe revisar si ... se sobrepasaron los límites de la discrecionalidad o si la discrecionalidad ha sido ejercida de una manera que no corresponde a la finalidad de la autorización.”

3. El funcionamiento de la Administración como límite de protección jurídica individual mediante los tribunales contencioso-administrativos

No obstante, la protección del individuo mediante los tribunales contencioso-administrativos no es ilimitada. Por ejemplo, el control de la Administración, asociado de manera concomitante con la protección del tribunal administrativo, no puede conducir a que el funcionamiento de la Administración sea puesto en peligro. Al igual que la protección jurídica contencioso-administrativa, el funcionamiento de la Administración en Alemania tiene rango constitucional, este es una parte indispensable del Estado de Derecho garantizado en la Ley Fundamental por el art. 20, párr. 3. El Estado de Derecho debe tener en cuenta ambos bienes constitucionales – la protección jurídica del ciudadano y el

funcionamiento de la Administración soberana. La tensión resultante no siempre es fácil de compensar. Hasta ahora, esto ha tenido éxito en Alemania por varias razones. Una razón es que no toda norma jurídica, que imponga una obligación al Estado, otorga al individuo un derecho subjetivo público correspondiente, sino únicamente una norma de este tipo, que tiene por objeto proteger a este individuo más allá del público en general (véase supra la “teoría de la norma protectora”). La determinación de si este es el caso se da de conformidad con los métodos de interpretación jurídica reconocidos. Otra razón es, por ejemplo, que las demandas, en principio, solamente pueden interponerse dentro de plazos legalmente determinados ante el tribunal contencioso-administrativo. Las disposiciones correspondientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no solo sirven para proteger el funcionamiento de la Administración, sino que también protegen a los tribunales de lo contencioso-administrativo de una sobrecarga. Así mismo, las disposiciones para los llamados procedimientos masivos (“*Massenverfahren*”) y los llamados procedimientos modelo (“*Musterverfahren*”) protegen a la jurisdicción contencioso-administrativa de una sobrecarga.

IV. EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA

1. Continuación de una concentración en la protección de los derechos subjetivos públicos

Sobre la base de la experiencia de la historia alemana y en vista de los fundamentos de la protección administrativa consagrados en la Constitución, es previsible, que la jurisdicción contencioso-administrativa alemana siga centrándose en la protección de los derechos subjetivos públicos en su control de la Administración. Por un lado, se trata de una limitación en comparación con un control que estaría destinado a garantizar la legalidad de todas las actuaciones de la Administración. Por otra parte, concentrarse en la protección de los derechos públicos subjetivos permite un control jurisdiccional intensivo incluso si la Administración interviene en los derechos subjetivos públicos de una persona sobre la base de conceptos jurídicos vagos, después de ponderar intereses o por consideraciones de la discrecionalidad. En consecuencia, la jurisdicción contencioso-administrativa alemana seguirá diferenciándose de organismos comparables de otros Estados, cuya jurisdicción contencioso-administrativa tiene por objeto principalmente garantizar, en interés general, la legalidad de las actuaciones de la Administración.

2. La apertura de la jurisdicción contencioso-administrativa alemán con fines complementarios

La concentración de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana en materia de protección de los derechos subjetivos públicos del individuo no se opone a la consecución de nuevos objetivos. De todos modos, cualquier proceso contencioso-administrativo para la protección de los derechos subjetivos públicos conduce automáticamente, en esta medida, al control de la Administración y, por lo tanto, también sirve al interés general en la legalidad de la actuación de la Administrativa. Pero la jurisdicción contencioso-

administrativa alemana puede estar al servicio de aún más fines, si estos están determinados por ley y siempre que esto no cuestione la protección jurídica efectiva, requerida por la Constitución, de los derechos subjetivos del individuo.

3. La activación de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, impulsada por la Unión Europea, para reforzar la protección del medio ambiente

Sobre la base de estas normas, el futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana ya ha comenzado y está determinadamente moldeado por el derecho europeo. Al igual que todos los Estados miembros de la Unión Europea, Alemania ha transferido cada vez más competencias soberanas a este organismo supranacional. La Unión Europea está emitiendo cada vez más normas jurídicas vinculantes para Alemania y cuyo cumplimiento no solamente es supervisado por tribunales alemanes, sino también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo. Para la Unión Europea no siempre es suficiente que la jurisdicción contencioso-administrativa alemana se centre en la protección de los derechos subjetivos. El cumplimiento de las normas del derecho europeo, por ejemplo, para la protección del medio ambiente, debe garantizarse por igual en todos los Estados miembros de la Unión. Esto puede requerir una revisión judicial de interés general, es decir, independientemente de los derechos del individuo. Entonces, Alemania y sus tribunales contencioso-administrativos no tienen permitido limitarse a la protección de los derechos subjetivos, cuando se examinen actuaciones estatales, siempre que estas estén basadas en el derecho europeo. Sin embargo, esto también conlleva a una sobrecarga considerable de los tribunales contencioso-administrativos. Además, el creciente número de legislación europea amplía la duración de los procedimientos contencioso-administrativos nacionales.

Esta evolución ha sido particularmente evidente en el derecho ambiental desde que, en 1987, los Estados miembros transfirieron su competencia para proteger el medio ambiente a la Comunidad Europea, que anteriormente había sido una mera comunidad económica.

Con el fin de reducir la carga sobre los tribunales contencioso-administrativos y acelerar el proceso judicial, el legislador alemán ha acortado el camino de instancias en la jurisdicción contencioso-administrativa en algunas áreas del derecho, mediante la eliminación de instancias judiciales.

Entre otros, se ven afectados los casos judiciales contra la planificación y aprobación de proyectos de infraestructura que afecten el medio ambiente, como autopistas y aeropuertos. En varios de estos grandes procesos contencioso-administrativos, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, el más alto tribunal contencioso-administrativo alemán, con sede en la ciudad de Leipzig, es hoy la única instancia. Esto no es propicio para la protección de los ciudadanos mediante los tribunales contencioso-administrativos. Al mismo tiempo, las normas del derecho europeo, cuyo cumplimiento puede ser forzado por los Estados miembros con la ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, significa que Alemania debe abandonar, en el derecho ambiental, la restricción de la jurisdicción contencioso-administrativa a la protección de los derechos

subjetivos públicos. La Ley de Recursos Jurídicos para la Protección del Medio Ambiente (“*Umweltrechtsbehelfsgesetz*”), que desde 2006 se aplica como ley especial junto a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introdujo a Alemania la acción popular en asuntos ambientales, en cabeza de las asociaciones (personas jurídicas privadas) con fines de protección del medio ambiente. Para cumplir con el derecho europeo, la ley tuvo que ser enmendada varias veces. Ahora, las asociaciones ecologistas reconocidas por el Estado pueden emprender acciones legales contra importantes decisiones de las autoridades sobre proyectos de infraestructura (por ejemplo, planificación y aprobación de carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, complejos industriales) ante los tribunales contencioso-administrativos, aunque no se trate de proteger un derecho subjetivo. Por lo tanto, en el derecho ambiental, la jurisdicción contencioso-administrativa alemana ya no solamente servirá para proteger los derechos de individuos, tampoco solo en el interés general en una Administración que actúe conforme a la ley, sino también, en particular, en la protección del medio ambiente. Esto no reduce la carga sobre los tribunales contencioso-administrativos. Está por verse cuáles consecuencias resultan para la concepción básica de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, a saber, proteger los derechos del individuo del Estado de la manera más eficaz posible.

V.- LITERATURA EN CASTELLANO

ABERASTURY, Pedro/ BLANKE, Hermann-Josef/ GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia/ SOMMERMANN, Karl-Peter: Traducción en castellano de la Ley alemana de la Justicia Administrativa, en: Pedro Aberastury/Fundación Konrad Adenauer (Eds.), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*, 2009, págs. 123 y ss.

IBLER, Martin: El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn, en: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol 22/23, Valencia 1998, págs. 185 y ss.

IBLER, Martin: La protección de los derechos fundamentales por los tribunales federales específicos y por la Corte Constitucional Federal, en: Universidad Santo Tomás (ed.), *Memorias Seminario internacional de derecho alemán*, Bogotá 2003, págs. 83 y ss.

LORENZ, Dieter: La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal de Alemania, en: Universidad Santo Tomás (ed.), *Seminario internacional de derecho alemán*, Bogotá 2003, págs. 123 y ss.

LORENZ, Dieter: La garantía de la protección judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, Res. Pública 2, Bogotá 2010, págs. 9 y ss.

MAURER, Hartmut: *Derecho Administrativo* (Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual), 17. Ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011

SCHULZE, Hagen: Breve historia de Alemania (Traducción por Ela María Fernández-Palacios), 2. Ed., Alianza Editorial, Madrid 2013, págs. 155 y ss. (Imperio Alemán), 209 y ss. (República de Weimar), 237 y ss (Dictadura nacionalsocialista), 288 y ss. (República Federal)

SOMMERMANN, Karl-Peter: El Papel de la Ley Alemana des la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho, en: Pedro Aberastury/Fundación Konrad Adenauer (Eds.), Ley de la Justicia Administrativa Alemana, 2009, págs. 1 y ss.

UHLE, Arnd/ LEHR, Marc: La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania, en: Santiago Rosado Paccheo (ed.), Modelos Europeos de Justicia Contencioso-Administrativa, Madrid 2007, págs. 89 y ss.

Un código de las relaciones entre el público y la administración. ¿Una particularidad en Francia o una particularidad francesa?

Le code des relations entre le public et l'administration.
Une particularité pour la France ou une particularité française ?

Por Hubert Alcaraz¹

Sumario: INTRODUCCIÓN. I.- LA ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO DE LAS RELACIONES ENTRE EL PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN. 1.- Una elaboración difícil. 2.- Una elaboración inédita. II.- EL PERÍMETRO DEL CÓDIGO DE LAS RELACIONES ENTRE EL PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN. 1.- Un perímetro deslindado. 2.- Un perímetro adaptado. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Resumen: Por primera vez en el derecho administrativo francés, en 2015 se adoptó y entró en vigor en 2016, tras un proceso de codificación, un código de procedimiento administrativo no contencioso a través del código de las relaciones entre el público y la administración. Fruto de un intenso trabajo de recensión y de clarificación de reglas sobre todo jurisprudenciales, que asocio miembros del Consejo de Estado, de la Comisión superior de codificación y universitarios, constituye una labor muy peculiar en la tradición jurídica francesa tanto desde el punto de vista de su método de elaboración como de la definición de su perímetro.

Palabras claves: Derecho administrativo. Francia. Código. Codificación. Procedimiento administrativo. Secreto. Transparencia.

1 Hubert Alcaraz es Catedrático de Derecho público en la Universidad de Pau y de los países del Adour en Francia y codirector de Máster de Derecho público de la Universidad de Pau (Francia). Es Vicedecano de la Universidad encargado de los másteres de Ciencias sociales y humanidades y miembro del Instituto de estudios ibéricos e iberoamericanos (Institut d'études ibériques et ibérico-américaines; CNRS UMR 7318). Hizo su tesis de doctorado en Aix en Provence y es especialista en materia de derecho público comparado, derechos fundamentales y justicia constitucional. Ha participado en distintos cursos y estancias en universidades españolas y latinoamericanas (Madrid, Sevilla, Valladolid, Barcelona, Argentina, Chile, RD) y en distintas misiones de asesoría en países latinoamericanos (Ecuador, Republica Dominicana). Tuvo el honor de participar en diversos eventos en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Email: hubert.alcaraz@univ-pau.fr

Résumé: Pour la première fois dans l'histoire du droit administratif français, en 2015 a été adopté, avant qu'il n'entre en vigueur en 2016, après un processus de codification, un code de la procédure administrative non contentieuse, le code des relations entre le public et l'administration. Fruit d'un intense travail de réunion et de clarification de règles bien souvent jurisprudentielles, qui a associé des membres du Conseil d'Etat, de la Commission supérieure de codification et des universitaires, ce code constitue une oeuvre très particulière au regard de la tradition juridique française tant du point de vue de ses modalités d'élaboration que du point de vue de la définition de son périmètre.

Mots-clefs: Droit administratif. France. Code. Codification. Procédure administrative. Secret. Transparence.

INTRODUCCIÓN

“La conciencia moderna exige que la administración actúe abiertamente. Durante mucho tiempo, se le toleraron decisiones secretas. Ahora queremos que todas nuestras decisiones y acciones sean públicas y tenemos la sensación de que lo que no se ha hecho públicamente no es regular”². Una vez más, y mucho antes de que el ordenamiento jurídico francés examinara seriamente la cuestión, el Decano de Toulouse identificó la ecuación y articuló sus términos: desde principios del siglo XX, la necesidad y las virtudes atribuidas a la transparencia actúan como indicador de un desajuste; el desajuste, o incluso la demora, que ha reinado, y que sigue reinando hasta cierto punto, entre una práctica administrativa modelada por el modelo burocrático y los usuarios que buscan, sino una transparencia absoluta con el fin de un control cuidadoso de la administración, al menos más escucha y un mínimo de consulta si no participación. Mucho de todo esto puede ser, en parte, soñado, idealizado y por qué no fantaseado. El hecho es que Maurice Hauriou arroja una luz dura sobre lo que durante mucho tiempo ha sido un culto peculiar de la administración francesa: el secreto. Pues bien, el secreto, es decir la retención voluntaria de información que da lugar a su ocultación, dificulta incluso las demandas menos exigentes de los usuarios de la administración, que luego experimentan una especie de sometimiento, sumisos y dependientes de la buena voluntad de un sistema administrativo distante.

Por supuesto, el propósito de la administración es hacerse cargo y realizar el interés general. Como sabemos, esta es tanto su razón de ser como la base de sus prerrogativas. Y esta meta asignada a la acción administrativa postula necesariamente su eficacia, es decir la consecución de la misión de interés general respondiendo al mejor equilibrio entre requisitos contradictorios, como, por ejemplo, el costo, el tiempo o incluso la restricción impuesta. Pero es también y al mismo tiempo monitorear la acción de la administración, saber si está cumpliendo con los objetivos que se le asignan y si está actuando de acuerdo con su misión. Pues bien, esto requiere información esencial sobre los mé-

2 HAURIUO Maurice, « L'absence de publicité d'une décision exécutoire ne constitue pas un vice propre de l'acte ». Note sous Conseil d'État, 27 mars 1914, *Laroche, Sirey* 1914, 3, 97.

todos operativos de la administración y, en particular, pero especialmente, la publicidad del desarrollo y de la toma de decisiones. Esto da lugar a una tensión, una tensión entre la práctica del secreto y el ideal de transparencia, que el ordenamiento jurídico francés intenta resolver desde hace varios años.

Desde este punto de vista, una de las principales, a la vez que antiguas, preocupaciones y dificultades del derecho administrativo francés radica así en lograr un equilibrio, lo más armonioso posible, entre la eficacia que se le exige a la administración y la no menos necesaria protección de los administrados contra la arbitrariedad. Tal equilibrio no es solo difícil e inestable sino también inevitablemente imperfecto. Pero no es una cuestión baladí en la medida en que en la construcción del derecho administrativo francés ha habido siempre tendencia, históricamente, a incidir en los derechos y prerrogativas de la administración pública, y ello sea cual sea la importancia de los mecanismos que el juez de lo contencioso-administrativo haya podido articular para preservar los derechos de los administrados.

De este modo, el derecho público francés se ha ido construyendo en base al poder reconocido a la administración –brazo armado del poder político– para afirmar unilateralmente³ su voluntad y ejecutarla de oficio⁴, empleando la fuerza en su caso. Es este el rasgo característico de la administración. De tal modo que el derecho administrativo, ideado y construido históricamente primero por el juez de lo contencioso-administrativo y, sobre todo por Consejo de Estado francés⁵, le otorga a la administración amplias prerrogativas para actuar. Así, la administración puede imponer una decisión mediante actos unilaterales que no siempre son recurribles ante lo contencioso (circulares, instrucciones, directrices, etc.)⁶. Sin embargo, estas prerrogativas de la administración se han ido compensando gradualmente con una serie de garantías procesales a favor de los usuarios. Pero durante muchos años, las garantías fueron principalmente imaginadas y determinadas por el juez de lo contencioso-administrativo y Francia carecía de un cuerpo general de normas aplicables a las relaciones entre la administración y los usuarios del servicio público. Solo existían algunos textos raros y dispersos⁷.

3 Esto se refiere a la figura de la “decisión administrativa” *stricto sensu*, es decir – sin ignorar las discusiones y debates a propósito de una definición clara y compartida de esta noción – una decisión adoptada unilateralmente por la autoridad administrativa y que modifica el ordenamiento. *Vid.*, entre otros, WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2020, 28^e éd., n° 423 y sig.

4 Una de la más famosa sentencia del Consejo de Estado francés es la sentencia que define las condiciones del recurso por la administración a la “ejecución de oficio”: Tribunal des conflits, 2 de diciembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*.

5 Sobre el tema de la importancia del juez y de la jurisprudencia en la elaboración del derecho público francés: VEDEL Georges, “Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel?”, *Études et Documents du Conseil d’État*, Paris, La Documentation française, 1979-1980, p. 40.

6 En este tema también la jurisprudencia es numerosa y famosa: entre otros, *vid.* Consejo de Estado (en adelante CE), sect., 18 de diciembre de 2002, *Mme Duvignères*.

7 Tal como, por ej., el decreto imperial del 11 de noviembre de 1864 relativo a las reglas que deben seguir los ministros durante los casos contenciosos.

Un nuevo paso en el tratamiento de esta tensión entre secreto⁸ y transparencia⁹, testigo de una época que favorece la segunda frente al primero, consistió, en 2015, en la elaboración de un código de relaciones entre la administración y la ciudadanía, y más precisamente, de un Código de las relaciones entre el público y la administración que constituye, un “gran paso del derecho administrativo francés”¹⁰, al menos desde un doble punto de vista. Primero, desde una perspectiva histórica, teniendo en cuenta lo que fueron las costumbres y la orientación originaria del derecho público francés, este paso merece ser saludado. Es una nueva etapa que, al menos, por su ambición y su volumen – más de 150 páginas y 500 artículos – aparece histórica. Segundo, desde un punto de vista doctrinal o teórico, la obra es igualmente llamativa puesto que este código es producto de la actuación del legislador a partir de trabajos doctrinales, lo que constituye algo muy original en el derecho público francés y, quizás, sobre todo, en el campo del procedimiento administrativo. El código es vigente desde el 1 de enero de 2016 y “pretende ser la *lex generalis* de las relaciones entre el público y la administración”¹¹. No obstante, este código es fruto de una larga evolución histórica, de anteriores fracasos y de trabajos ambiciosos matizados por un afán que fue finalmente moderada. Así que, para presentar y entender esta labor insólita, se debe examinar su elaboración propiamente dicha (§I), pero también su perímetro (§ II).

I.- LA ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO DE LAS RELACIONES ENTRE EL PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN

Aprobado por una ordenanza de 23 de octubre de 2015¹², este código es fruto de una larga evolución histórica, que permite apreciar los cambios acontecidos. Desde este punto de vista, en los últimos veinte años, o quizás un poco menos, se ha producido una verdadera inversión en el sentido en el que evolucionaba el derecho de administrativo, la preocupación principal pasando a ser -al menos oficialmente - la de defender al administrado. Así que, además de ser difícil (1), la elaboración de este código fue igualmente inédita (2).

1.- Una elaboración difícil

Jean Rivero caracterizó acertadamente ya hace más de treinta años el movimiento que conoce, y debe conocer, la acción administrativa o, lo que podríamos llamar “el po-

8 MORANGE Jacques, “Le secret en droit administratif français”, *Recueil Dalloz*, 1978, Chron. 1.

9 MARCHAND Jennifer, « Réflexions sur le principe de transparence », *Revue du droit public*, 2014, p. 677.

10 GOURDOU Jean y TERNEYRE Philippe, “L’originalité du processus d’élaboration du code : le point de vue d’universitaires membres du « cercle des experts » et de la Commission supérieure de la codification », *Revue française de droit administratif*, n° 1/2016, 2016, p. 9-11.

11 Según la acertada fórmula del informe enviado al Presidente de la República.

12 Ordenanza n° 2015-1341, de 23 de octubre de 2015, relativa a las disposiciones legislativas del código de relaciones entre el público y la administración.

der administrativo”¹³: “¿Cómo se desarrollará el proceso (de transparencia)? No lo sé y espero que se siga afirmando y ampliándose porque al final hay que volver a la conclusión que es desde hace años la de la mayoría de mis informes ...: la administración está hecha para el servicio de la persona. Una administración que no respeta la dignidad de la persona se desvía de la razón de ser de cualquier administración”¹⁴. Y en Francia, este movimiento – o, mejor dicho, esta preocupación - se inscribe en el marco general de reajuste de las relaciones entre la administración y los administrados y la lucha contra el secreto de la administración. A este respecto, el cambio se inicia a finales de los años 1970 y constituye una especie de inversión del centro de gravedad del derecho administrativo francés. En este sentido, tres textos principales merecen estar destacados. Si bien durante el período de construcción del marco de actuación administrativa parecía necesario resaltar los derechos y prerrogativas a ser reconocidas a la administración, posteriormente se constató que esta última estaba suficientemente “armada” y que había llegado el momento de preocuparse por consolidar los derechos de los ciudadanos frente a la administración. A este movimiento corresponde una serie de textos y reformas.

La primera reforma resulta de la ley de 17 de julio de 1978 “por la que se establecen diversas mejoras en las relaciones entre la administración y el público”¹⁵ y que es adoptada unos meses después de la ley de 6 de enero de 1978, de informática, archivos y libertades¹⁶. Según el articulado de la ley de 17 de julio de 1978, los administrados tienen derecho a conocer una serie de documentos de carácter no nominativo, así como aquellos nominativos de los que tengan un interés legítimo. Y en caso de que la administración obstaculice al administrado el ejercicio de este auténtico derecho a la información se puede recurrir a la Comisión de acceso a los documentos administrativos¹⁷. Un año

13 En este sentido, se ha dicho que “La administración ya no está en los Estados modernos y en la preocupación de juristas y especialistas en ciencia política o administrativa ese cuerpo pasivo movido por voluntad gubernamental sola, un simple ejecutor del ejecutivo. La administración se ha convertido en un poder. Frente a la primacía del Parlamento, se produce un aumento gradual del poder administrativo”: RIVERO Jean, “Synthèse”, in DEBBASCH Charles (coord.), *Parlement et administration en Europe*, Paris, CNRS Editions, 1982, p. 284.

14 RIVERO Jean, “Rapport de synthèse”, in DEBBASCH Charles (coord.), *La transparence administrative en Europe*, Paris, CNRS Editions, 1990, p. 216.

15 Ley n° 78-753 de 17 de julio de 1978 sobre diversas medidas para mejorar las relaciones entre la administración y el público y diversas disposiciones administrativas, sociales y fiscales, sobre la comunicación de documentos administrativos (*Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, sur la communication des documents administratifs*).

16 Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a informática, archivos y libertades. Esta ley permite a cualquier persona conocer y, en su caso, impugnar la información nominativa que le concierne y que figura en un fichero automatizado, bajo el control de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

17 Recientemente el Consejo de Estado ha integrado el derecho de acceso a los documentos administrativos entre las “garantías fundamentales para el ejercicio de las libertades públicas” en el sentido del artículo 34 de la Constitución; la materia es, por tanto, legislativa: CE, 29 abril de 2002, *Ullman*.

más tarde, la ley de 11 de julio de 1979, “sobre la motivación de los actos administrativos y la mejora de las relaciones entre la administración y el público”, se inscribe también en este marco¹⁸. La idea es bastante sencilla: cualquier decisión se basa necesariamente en una serie de motivos, es decir las razones de hecho y de derecho en las que se basa. La motivación es la explicación, en la decisión, de sus motivos; negarse a dar a conocer las razones de una decisión, ¿no acredita esto la idea de que esta decisión se basa en razones incontestables? De tal manera que esta ley acabe con una situación abusiva.

Entonces, a partir de 1978, por voluntad del legislador, deberán motivarse las decisiones individuales desfavorables, así como las decisiones individuales que se aparten de las normas generales establecidas por la ley o el reglamento. Y en esta materia, en la misma época, un texto, emanando no del legislador sino de la potestad reglamentaria, complementa el marco legal¹⁹. Por desgracia, se trata de un texto un tanto «cajón de sastre», como ocurre con demasiada frecuencia. Establece normas de importancia un tanto desigual. Por ejemplo, establece la posibilidad de que los ciudadanos invoquen instrucciones, directivas y circulares a su favor, pero igualmente la obligación de derogar un reglamento ilegal a petición de un ciudadano, la determinación de cuándo empiezan los plazos aplicables al autor de una solicitud dirigida a la administración, así como la obligación de que una administración que haya recibido erróneamente una solicitud la transmita a la autoridad competente o la aplicabilidad de los plazos de recurso sólo cuando se mencionen, así como las vías de recurso, en la notificación de una decisión²⁰. Lo que llama la atención al leer estos textos, aparte de su carácter algo heterogéneo, es la dificultad para redactarlos. Esto explica, en parte, los delicados problemas jurídicos que plantea su aplicación e ilustra la necesidad de una mejora de la accesibilidad e inteligibilidad de estas reglas.

Además, lo que este repaso demuestra es que con la aparición de estos diferentes textos se configuraba, sin embargo, progresivamente lo esencial de lo que podría llamarse un código de procedimiento administrativo – o mejor dicho de procedimiento no contencioso administrativo según una traducción literal de la expresión francesa -. La acumulación de los materiales necesarios para su elaboración hacía cada vez más inaceptable la ausencia de este. No bastaba con textos que otorgasen derechos a los administrados en su relación con la administración. También debía ser fácil para los interesados conocer su contenido. Y este iba a ser el siguiente paso para mejorar las relaciones entre la administración y los administrados, sobre todo porque la legislación europea y la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos instaban de for-

18 Ley n° 79-587 de 11 de julio de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos y al mejoramiento de las relaciones entre la administración y el público (*Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*).

19 Se trata del Decreto relativo a las relaciones entre la administración y los usuarios, de 28 de noviembre de 1983.

20 Aparecen también en este texto la obligación de obtener del administrado observaciones escritas y, en su caso, orales, antes de adoptar una decisión que le afecte o las normas aplicables a la administración consultiva.

ma acuciante a la legislación francesa a hacerlo²¹. La ausencia de un instrumento que permitiera conocer cómodamente las principales normas relativas a la relación con la administración –o, en otras palabras, el procedimiento administrativo no contencioso – era una anomalía.

De tal manera que, tras el estancamiento del movimiento de codificación jurídica, el gobierno francés decidió en 1989 crear la Comisión superior de codificación²², encargada de codificar en derecho constante el derecho relativo a un cierto número de campos²³. Sugerida en los años 1980, la idea de la elaboración de un “código de la administración” se decidió oficialmente en 1995 y se incluyó en el programa de la Comisión superior de codificación adoptado a finales de 1996, al igual que en la circular del primer ministro de 30 de mayo de 1996 sobre la codificación de textos legislativos y reglamentarios²⁴. Testimonio de la dificultad de esta labor, en dos ocasiones, el proyecto de un “código de la administración” dio lugar a un trabajo sustancial, a reuniones interministeriales o a deliberaciones de la Comisión superior de codificación, sin que, sin embargo, desembocara en el desarrollo de un “perímetro” y una estructura coherentes. Este primer intento, fallido, fue seguido por otro, también fallido, en 2004. Un año más tarde, la inclusión poco realista en un código de la Administración de las disposiciones relativas a las distintas autoridades administrativas independientes –claramente destinadas a formar parte de los diversos códigos correspondientes a las actividades regidas por dichas autoridades– llevó en 2005 a dar carpetazo a un nuevo proyecto.

Esos primeros fracasos no significaron una renuncia, pero provocaron, por cierto, un retraso en la redacción de este “código de la administración”. Esas dificultades se debieron, sin duda, primero, a su ambición de exhaustividad; una ambición vinculada a su vez a la de la doctrina de los poderes públicos, de una codificación completa (en solo cinco años) de todo el derecho francés. Al lado de este primer elemento explicativo, evidentemente, el Parlamento tiene también su responsabilidad en cuanto es por naturaleza reticente a la hora de codificar la legislación. Desde 1999, sin embargo, se ha permitido el uso de ordenanzas emitidas en base al artículo 38 de la Constitución²⁵. Pero, aún

21 TEDH, 16 de diciembre de 1992, *De Geouffre de la Pradelle*.

22 Lo hizo mediante el decreto n° 89-647 de 12 de septiembre de 1989 relativo a la composición y al funcionamiento de la Comisión superior de codificación.

23 Para decirlo de manera sintética y simplificadora, la codificación a ley constante consiste en cambiar la forma, estructura de los códigos, numeración de leyes y reglamentos, sin modificar el contenido general de la ley.

24 Circular de 30 de mayo de 1996 relativa a la codificación de textos legislativos y reglamentarios.

25 Según este artículo, “1.El gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley. 2.Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Sólo podrán ratificarse de manera expresa. 3.Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la ley”.

cuando se acompañan de la reafirmación del principio de codificación del derecho existente²⁶, las habilitaciones suelen emitirse con cautela. Sin embargo, la idea de aprovechar la redacción de un código para dotar a Francia de una normativa de procedimiento administrativo presuponía, en particular, la transcripción de muchas normas de origen puramente jurisprudencial al derecho positivo, con la consiguiente reordenación y simplificación necesaria para cumplir con el principio de accesibilidad. Por supuesto, había precedentes: así se elaboró el código general de la propiedad de las administraciones públicas²⁷. Sin embargo, no estaba claro que este precedente, estrechamente ligado a la naturaleza técnica del derecho de los bienes públicos, se pudiera transponer al procedimiento administrativo, que es infinitamente más delicado y cercano a las preocupaciones de los representantes electos. Así planteada, la labor no solo era casi titánica, sino que también sobrepasaba claramente la simple codificación del derecho existente y requería la aprobación del Parlamento. Pero la relación entre las comisiones parlamentarias y la Comisión superior de codificación, así como el apoyo al proyecto por parte del gabinete del primer ministro, permitieron seguir adelante. El objetivo era, ante todo, mejorar la accesibilidad de la ley.

2.- Una elaboración inédita

Pues la iniciativa se reimpulsó, después de que la Comisión superior de codificación pidiera que se llevara a cabo un nuevo proyecto “de forma más modesta, convirtiéndose en un código de procedimientos administrativos no contenciosos” y no, como se había previsto inicialmente, un código de organización administrativa²⁸. Así, en diciembre de 2012, el Gobierno encomendó a la Secretaría General del Gobierno, en colaboración con la Comisión superior de codificación, presidida por Daniel Labetoulle²⁹, la redacción de un código “centrado en los procedimientos y las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones”. El código es fruto de una ley de 12 de noviembre de 2013³⁰ que faculta al Gobierno para adoptar las disposiciones legislativas de un código sobre las relaciones entre el público y las administraciones. Muestra de que el proyecto estaba despertando entusiasmo, esta ley fue aprobada por unanimidad por ambas cámaras del Parlamento. Particularmente detallada, esta autorización trazó los contornos del futuro código. Lo que parece muy importante, es que además de autorizar, mediante el uso del término reglas más que el de disposiciones, la codificación de textos así como la jurisprudencia, la ley habilitante dispuso que el código se centraría en el procedimiento administrativo

26 Muy criticado hace veinte años por parte de la doctrina privatista, pero impuesto por la lógica institucional.

27 Code général de la propriété des personnes publiques (www.legifrance.gouv.fr).

28 Vid. *Rapport annuel* de la Commission supérieure de codification pour 2011, p. 23 (www.legifrance.gouv.fr).

29 LABETOULLE Daniel, “Le code des relations entre le public et l’administration. Avant-propos”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 1.

30 Ley n° 2013-1005 de 12 de noviembre de 2013 que faculta al Gobierno para simplificar las relaciones entre la administración y la ciudadanía.

no contencioso, en la medida en que rige las relaciones entre el público y las administraciones, excluyendo por lo que se trata de la organización de las administraciones, y que reagruparía únicamente las “reglas generales” que se encuentren aplicables en la materia. Estableciendo el principio de una codificación en derecho constante, la ley habilitante autorizó sin embargo que las líneas pueden moverse con respecto - en su mayor parte - a la simplificación de los trámites con las administraciones y el examen de las solicitudes, las reglas de simplificación para la retirada y derogación de actos administrativos unilaterales, el fortalecimiento de la participación pública en la redacción de actos administrativos, así como a propósito de garantías frente a cambios normativos que puedan afectar situaciones o proyectos actuales. Es decir que la ley de habilitación, al tiempo que establecía el principio de codificación con arreglo al derecho existente, autorizaba modificaciones en estos tres temas.

Entonces, la ley de habilitación del 12 de noviembre de 2013, aprobada tras una labor parlamentaria de calidad y durante el cual se alcanzó un amplio acuerdo, no suscitó ninguna reticencia: al tiempo que incluía la fórmula tradicional de que las normas codificadas son las vigentes -o, al menos, las publicadas en la fecha de la ordenanza-, autorizaba al Gobierno a “introducir las modificaciones necesarias en las normas de procedimiento administrativo” para “simplificar”. En este dispositivo, la voluntad de “simplificar las normas para la revocación y derogación de los actos administrativos” era sin duda la más innovadora y la que tenía mayor sentido. Desde este punto de vista, en efecto, las nuevas normas que el Parlamento pensaba redactar tenían como objeto un ámbito hasta entonces esencialmente regulado por la jurisprudencia y caracterizado por una gran complejidad. Ante un *corpus* demasiado complejo, la ley, con un alcance más general, estaba en mejores condiciones que la jurisprudencia administrativa para aclarar, ordenar y hacer accesible la normativa. El hecho de que un codificador tome el relevo de la jurisprudencia, no sólo por haber sido facultado, sino también invitado a aclararla, puede ser fructífero. Y la codificación del régimen de revocación y derogación de los actos administrativos ha combinado de forma eficaz las normas de la jurisprudencia y las normas codificadas por el legislador.

De manera general, este código establece una ruptura en las relaciones entre el público y la administración. Es el fruto de una voluntad política, pero también del impulso generado por la voluntad conjunta de tres autoridades administrativas: la presidencia del Consejo de Estado, la Secretaría General del Gobierno y la Comisión superior para la codificación. Desde este punto de vista, la elaboración del código procede de un método especialmente innovador (colaborativo y poco restrictivo) y de una ambición moderada. Así pues, respecto al ámbito de delimitación del código, la habilitación legislativa tiene por objeto la codificación del derecho existente del procedimiento que rige las relaciones entre el público y las administraciones, así como el régimen de los actos administrativos. También le pide al codificador - esta vez - que intervenga para “simplificar”³¹ o “reforzar” determinadas normas (instrucción de solicitudes, régimen de revocación y derogación de

31 M.-A. LEVEQUE Marie-Anne et VEROT Célia, “Comment réussir à simplifier?”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 12.

los actos, participación del público en la elaboración de los actos, cambio de reglamentación). En consecuencia, el codificador tiene un margen de acción muy amplio, pero con dos elementos que pueden suponer una limitación en el contenido: por un lado, la delimitación del código mediante la enumeración de objetos, y, por el otro, la imposibilidad de incluir en él lo que ya esté codificado. Así pues, los textos que podrían tener cabida en el código, pero que ya forman parte de otros códigos, quedan excluidos del ámbito de aplicación³². De este modo, el codificador decide también no aprovechar todas las posibilidades que se le ofrecen. Bastan un par de ejemplos para demostrarlo.

En primer lugar, el codificador se abstiene de dar definiciones que, sin embargo, podrían resultar adecuadas para facilitar el diálogo entre administraciones y ciudadanos, basándose en la simplificación de la relación, la transparencia y una mayor reactividad por parte de la administración. No existe, por ejemplo, una definición general del acto administrativo. Del mismo modo, se descarta la idea de insertar un título preliminar en el código, aunque podría haber satisfecho el objetivo de comunicación y diálogo preconizado por los promotores de la reforma: el establecimiento de una “declaración de principios del procedimiento administrativo” habría sido pertinente, y el capítulo V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre la ciudadanía podría haber sido una guía útil para su elaboración³³. Sin embargo, a pesar de la sensación de que la codificación está inconclusa, la promulgación de este Código supone, sin duda, un cambio cultural que propiciará a su desarrollo en el futuro. Pero esas cuestiones son finalmente relativas a la determinación del perímetro del código.

II.- EL PERÍMETRO DEL CÓDIGO DE LAS RELACIONES ENTRE EL PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN

El código es un código completo en el sentido de que incluye tanto las leyes y regulaciones aplicables como las relacionadas con los territorios de ultramar. A nivel formal, presenta la originalidad de hacer una sucesión de disposiciones legislativas y reglamentarias, sin distribución, como tradicionalmente, entre una parte legislativa y reglamentaria. Por lo demás, la numeración de los artículos del código es convencionalmente decimal, con la mención de la letra indicando el nivel estándar antes del número del artículo. Esta elección fue aprobada, no sin debate, tanto por la Comisión superior de codificación como por el Consejo de Estado, sobre la base en particular del volumen del código y el desequilibrio, que varía según las partes, entre el número de disposiciones legislativas y reglamentarias, desequilibrio que habría llevado la división en dos partes principales dando la impresión de un “texto con lagunas”, difícil de aprehender. Entonces el perímetro del código es, a la vez, deslindado (1) y adaptado (2) a su objeto.

32 Por ej., la ley de archivos, incluida en el código del patrimonio.

33 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 tiene, desde el 1 de diciembre de 2009 y la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, mismo rango jurídico que los tratados fundadores de la UE, y contiene un capítulo V consagrado a la ciudadanía.

1.- Un perímetro deslindado

La circunstancia de que este código está, más que ningún otro, destinado al público, en sus relaciones, que pueden ser regulares, con la administración, fue planteada por la misión codificadora para justificar una desviación de los cánones de codificación. A este propósito, tenemos que recordar que en los términos de la ley de habilitación, el nuevo código “recoge y establece las normas generales de los procedimientos administrativos” y “regula las normas generales relativas al régimen de los actos administrativos”³⁴. El artículo L. 100-1 confirma su vocación a la regulación general de las relaciones entre el público y la administración puesto que dispone: “Este código regula las relaciones entre el público y la administración en ausencia de disposiciones especiales aplicables. Salvo que se disponga lo contrario en este código, se aplica a las relaciones entre la administración y sus agentes”. Y el plan del código de relaciones entre el público y la administración pretende ser el del diálogo administrativo, desde el establecimiento del contacto entre la administración y el público hasta la solución de controversias, fase que puede conducir a la ruptura del diálogo, caracterizada por la fase contenciosa, que el código menciona in fine. En este texto encontramos las disposiciones de las grandes leyes que, desde finales de los años setenta, han regido las relaciones que mantiene la administración con los ciudadanos, usuarios, ciudadanos y empresas, entendidas en adelante bajo el término único de “público”.

En cualquier caso, la preocupación por el público está muy presente en el código. Por ello, se decidió hacer, no un código de la administración, ni siquiera un código del procedimiento administrativo, sino un código de relaciones entre el público y la administración. No es, por lo tanto, un código de la administración - lo que habría dado lugar a tratar las instituciones, las normas de organización y las cuestiones de procedimiento -. Tampoco es un código-tratado sobre el procedimiento administrativo, pese al ejercicio intelectual que supone. Es un código dedicado al diálogo administrativo, sobre las reglas generales que regulan la relación entre el público y la administración, en ausencia de reglas especiales. Este es el hilo conductor del código y ha permitido elaborar un texto relativamente coherente y funcional. Ahora bien, esa es una de las dificultades de esta codificación: no era evidente establecer la delimitación y la estructura del código, a diferencia de otras materias donde el ámbito de aplicación de las normas a codificar sirve por sí solo para diseñar el código. Aquí las normas, tanto positivas como jurisprudenciales, eran diversas y dispersas y - salvo tener pretensión de codificar toda la jurisprudencia y las normas de alguna manera relacionadas con la administración - era necesario reflexionar sobre el perímetro del código antes de determinar su alcance y su organización. Así pues, el código se organizó en torno al diálogo administrativo.

A tal fin, comienza con algunas disposiciones preliminares que definen el ámbito de aplicación del código³⁵ y, en particular, quiénes son los protagonistas de este diálogo.

34 Art. 3, II, de la ley n° 2013-1005, de 12 de noviembre de 2013, por la que se faculta al gobierno para simplificar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

35 DUBREUIL Charles-André, « Le champ d'application des dispositions du code », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 17.

Se tratan, por una parte, de la administración en sentido amplio, es decir, el Estado, las administraciones públicas territoriales, sus establecimientos públicos administrativos y, en general, todos los organismos y personas encargados de una misión de servicio público administrativo; y por otra, del público, es decir, cualquier persona, individual o jurídica, que se rija por el derecho privado, incluso la que tenga encomendada una misión pública de servicio industrial y comercial, cuando dicha misión no esté en cuestión. El código continúa con cuatro libros, todos ellos eslabones del diálogo administrativo. Así, el Libro I está dedicado a los intercambios entre el público y la administración³⁶. Empieza con las normas que rigen las peticiones o solicitudes del público, en particular cuando se hacen por vía electrónica. Después se codifican las normas ya existentes de la fase *contradictoire préalable*³⁷. Estas normas están basadas no sólo en la ley³⁸, sino también, en parte, en la jurisprudencia relativa a las medidas sujetas al principio general del derecho de defensa. Por último, el Título III del Libro I está dedicado a las distintas herramientas que permiten “la asociación del público en las decisiones tomadas por la administración”. Aquí, encontramos dos series de disposiciones inéditas. Por un lado, la exposición de los principios rectores que han de orientar la participación del público en las reformas y actuaciones previstas por la administración, cuando ésta actúe al margen de los supuestos regulados por las disposiciones existentes. Por otro lado, el énfasis en el régimen de las llamadas “encuestas públicas anónimas”, que antes se regían por el código de expropiación por motivos de utilidad pública, mientras que no eran previas a un procedimiento de expropiación y tampoco entraban en el ámbito de aplicación del código de medio ambiente³⁹. Esto asienta un régimen de derecho común para las encuestas públicas, lo cual tiene su importancia.

El objetivo es lograr una mayor participación del público en la toma de decisiones de la administración. La participación del público en las decisiones tomadas por la administración es uno de los instrumentos de la *smart regulation*, que tiene por objeto no sólo regular menos, sino también regular mejor. La idea es que si el público participa en el desarrollo de la decisión, es más probable que cumpla sus expectativas y, en consecuencia, la respete más. Encontramos, prácticamente, una codificación del derecho existente respecto a estos instrumentos tradicionales de información pública, como las encuestas públicas y comisiones administrativas consultivas, así como respecto a los instrumentos nuevos, como las consultas por internet. Por lo que se refiere a las encuestas públicas, aunque a primera vista se puede tener la impresión de que el código es muy innovador, en realidad no hace más que ahondar en la aclaración del derecho de encuestas públicas, que había dado un paso importante con la adopción, a finales de 2014, del nuevo

36 Art. L. 110-1 al art. L. 135-2.

37 Que es la garantía del procedimiento para que el administrado sea oído en determinados actos individuales o lo que podría llamarse el procedimiento contradictorio.

38 Y más precisamente en el artículo 24 de la ley nº 2000-321, de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones.

39 BON Pierre, “L’association du public aux décisions prises par l’administration”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 27.

código de expropiación por motivos de utilidad pública⁴⁰. Por lo que se refiere a las comisiones administrativas consultivas, se codifica su marco tal y como se desprende de un decreto de 8 de junio de 2006.

El Libro II trata de las decisiones tomadas por la administración⁴¹. En sus dos primeros títulos trata de la motivación de las decisiones, así como también de las normas de entrada en vigor y publicidad, mostrando, por primera vez en un texto jurídico positivo, todas las normas que rigen la materia, unificándolas de hecho incidentalmente⁴². En el segundo título de este libro encontramos también disposiciones sobre medidas transitorias inspiradas en la jurisprudencia relativa al principio de seguridad jurídica⁴³. El tercer título del Libro II está dedicado al silencio administrativo, lo que permite, una vez más, trazar las especificidades de su régimen, algo esquivo para el público y que la reforma del silencio positivo no ha hecho necesariamente más legible. Por último, el título IV de este libro contiene, como había autorizado el legislador, normas completamente nuevas y, sobre todo, radicalmente simplificadas sobre la revocación y la derogación de los actos administrativos. Desde este punto de vista, el Código consagra y amplía la regla jurisprudencial *Ternon* relativa a la revocación y derogación de todos los actos administrativos⁴⁴, con algunas excepciones, en particular en lo que se refiere a la derogación de actos reglamentarios y decisiones particulares - las cuales no son ni individuales ni generales. La reforma del derecho positivo y la simplificación jurídica son sin duda una de las principales contribuciones del código – aunque, para decir la verdad, eso no significa el fin de la tecnicidad del derecho administrativo sobre este punto particular -.

El Libro III contiene, sobre todo, disposiciones, codificadas a partir del derecho existente, relativas al acceso a los documentos administrativos y a su comunicación⁴⁵. Casi todas estas disposiciones se basan en la ley de 17 de julio de 1978 y en los decretos de aplicación de esta⁴⁶. El Libro IV trata de la cuestión de la resolución de conflictos con la administración⁴⁷. De manera general, comienza estableciendo el régimen, que hasta ahora ha sido esencialmente jurisprudencial, de los recursos administrativos. Codifica solo los elementos de base, de modo que deja un lugar importante a la jurisprudencia. También enumera todos los métodos alternativos de resolución de conflictos, poniendo de manifiesto el carácter incompleto de la legislación vigente: mediación, conciliación,

40 *Ibid.*, p. 33.

41 Art. L. 200-1 al art. L. 243-4.

42 Por ej., la ordenanza de 23 de octubre de 2015, relativa a las disposiciones legislativas del código de relaciones entre el público y la administración, deroga la ley del 11 de julio de 1979 y la motivación de los actos administrativos ahora se rige por el código.

43 Esta jurisprudencia se desarrolló sobre todo después de las importantes y famosas sentencias: CE, ass., 24 de marzo 2006, *Sté KPMG et a.*; y CE, sect., 13 de diciembre de 2006, *Mme Lacroix*.

44 CE, 26 de octubre de 2001, *M. Ternon*.

45 Art. L. 300-1 al art. L. 351-1.

46 Ley n° 78-753 de 17 de julio de 1978, ya citada. Sobre este tema, el código se complementó recientemente con la ordenanza n° 2016-307, de 17 de marzo de 2016, por la que se codifican las disposiciones relativas a la reutilización de la información pública.

47 Art. L. 410-1 al art. L. 432-1.

arbitraje o transacción. También remite a las disposiciones que rigen al Defensor de los Derechos. Y, finalmente, este libro recuerda la existencia de los recursos contenciosos, tratando de finalizar la totalidad del asunto, hasta el momento en que cesa la relación del usuario con la administración, incluso por la formación de una controversia jurisdiccional. Así que este perímetro muy definido en relación con las distintas interconexiones entre el administrado y la administración, parece también adaptado a esta realidad.

2.- Un perímetro adaptado

Considerar la adecuación del código al objeto que persigue su elaboración supone intentar valorar un poco su contenido⁴⁸. Como recordamos, esté estaba justificado tanto por cuestiones de accesibilidad del derecho y seguridad jurídica como por las limitaciones normativas que pesan sobre las autoridades públicas. El proyecto se fundamentaba en la eficacia y la accesibilidad de la acción administrativa y, en general, en la seguridad jurídica. Desde este punto de vista, los destinatarios y beneficiarios no son solo los administrados. Así, la ley de habilitación recordaba, de hecho, que los agentes responsables para llevar a cabo la acción administrativa también deben beneficiarse de esta simplificación, con una codificación que responda a una necesidad funcional. Por lo tanto, la protección de los administrados no es el único objetivo, ni siquiera el principal, que persiguen las autoridades públicas, aunque la simplificación contribuya a ello indirectamente. La política pública que se persigue, y a la que contribuye el código, tiene como objetivo principal reforzar la acción administrativa, simplificando y asegurando las normas que la rigen, más que consolidar la situación del administrado⁴⁹. Esta consolidación, por otro lado, se basaría no tanto en la modernización y el refuerzo de las garantías ofrecidas al administrado, sino en la mejora de su conocimiento de los derechos que dispone.

La prioridad que se otorga, pues, a la accesibilidad e inteligibilidad de la ley y, en general, a la seguridad jurídica, es lo que explica la decisión de redactar un código. La codificación por sí sola permite ordenar y priorizar el derecho en aras de la seguridad jurídica. La eficacia del procedimiento administrativo probablemente también haga necesario atenuar los derechos concedidos al ciudadano por razones de buena administración. Ahora bien, esta conciliación de los intereses individuales y general puede requerir, en el marco del procedimiento administrativo, una base de normas escritas suficientemente precisas para garantizar la seguridad jurídica, como la revocación, la derogación o la entrada en vigor de los actos. El objetivo es ofrecer a los ciudadanos unos derechos más claros y una mayor seguridad jurídica. Pero entiéndase que el propósito del código no es consagrar los derechos fundamentales de los administrados. No es el propósito porque este objetivo es imposible en dos aspectos: en primer lugar, las características del derecho del procedimiento administrativo dificultaban la identificación y cristalización de los derechos fundamentales del administrado; en segundo lugar, la consagración en origen

48 Para responder a la invitación de un especialista en materia de codificación: G. Braibant, "Utilité et difficultés de la codification", *Droits*, n° 24, 1996, p. 63.

49 VIALETES Maud y BARROIS DE SARIGNY Cécile, "La fabrique d'un code", *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 4.

de los derechos podía ser fuente de inseguridad jurídica⁵⁰. En cuanto al primer punto, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del procedimiento contencioso, la identificación de los derechos del administrado y su alcance sigue siendo un ejercicio delicado. En segundo lugar, la unidad de la materia sigue siendo relativa y complica la identificación de las garantías transversales⁵¹.

Se deben tener en cuenta dos variables para identificar la sustancia y el alcance de los derechos del administrado, las cuales complican los intentos de sistematizar las garantías ofrecidas al público en sus relaciones con la administración. Por una parte, el efecto de la decisión administrativa sobre la situación del administrado es decisivo para la determinación de sus derechos⁵². Los derechos procesales siguen estando limitados a los procedimientos que preceden a las decisiones que afectan a los intereses sustanciales de los administrados. Así pues, el procedimiento que conduce a la imposición de una sanción administrativa o de una orden de expulsión a un ciudadano de otro país no puede abordarse de la misma manera que el procedimiento previo a la concesión de un favor⁵³. Por otra parte, las necesidades de la acción administrativa también deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las garantías ofrecidas. Las numerosas excepciones al silencio positivo como principio ofrecen, desde este punto de vista, un ejemplo esclarecedor⁵⁴. La necesidad de conciliar este principio en favor del ciudadano con las necesidades administrativas conduce a un estado de derecho fragmentado; es decir que el número de excepciones relativiza el alcance del principio.

Por último, el carácter evolutivo de la disciplina debía conciliarse con la consagración formal de los derechos del administrado. Como señaló Mattias Guyomar, “la transición de una fuente no escrita a una fuente escrita de derecho (...) lleva intrínseca una disminución de la plasticidad de la regla, de su capacidad de adaptación y de evolución”⁵⁵. La ausencia de una declaración de derechos en el código permite, desde este punto de vista, que el juez de lo contencioso mantenga el control sobre la evolución de un asunto cuyo marco jurídico históricamente ha venido diseñando y desarrollando. Además, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos podía generar consecuencias en materia contenciosa difíciles de predecir. La exposición de la toma de decisiones administrativas a nuevos derechos procesales planteaba dificultades tanto desde el punto de vista de la continuidad administrativa, por el riesgo de anulación contenciosa, como de la buena administración de la justicia, por la multiplicación de los recursos interpuestos por este

50 SAUNIER Sébastien, “L’association du public aux décisions prises par l’administration”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2426.

51 MELLERAY Fabrice, “Les apports du CRPA à la théorie de l’acte administratif unilatéral”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2491.

52 *Ibid.*

53 EVEILLARD Gweltaz, “La codification des règles de retrait et d’abrogation des actes administratifs unilatéraux”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2474.

54 Art. L. 231-1 que codifica el art. 1 de la ley de 12 de noviembre de 2013.

55 “L’ordonnancement des normes: la valeur des codes - Approche contemporaine”, *in Les sources du droit à l’aune de la pratique judiciaire*, 11 déc. 2014, Colloque à la Cour de cassation, publicado en *Rapport* annuel de la Commission supérieure de codification, 2015.

medio. Sin embargo, en términos generales, observo que la decisión lógica de centrarse exclusivamente en un código para las relaciones entre el público y la administración es inestructiva. En primer lugar, demuestra la complejidad de un ámbito del derecho administrativo que, por razones de seguridad jurídica y de buena administración, no puede reducirse a la simple afirmación de derechos y libertades fundamentales. Esta elección revela también la dificultad de desarrollar garantías transversales para los administrados, lo que pone de manifiesto los límites de la unidad del derecho de procedimiento administrativo, dividida en múltiples procedimientos con consecuencias muy variables sobre la situación de los administrados.

Finalmente, proporciona información sobre el lugar que el juez de lo contencioso ha de mantener en la determinación e interpretación de los principios y garantías que estructuran el procedimiento administrativo. En definitiva, lejos de poner punto final a la labor de sistematización del derecho de procedimiento administrativo, este código de relaciones entre el público y la administración – que supone la culminación de un proyecto iniciado veinte años atrás - constituye sin duda el primer eslabón, modesto pero histórico. Y para terminar con Jean Rivero, con quien iniciamos este estudio, podemos subrayar que “El levantamiento del secreto administrativo, el desarrollo de las encuestas públicas, así como la evolución del procedimiento administrativo ignorado durante mucho tiempo en la mayoría de nuestros países, van en la dirección de una nueva forma de democracia”⁵⁶. Entonces, dejamos la última palabra a uno de los principales artífices de esta obra de codificación, en la persona de Daniel Labetoulle⁵⁷: este código es “una culminación, pero también un punto de partida, y en ningún caso un punto final. Algunas páginas quedan por completar, otras, tal vez, por escribir. Quizás incluso más que ningún otro, el código de relaciones entre el público y la administración debe mantenerse vivo”⁵⁸.

56 RIVERO Jean, “Rapport de synthèse”, in C. Debbasch (coord.), *La transparence administrative en Europe*, *op. cit.*, p. 217.

57 LABETOULLE Daniel, “Le code des relations entre le public et l’administration. Avant-propos”, *op. cit.*, p. 2.

58 Y la verdad es que, desde su entrada en vigor, este código se ha enriquecido. En primer lugar, en su mayor parte, las disposiciones relativas a la desmaterialización del *Journal officiel* (equivalente francés del Boletín oficial del Estado ; L. n° 2015-1713 de 22 de diciembre de 2015 relativa a la desmaterialización del Journal officiel de la République francesa), a la reutilización de la información pública (ley n° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016, para una República digital), a los intercambios digitales y modos alternativos de resolución de conflictos (ley n° 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 sobre la modernización de la justicia en el siglo XXI). Luego se introdujeron muchos cambios mediante la ley n° 2018-727 de 10 de agosto de 2018 para un Estado al servicio de una sociedad de confianza.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BON, P, “L’association du public aux décisions prises par l’administration”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 27.
- BRAIBANT, G “Utilité et difficultés de la codification”, *Droits*, n° 24, 1996, p. 63.
- Commission supérieure de codification, *Rapport annuel pour 2011*.
- Commission supérieure de codification, *Rapport annuel pour 2015*.
- DUBREUIL, C.-A., «Le champ d’application des dispositions du code », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 17.
- EVEILLARD, G, “La codification des règles de retrait et d’abrogation des actes administratifs unilatéraux”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2474.
- GAUDEMET, J, “La codification de la procédure administrative non contentieuse en France”, *Recueil Dalloz*, 1986, 107.
- GONOD, P., “La codification de la procédure administrative”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2006, p. 489.
- GONOD, P., “Codification de la procédure administrative, La fin de «l’exception française»”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2014, p. 395.
- GOURDOU J y TERNEYRE, P., “L’originalité du processus d’élaboration du code : le point de vue d’universitaires membres du «cercle des experts» et de la Commission supérieure de la codification», *Revue française de droit administratif*, n° 1/2016, 2016, p.9.
- GUYOMARD, M, “L’ordonnancement des normes: la valeur des codes - Approche contemporaine”, in *Les sources du droit à l’aune de la pratique judiciaire*, 11 déc. 2014, Colloque à la Cour de cassation, publicado en *Rapport annuel* de la Commission supérieure de codification, 2015.
- HAURIOU, M. « L’absence de publicité d’une décision exécutoire ne constitue pas un vice propre de l’acte ». Note sous Conseil d’État, 27 mars 1914, *Laroche, Sirey* 1914, 3, 97.
- LABETOULLE, D., “Le code des relations entre le public et l’administration. Avant-propos”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 1.
- LEVEQUE M.A, et VEROT, C., “Comment réussir à simplifier?”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 12.
- MARCHAND, J., « Réflexions sur le principe de transparence », *Revue du droit public*, 2014, p. 677.

- MELLERAY, F., “Les apports du CRPA à la théorie de l’acte administratif unilatéral”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2491.
- MORANGE, J., “Le secret en droit administratif français”, *Recueil Dalloz*, 1978, Chron. 1.
- RIVERO, J., “Synthèse”, in C. Debbasch (coord.), *Parlement et administration en Europe*, Paris, CNRS Editions, 1982, p. 284.
- RIVERO, J., “Rapport de synthèse”, in C. Debbasch (coord.), *La transparence administrative en Europe*, Paris, CNRS Editions, 1990, p. 216.
- SAUNIER, S., “L’association du public aux décisions prises par l’administration”, *Actualité juridique Droit administratif*, 2015, p. 2426.
- VEDEL, G. “Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?”, *Études et Documents du Conseil d’État*, Paris, La Documentation française, 1979-1980, p. 40.
- VIALETES M. y BARROIS DE SARIGNY, C., “La fabrique d’un code”, *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 4.
- WALINE, J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2020, 28^e éd.

Jerarquía normativa de los reglamentos centroamericanos en Costa Rica: su indebida conceptualización en el foro jurídico nacional

Por Jorge Leiva Poveda¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN, II. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO, III. LAS ARENAS MOVEDIZAS DEL DERECHO COMUNITARIO COMPARADO, IV. LA TENTACIÓN DE VER EL DERECHO COMUNITARIO CENTROAMERICANO DEL SIGLO XX, A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DEL SIGLO XXI, V. LAS DOS CATEGORÍAS DE FUENTES EN EL DERECHO COMUNITARIO, 1. El Derecho Comunitario Originario o Primario, 2. El Derecho Comunitario Derivado o Secundario, VI. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO NACIONAL, 1. En la Comunidad Andina, 2. En el MERCOSUR, 3. En la Unión Europea, VII. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL DERECHO DERIVADO EN EL SICA, 1. El Principio de Primacía en la Sala Constitucional, 2. El Principio de Primacía en el Derecho Comunitario Originario Centroamericano, 3. El Principio de Primacía en la Corte Centroamericana de Justicia, VIII. LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS REGLAMENTOS CENTROAMERICANOS EN EL “ORDENAMIENTO” JURÍDICO DE COSTA RICA, IX. CONCLUSIONES, X. BIBLIOGRAFÍA.

1 El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), es Máster en Protección en Derechos Humanos y Especialista en Derecho Internacional Público ambos grados por la Universidad de Alcalá de Henares (España), además es Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca (España) y cuenta con un Diplomado en Derecho Público del Siglo XXI por University for Peace (Costa Rica) y Universität Heidelberg (Alemania). Actualmente labora como Juez en Propiedad de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de San José, Costa Rica, órgano con competencia nacional en materia contencioso administrativa. Ha sido profesor universitario de Derecho Público y Derecho Administrativo y es profesor de Derechos Humanos y Contencioso Administrativo de la Escuela Judicial del Poder Judicial de la República de Costa Rica. Se ha desempeñado como letrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y como abogado litigante en temas de Derecho Público. Es autor de libros, videos y artículos especializados en materia de Derecho Público interno e internacional, Derecho Administrativo y Derechos Humanos publicados en diversos países de América y Europa. Correo electrónico de contacto: jorgeelp@hotmail.com

Resumen: Cuando se habla de Derecho Comunitario normalmente se piensa en la Unión Europea, sin embargo, este tipo de procesos de integración también tiene profundas raíces en Latinoamérica y dentro de ella, América Central no es la excepción. No obstante lo anterior, el Derecho Comunitario Centroamericano es poco conocido pese a que enormes sectores de la vida económica de la región se regulan a través de él, principalmente mediante los Reglamentos Centroamericanos, normas respecto de las que existe un profundo desconocimiento en lo que hace a: su existencia, naturaleza jurídica y jerarquía normativa.

Abstract: When we talk about Community Law, we usually think of the European Union, however, this type of process also has deep roots in Latin America and within it, Central America is no exception. Notwithstanding the foregoing, Central American Community Law is little known despite the fact that enormous sectors of the economic life of the region are regulated through it, mainly through Central American Regulations, norms regarding which there is a profound lack of knowledge in what it does. a: its existence, legal nature and normative hierarchy.

Palabras clave: SICA, Sistema de Integración Centroamericana, Derecho Comunitario Centroamericana, Reglamento Centroamericano, Reglamento Técnico, Fuentes, Principio de Primacía del Derecho Comunitario.

Key words: SICA, Central American Integration System, Central American Community Law, Central American Regulations, Technical Regulations, Sources, Principle of Primacy of Community Law.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien a la fecha el tema de los *reglamentos centroamericanos* o *reglamentos técnicos centroamericanos*, requiere de un importante análisis en lo que hace a su sistema de eficacia en especial en lo que respecta a su entrada en vigencia y su publicación oficial (esto es en cuál diario oficial se deben publicar), el desconocimiento de la existencia de esta clase de normas por parte de las y los abogados y el triste abordaje de su naturaleza jurídica de las autoridades de los Poderes Ejecutivo y Judicial de Costa Rica, obligan a una reflexión inicial sobre su naturaleza jurídica, mereciendo algunas breves palabras a partir de la libertad de cátedra.

En la novela del escritor Mark Twain titulada *The Prince and the Pauper* (El Príncipe y el Mendigo), ambos personajes intercambian puestos aprovechando su parecido físico, y en ese contexto un joven mendigo llega a ser tratado como príncipe, solo a partir de sus semejanzas con el otro personaje.

Como veremos en los apartados siguientes, contrario a las reglas elementales de funcionamiento de los sistemas de Derecho Comunitario, en lo que hace a su jerarquía normativa los Reglamentos Centroamericanos nacieron en nuestro ámbito como “*mendigos*”, entendido ello en relación con su posición en la jerarquía de normas. No

obstante lo anterior, en razón de su aparente parecido con los reglamentos comunitarios de otros sistemas, en especial con los de la Unión Europea, los cuales son verdaderos príncipes de los ordenamientos jurídicos del viejo continente, en el sistema costarricense las reglamentaciones regionales han llegado a disfrutar -de hecho- de tal condición.

¿Será que las y los operadores jurídicos locales acuden con excesivo afano a la doctrina europea para interpretar la normativa comunitaria local, negociada y vigente en Centroamérica, prescindiendo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de nuestro istmo que se ha dedicado a estudiar estos temas a la luz de sus particularidades? Aquí veremos nuestra realidad.

Ahora toca hacer una pregunta de particular importancia ¿Qué relevancia práctica tiene el estudio de este tipo de normas, más allá de las emitidas en materia aduanera? Como respuesta se puede indicar que, a la fecha han sido promulgados más de 150 reglamentos centroamericanos que regulan una amplísima parte de la actividad económica de la región. Solo a manera de ejemplo se puede referir que, entre otros temas delegados a este tipo de normativa, están las siguientes: 1- etiquetado general de los alimentos previamente envasados (preenvasados), 2- etiquetado de bebidas alcohólicas, fermentadas, productos lácteos mantequilla y otros derivados, 3- derivados del petróleo, 4- fertilizantes, plaguicidas e insumos agrícolas, 5- productos farmacéuticos para uso humano y animal, 6- productos cosméticos, 7- medicamentos veterinarios, productos afines y sus establecimientos requisitos de registro sanitario y control, 8- prácticas desleales de comercio, y, 9- medidas de salvaguardia, lo anterior, se reitera, entre muchísimos otros.

II. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Quienes se han adentrado en la investigación de doctrina relativa a la así denominada Parte General del Derecho Administrativo², habrán constatado de primera mano que el abordaje de temas de Derecho Comunitario en tratados y manuales de esta fascinante área del Derecho Público se ha convertido en un estándar mínimo de completez de cada obra académica, en lo que hace al estudio de esta disciplina de las Ciencias Jurídicas.

De la misma manera que la transferencia de una competencia administrativa del Estado a un ente descentralizado y su ejercicio por este último, no hace que ese tema deje de ser objeto de estudio del Derecho Administrativo en el tanto esta sigue enmarcada en el ejercicio de la Función Administrativa, tampoco la transferencia de competencias de entes de las administraciones públicas nacionales, a administraciones comunitarias que han sido creadas a través de tratados internacionales, provoca que esta temática sea desterrada del Derecho Administrativo.

Las administraciones públicas comunitarias no tienen como finalidad gestionar atribuciones en el contexto de relaciones internacionales, sino que más bien procuran el ejercicio concertado de sectores específicos de la Función Administrativa en un conjunto

2 MAURER, Hermut (2012). Derecho Administrativo Alemán. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12048> pag. 20.

de Estados, que han acordado ceder determinados ámbitos de su soberanía a estas entidades. Tales órganos *supra* estatales no funcionan en el contexto y con las reglas del Derecho Internacional Público Contemporáneo, sino que se relacionan directamente con las personas que se encuentran en los territorios de los Estados parte de la respectiva comunidad de naciones, interactuando como verdaderas administraciones públicas -lo anterior, claro está con ciertas particularidades-.

Aquí se debe aclarar que en razón del objeto del presente artículo académico, en este texto se estudiará un aspecto concreto en lo que hace a la transferencia de competencias de ámbitos específicos de la Función Administrativa, a saber, la jerarquía normativa de los actos producto de la transferencia de la potestad reglamentaria en determinadas materias, no obstante lo anterior, no está de más agregar en este punto que, de una rápida revisión de obras relativas al Derecho Comunitario, el lector de esta obra podrá entender que, dependiendo del diseño y grado de evolución en la implementación del esquema Comunitario elegido, hoy ya existen sistemas de integración regional que han comenzado a transferir a sus instituciones comunitarias, materias relativas al ejercicio de la Función Judicial y de la Función Legislativa, tema que por no ser el objeto del presente artículo será abordado en otro momento.

III. LAS ARENAS MOVEDIZAS DEL DERECHO COMUNITARIO COMPARADO

Aquí es imprescindible aclarar a quien lea estas consideraciones que, al momento de buscar textos de Derecho Comunitario para comprender el funcionamiento de algún sistema de integración en particular, sea; la Comunidad Andina, el MERCOSUR, el Sistema de Integración Centroamericana o la Unión Europea, se debe tener presente que pocas áreas de las Ciencias Jurídicas dependen tanto de factores metajurídicos como el Derecho Comunitario: el cual está poderosamente condicionado por: la historia, la ideología, la política, la economía, entre muchos otros temas. Son tales factores los que determinarán la conformación de las instituciones que en cada sistema se creen, así como las competencias y atribuciones que los Estados miembros de aquella comunidad decidan transferir de sus órganos internos a las instancias comunitarias.

Utilizar doctrina de un sistema para entender y explicar la fenomenología jurídica de otro, equivale a intentar conocer el funcionamiento de cualquier artículo o máquina compleja, con un manual de otro distinto. Tal práctica entraña un enorme riesgo, si no se tiene conciencia de que se trata de objetos distintos que aunque similares en algunos elementos, tienen particularidades propias.

IV. LA TENTACIÓN DE VER EL DERECHO COMUNITARIO CENTROAMERICANO DEL SIGLO XX, A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DEL SIGLO XXI

Si existió un momento en el que pudieron compararse desde el punto de vista jurídico, los procesos de integración centroamericano y europeo, ello ocurrió hace aproximadamente 50 años durante la década de los años sesenta del siglo XX, y aún en aquel entonces, tan aventurada empresa entrañaba importantes riesgos, pues amén

de las posibles simetrías jurídicas, las diferencias en temas político-democráticos y económicos, ya para aquel momento eran tan grandes como el océano Atlántico que geográficamente separa ambos sistemas.

El proceso histórico de integración Centroamericana, pre-existente al Derecho Comunitario por más de un siglo, comenzó a utilizar estas formas jurídicas en los años sesenta del siglo anterior, ello mediante la creación de la Organización de Estados Centroamericanos -ODECA-, esto a partir del tratado internacional del mismo nombre, el cual fue ratificado por Costa Rica mediante Ley 3366³.

Al no ser este un análisis del proceso de evolución del Derecho Comunitario Centroamericano, baste por el momento con indicar que nuestro esquema actual de integración, data de inicios de la década de los años noventa del siglo XX, con la adopción del *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA*, tratado que modificó todo el esquema institucional dando origen al Sistema de Integración Centroamericana, comúnmente conocido como (SICA). Dicho tratado fue incorporado al “ordenamiento” jurídico costarricense mediante Ley 7502, promulgada en el año 1995⁴.

El tratado anterior, fue complementado por el *Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana*, conocido por el nombre de *Protocolo de Guatemala*, el cual se incorporó a nuestro “sistema” normativo mediante Ley 7629, emitida en el año 1996⁵. Este instrumento internacional creó un subsistema para temas económicos denominado SIECA. La referida convención fue reformada posteriormente, mediante otro tratado el cual fue designado como *Enmienda al Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala)*, incorporado a nuestro bloque de legalidad mediante Ley 8319⁶. Estas dos normas actualizaron el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, el cual había sido aprobado por Costa Rica en 1963, mediante la Ley 3150⁷.

Finalmente, también en aquella década de los noventa, es emitido el Tratado de Integración Social Centroamericana. Esta convención internacional se incorporó al “ordenamiento” jurídico nacional mediante Ley 7631 en el año 1996⁸. Estos instrumentos se complementan con el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica⁹, del cual Costa Rica no forma parte.

3 Carta de Organización Estados Centroamericanos ODECA, aprobado por Ley No. 3366, de 6 de agosto de 1964.

4 Protocolo de Tegucigalpa de la Carta de la ODECA, aprobado por Ley No. 7502, de fecha 3 de mayo de 1995.

5 Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Guatemala) Protocolo de Guatemala, aprobado por Ley No. 7629, de fecha 17 de octubre de 1996.

6 Enmienda al Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala), , aprobado por Ley No. 8319, de fecha 15 de noviembre de 2002.

7 Tratado General de Integración Económica Centroamericana, aprobado por Ley No. 3150, de 13 de setiembre de 1963.

8 Tratado de Integración Social Centroamericana, aprobado por Ley No. 7631, de 11 de octubre de 1996.

9 Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, visible en https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html

Como ha podido observarse, nuestro sistema comunitario tiene sus bases en un conjunto de tratados internacionales, cuyo proceso de negociación y firma aconteció en la segunda mitad de los años ochenta y en el primer lustro de la década de los noventa.

Hoy el SICA cuenta con cerca de 30 años de no experimentar ningún tipo de transformación de mediana y menos de gran envergadura, y está conformado por: Belize, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

Este sistema, ya añejo, es el que algunos pretenden entender a través de la doctrina europea reciente, ello no obstante en los últimos treinta años aquel sistema comunitario ha vivido una vorágine de grandes transformaciones, provocando que grandes desarrollos doctrinales queden desactualizados a los pocos años de su publicación. Así a manera de ejemplo se puede enumerar algunos de los principales tratados que en este periodo se han emitido al otro lado del Atlántico.

En 1993 se firmó el Tratado sobre la Unión Europea, conocido como el Tratado de Maastricht¹⁰, que da paso al establecimiento de la Unión del mismo nombre. En 1999 nace el Tratado de Ámsterdam¹¹ reformando su sistema de instituciones. En 2003 mediante el Tratado de Niza¹² se varió la composición y sistema de voto en sus principales órganos, y finalmente en 2009 es emitido el Tratado de Lisboa¹³, mediante el cual se reestructuró un sector importante de la Unión Europea.

Si en el propio contexto europeo se requiere un muy cuidadoso análisis al momento de determinar a cuáles fuentes doctrinales recurrir cuando se trata de buscar en ellas criterios para la resolución judicial de un asunto, más puntillosa y detallada debería ser la labor de quienes pretendan aplicar doctrina europea en la atención de asuntos comunitarios centroamericanos, pues siempre se deberán tener en cuenta nuestras particularidades culturales, económicas y políticas, las que tal vez no está de más decir, no necesariamente son iguales a las de los Estados del viejo continente que conforman la Unión Europea, y que condicionaron los textos de nuestros tratados de integración en una dirección distinta a la del viejo continente.

La cautela recién referida debe ser aún mayor si se recurre a textos recientes, pues ellos responden a las particulares características de aquella región del mundo en las primeras dos décadas del siglo XXI.

10 Tratado de la Unión Europea, Tratado de Maastricht, <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>

11 Tratado de Ámsterdam <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-amsterdam>

12 Tratado de Niza <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-nice>

13 Tratado de Lisboa <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/powers-and-procedures/the-lisbon-treaty>

V. LAS DOS CATEGORÍAS DE FUENTES EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. El Derecho Comunitario Originario o Primario

Únicamente con la finalidad de facilitar a quien lea estas líneas el entendimiento de la terminología aquí utilizada, y aclarando que no se está ante un manual de Fuentes del Derecho, se debe precisar que en esta categoría incorporamos las Convenciones y Tratados, que regidas por el Derecho Internacional Público, y reguladas en particular por el *Principio Pacta sunt servanda*, dan origen a entidades en las cuales los Estados partes de una comunidad (y aquí su nota característica), no solo asumen obligaciones recíprocas entre ellos, sino que además crean instituciones supraestatales y les transfieren competencias que de forma ordinaria y en aplicación de las Soberanías Nacionales, estarían a cargo de órganos internos de cada Estado, permitiéndose en muchos casos la interacción directa entre los órganos de aquellas entidades y las personas que se encuentran en sus territorios, habilitándolas además, para la emisión de disposiciones de naturaleza también jurídica que formarán parte del “sistema” normativo.

En lo que hace al Derecho Comunitario Originario o Primario, puede afirmarse que sus fuentes se rigen por las reglas del Derecho Internacional Público contemporáneo, en particular por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

2. El Derecho Comunitario Derivado o Secundario

Una de las principales características del Derecho Comunitario es la capacidad de que ciertas instituciones creadas a partir del Derecho Originario, puedan emitir normas jurídicas de aplicación inmediata y directa, no solo a los Estados miembros de cada comunidad, sino también a las personas físicas -naturales- o jurídicas que se encuentren en sus territorios, sin que para ello sean necesarios los procesos de ratificación mediante ley de los respectivos parlamentos, trámite necesario en materia de aprobación de convenios y tratados internacionales. Esta característica no es la única, pues más adelante volveremos sobre la segunda nota distintiva que generalmente concurre cuando se estudia Derecho Comunitario, este es el Principio de Primacía del Derecho Comunitario.

Aquí resulta importantísimo hacer varias precisiones. En todos los sistemas de integración regional, el Derecho Comunitario Derivado es muy distinto del existente en los otros procesos de integración, no obstante su denominación o las traducciones más aceptadas de estas, puedan indicar algún nivel de similitud.

Como se precisó arriba, el sistema de instituciones y las competencias nacionales que en cada región son transferidas a ellas, son diferentes y obedecen a momentos históricos y a las circunstancias sociales y político-económicas imperantes tanto a lo interno de los Estados como en sus relaciones entre sí. La frecuente utilización de los términos “Comisión”, “Consejo”, “Parlamento” o “Comité”, en nada determinan las competencias intrínsecas de los órganos o de las instancias que son designadas con ellas. Tal vez, la única excepción a la fecha es la relativa a los Tribunales Comunitarios en donde, sin existir una equiparación absoluta de las atribuciones de tales Cortes, en su funcionamiento sí presentan importantes similitudes. Estos órganos son: en la Comunidad

Andina la instancia judicial se denomina *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*¹⁴; en el caso del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), el órgano judicial recibe un nombre poco afín a su naturaleza de órgano comunitario y más relacionado con la historia de la región, tal denominación es la de *Corte Centroamericana de Justicia*¹⁵; por su parte, en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), las labores judiciales están a cargo del *Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*¹⁶; finalmente, en la Unión Europea funciona el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*¹⁷.

Aquí se debe aclarar que ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son instancias que formen parte de un proceso de integración, ni se rigen por el Derecho Comunitario. Ambas Cortes son instituciones típicas del Derecho Internacional Público Contemporáneo.

Regresando al tema objeto de este apartado, se tiene que es justamente la jerarquía normativa de este Derecho Comunitario Secundario en el “ordenamiento” jurídico costarricense, el objeto del presente artículo académico.

La citada jerarquía, se adelanta desde ya, está dada en primer término por el Derecho Comunitario Originario Centroamericano, y sobre este punto se ahondará más adelante, basta con decir por el momento que, también dentro del propio Derecho Derivado del SICA, existen importantes regulaciones sobre este tipo de normativa secundaria que, remarca aún más las diferencias de este Derecho de segundo nivel, de aquellos otros también secundarios en los otros sistemas.

Entre las normas más importantes en esta materia en nuestro entorno, puede mencionarse el Reglamento para la adopción de decisiones del SICA¹⁸, texto normativo que define los distintos actos normativos derivados en este sistema, a saber: las decisiones, las resoluciones, los reglamentos, los acuerdos, etc., y su régimen de validez y eficacia. El otro texto derivado de especial importancia en esta materia es el Reglamento de la gaceta oficial digital del SICA¹⁹, articulado que complementa la reglamentación anterior en lo que respecta a la publicidad del Derecho Derivado.

VI. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO NACIONAL

Líneas atrás se habló de la aplicación directa del Derecho Comunitario Derivado como una de sus características, pues bien, la otra condición que también está -o debería

14 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-> Visto el 4 de julio de 2021.

15 Corte Centroamericana de Justicia. <http://portal.ccej.org.ni/ccj/> Visto el 4 de julio de 2021.

16 Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. <https://www.tprmercursosur.org/es/> Visto el 4 de julio de 2021.

17 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/ Visto el 4 de julio de 2021.

18 Reglamento para la adopción de decisiones del SICA. https://www.sica.int/documentos/reglamento-para-la-adopcion-de-decisiones-del-sica_1_83233.html Visto el 4 de julio de 2021.

19 Reglamento de la gaceta oficial digital del SICA https://www.sica.int/documentos/reglamento-de-la-gaceta-oficial-digital-del-sica_1_83298.html Visto el 4 de julio de 2021.

estar presente en el caso del Derecho Secundario Centroamericano-, es su carácter de prevalente sobre las normas nacionales.

El Principio de Primacía del Derecho Comunitario -originario y derivado- es una condición necesaria para su funcionalidad, pues a la fecha esta ha sido la única vía que permite que un bloque de Estados articule de la misma manera determinados temas de la actividad administrativa que han sido transferidos a los órganos comunitarios.

Un escenario en dirección opuesta, esto es, un Derecho Comunitario en donde los parlamentos nacionales puedan establecer otras vías de actuación -aunque esto sea en normas con rango de ley-, llevan a que tarde o temprano los Estados parte concluyan que no se está ante un verdadero Derecho Comunitario, sino ante un escenario de cooperación voluntaria de los países miembros, manera en la que funciona de forma ordinaria el Derecho Internacional Público Contemporáneo.

De previo a revisar la dirección en que se ha abordado el tema del Principio de Primacía del Derecho Comunitario Derivado en el SICA, se repasarán los alcances de este instituto en los principales sistemas de integración a saber: la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la Unión Europea.

Como se verá, el elemento común en todos estos sistemas de integración es que no tienen disposiciones de Derecho Comunitario que desconozcan o maten el Principio de Primacía bajo análisis, razón por la cual sus órganos judiciales le han dado cabida vía jurisprudencia.

El caso en Centroamérica es distinto como se verá más adelante, ello con la excepción de Costa Rica, sin que esta particularidad nacional sea motivo de un júbilo prematuro. Sobre esto se volverá más adelante.

1. En la Comunidad Andina

Al momento de la publicación de este artículo la Comunidad Andina está integrada por: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En lo que hace al tema del Principio de *Primacía del Derecho Comunitario* se tiene que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha analizado el tema en los siguientes términos:

“b. Derecho derivado.-

“Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos – derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional -derecho derivado regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una “competencia de atribución a dichos órganos”. (...)

Las normas comunitarias están investidas de dos principios esenciales: el de preeminencia, por el cual prevalecen sobre las normas internas, las cuales serán inaplicables en caso de contradicción con las comunitarias, y el otro, de aplicación directa en los Países Miembros, acto que se produce tan pronto las Decisiones y las Resoluciones sean publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (artículo 3). Este mismo principio se mantenía respecto a las Resoluciones de la Junta en el artículo 13 del Reglamento que regía ese cuerpo colegiado. De manera equivalente el artículo 15 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, contenido en la Decisión 325, señala que las Resoluciones de la Secretaría General “entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale fecha distinta”.²⁰

Aquí es menester destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no solo no hace ningún tipo de matización en lo que respecta al Principio de Primacía del Derecho Comunitario Derivado, sino que incluso, le da expresa cabida.

2. En el MERCOSUR

A la fecha de emisión de este trabajo de investigación el MERCOSUR está integrado por: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. En el contexto de este proceso de integración el *Principio de Primacía* ha sido abordado por parte del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en los siguientes términos:

“C. Prevalencia de la norma del Derecho de Integración sobre la Ley Nacional.

1. Las tres características básicas del Derecho Comunitario son: i) aplicación inmediata, ii) el efecto directo, iii) la prevalencia normativa sobre el derecho interno. (...). Siendo ello así, se concluye que tal tercera característica es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración, con lo cual este TPR cumple su responsabilidad institucional al respecto declarándolo así.

2. Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del Mercosur sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión.

3. El argumento principal debe ser siempre este, el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario. Se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo.”²¹

20 Sentencia del Tribunal Andino de fecha 11 de febrero de 1999, en la acción de incumplimiento presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, proceso 3-AI-98.

21 Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva 1/2007, de fecha 3 de abril de 2007.

Claramente el tratamiento dado al tema en el cono sur no es distinto al brindado en la región andina, y como se verá a continuación, tampoco difiere del abordaje europeo del tema.

3. En la Unión Europea

A la fecha y tras la salida del Reino Unido del principal proceso de integración del viejo continente, la Unión Europea está conformada por 27 Estados a saber: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumanía y Suecia.

Aquí no está de más indicar que no es posible equiparar Europa con la Unión Europea, error en el que frecuentemente se incurre, lo anterior dado que en aquel continente hay 49 países, y de esos solo 27 son parte del proceso de integración referido.

En lo que hace al Principio de Primacía del Derecho Comunitario, fue en este sistema en donde él produjo sus primeros desarrollos jurisprudenciales, destacándose en esa dirección el siguiente criterio:

“Considerando que la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza «obligatoria» y son «directamente aplicables en cada Estado miembro»; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias. Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad; que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad;”²²

Visto el esquema planteado, tanto en este acápite como en los anteriores dedicados a otros sistemas de Derecho Comunitario, se debe indicar que conforme se expondrá en los apartados siguientes, la situación en Centroamérica es distinta.

VII. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL DERECHO DERIVADO EN EL SICA

En ciertas ocasiones, la intención de entender y estudiar institutos a través del ejercicio del Derecho Comparado puede entrañar importantes riesgos, si el proceso de revisión no toma en cuenta las particularidades de cada sistema.

22 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Costa contra Enel del 15 de julio de 1964.

En lo que hace al manejo del *Principio de Primacía* por parte de órganos del Poder Ejecutivo de Costa Rica, se tiene que en el contexto del recurso de amparo tramitado bajo el número de expediente 21-002838-0007-CO, cursado en contra del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y que fue resuelto mediante el voto 7469-2021, el Ministerio de Salud presentó una coadyuvancia pasiva en el que manifestó:

“Sobre este punto hay que tener presente que los actos administrativos que adopta el COMIECO al amparo del artículo 55 del Protocolo de Guatemala, ratificado por Costa Rica según Ley N° 7629, se expresan en Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones y en lo que respecta a los Reglamentos, dicho protocolo en el numeral 3 de ese mismo artículo 55, señala que: “Los Reglamentos tendrán carácter general, obligatoriedad en todos sus elementos y serán directamente aplicables en todos los Estados Parte. En el procedimiento de su adopción se consultará al Comité Consultivo de Integración Económica”. En este sentido los Reglamentos Técnicos Centroamericanos forman parte del Derecho Comunitario, al respecto la Sala Constitucional en su resolución N°4638-96 de las nueve horas con tres minutos del 6 de septiembre de 1996 ha indicado: “El derecho comunitario posee una gran penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, que se manifiesta en la aplicabilidad inmediata, su efecto directo y su primacía. Y es que la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados partes han limitado, aunque de manera restringida, sus derechos soberanos. Del Derecho Comunitario surgen derechos y obligaciones, no sólo para los Estados miembros, sino también para sus ciudadanos”. En esta misma resolución la Sala Constitucional ha señalado: “... resulta importante acotar que todas las normas aprobadas en el proceso de integración van constituyendo un auténtico ordenamiento jurídico, que por su naturaleza y los fines que persigue encuadra dentro de lo que se ha definido como derecho comunitario...”. Por tanto, conforme al artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública, tienen un rango superior a las leyes nacionales, entonces pretender dentro de un determinado Estado parte del Consejo Centroamericano, que se amplíen dichos requerimientos técnicos, en una nueva disposición reglamentaria, en efecto implicaría una falta a la jerarquización normativa de nuestro ordenamiento jurídico, y por ende, recaería en una causal de nulidad del acto administrativo que contenga esa nueva disposición reglamentaria.”²³

Vistas las consideraciones anteriores, es menester precisar cuáles son los alcances del Principio de *Primacía del Derecho Comunitario* sobre el Derecho Nacional en el bloque de legalidad de nuestro país.

1. El Principio de Primacía en la Sala Constitucional

En el estado actual de evolución del “ordenamiento” jurídico patrio, la Sala Constitucional es sin lugar a dudas, uno de los más importantes, o si se quiere el mayor

23 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 7469-2021, de las nueve horas quince minutos del dieciséis de abril de dos mil veintiuno.

intérprete del “sistema” normativo en el sentido más amplio del término, de ahí su deber de prestar particular atención al momento de proceder a precisar los alcances de principios, institutos o normas jurídicas.

En lo que hace al tema del Principio de Primacía tantas veces referido la Sala ha mantenido una línea constante. Así, a manera de ejemplo se tiene que esta instancia ha considerado recientemente:

“lo que produce la preeminencia del Sistema de Integración Centroamericana, la que se manifiesta, en términos muy concretos, en que la legislación nacional no puede modificar o dejar sin efecto las reglas centroamericanas. (...) El principio de la primacía del Derecho comunitario busca garantizar efectos prolongados de sus disposiciones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, precisamente esa es una de las más importantes características: implica que las autoridades nacionales de una Comunidad de Estados, como Comunidad de Derecho (originada en Tratados de Integración, aprobados por mayoría calificada), tiene como norte alcanzar objetivos y propósitos comunes al proceso de integración, para lograr el bien común y para ello se comprometen a no dictar disposiciones o medidas que se sustraigan de la normativa comunitaria originaria o derivada. Al mismo tiempo el Derecho nacional no debe estar en conflicto con el Derecho comunitario o el derecho internacional convencional, especialmente por la importancia que reviste para Costa Rica. El derecho de integración busca, justamente, garantizar la una (sic) aplicación uniforme para cumplir ciertos objetivos entre los distintos miembros de la comunidad de Estados. Vale decir que el Derecho comunitario es un derecho de comunidad, que alcanza no solamente a los Estados, sino también a las Instituciones comunitarias y, especialmente, genera derechos y obligaciones en cabeza de los ciudadanos, en este caso de la Comunidad Centroamericana. Por ende, tiene carácter propio vinculante, porque contiene obligaciones válidamente aceptadas por los Estados, regidas por reglas propias (las normas originarias y derivadas), y complementariamente se le aplican las del Derecho internacional, es decir, por los principios de *pacta sunt servanda*, deben ser cumplidas de buena fe y no se puede invocar normas o disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento. De modo que para que el sistema funcione correctamente, se deberían eliminar las inconsistencias que puedan interferir en el orden jurídico internacional, como cambiar o introducir medidas jurídicas nuevas (unilaterales) contrarias a lo previamente delegado al Sistema de Integración Centroamericana. En otras palabras, en cuanto a lo que es delegado por los Estados de la comunidad al sistema político y jurídico, no puede individualmente un miembro alterarlo sin que ello implique una infracción al Derecho comunitario y al Derecho internacional público válidamente consentido. La vía correcta es proponer las modificaciones a la comunidad de derecho, sea en la legislación o medidas adoptadas para alcanzar uniformidad consensuada entre sus miembros. La cuestión de los alcances de los compromisos jurídicos de la comunidad de derecho deben asumirse con seriedad, cuando hay un

ejercicio positivo que se plasma en normativa centroamericana, e incluso, cuando se haya proclamado su competencia, pero sin el ejercicio de esas potestades. Precisamente los canales jurídicos para la producción tanto de decisiones como de normas quedan delegados en la comunidad, y no en los Estados, actuando individualmente en contra de los intereses de la integración. Interesa para este Tribunal lo que debería determinarse el grado e intensidad de sus efectos, así como de lo previsto por el ordenamiento centroamericano.”²⁴

El criterio de la Sala Constitucional contenido en el extracto recién transcrito no solo guarda una clara lógica con el ideal del Derecho Comunitario, sino que es conteste con lo dicho en el marco de la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la Unión Europea.

Aquí es posible afirmar que el análisis ofrecido es jurídicamente correcto si lo entendemos referido solo al Derecho Comunitario Primario u Originario. Lamentablemente, este no es el caso. Las afirmaciones genéricas antes ofrecidas no se ajustan al texto expreso del Protocolo de Tegucigalpa, el cual es considerado como la norma fundacional del SICA.

La lógica intrínseca plasmada en el fallo y que es parte de la ideología que debería inspirar todos los procesos de integración comunitaria, deja de lado el texto expreso del referido Derecho Comunitario Centroamericano Originario, pues conforme se verá en el apartado siguiente el Protocolo de Tegucigalpa tiene una norma expresa en lo que hace a la jerarquía normativa del Derecho Derivado en el Sistema de Integración Centroamericana, a saber el artículo 22 de la referida convención.

Ahora bien, de previo a incursionar en el estudio de tal precepto, es necesario acotar aquí que, la Sala Constitucional de Costa Rica ha potenciado de forma desproporcionada la jerarquía del citado Derecho Derivado, esto en los siguientes términos:

“Los Reglamentos emitidos por el Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO), de manera sectorial, o intersectorial (por ejemplo, con el Consejo Agropecuario Centroamericano –CAC-) forman parte del Derecho Comunitario derivado, por lo que gozan de eficacia directa (generan derechos y obligaciones para todos los centroamericanos, no solamente para los Estados), aplicabilidad inmediata (son aplicables en nuestro territorio sin solución de continuidad, es decir, no es necesario que superen el tamiz del procedimiento para la aprobación y ratificación de un tratado internacional; mucho menos resulta imprescindible se dicte un acto de reconocimiento) y primacía sobre el Derecho interno (preeminencia en su aplicación, no validez, como lo ha analizado la doctrina alemana).”²⁵

Nótese aquí la inadecuada referencia a la doctrina europea, y concretamente la alemana, ajena claro está, a las regulaciones comunitarias centroamericanas. En lo que hace a este tema continuó la Sala Constitucional diciendo:

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 6728-2016, de las nueve horas cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

25 Ibidem.

“Con el Reglamento Centroamericano sobre Medidas y Procedimientos Sanitarios y Fitosanitarios, los Estados Centroamericanos han acordado entre sí la integración económica centroamericana, que se constituye en un parámetro jurídico que vincula al Estado costarricense, de modo que, aun cuando sea un acto del Poder Ejecutivo, jerárquicamente goza de mayor jerarquía que la ley, pues responde claramente a una decisión del constituyente derivado cuando autoriza la pertenencia a un ordenamiento jurídico comunitario, como también de los tratados internacionales sobre el comercio, libremente consentidos, lo que se establece como un límite para el legislador.”²⁶ (El texto original no está subrayado).”

Sin lugar a dudas esta consideración de “*obiter dictum*”, que no de “*Ratio decidendi*”, hace que en el “ordenamiento” jurídico de Costa Rica el Derecho Comunitario Secundario o Derivado tenga una jerarquía distinta a la establecida en el Derecho Comunitario Originario del SICA.

2. El Principio de Primacía en el Derecho Comunitario Originario Centroamericano

Como fue referido *supra*, el Sistema de Integración Centroamericana tiene su punto de partida en lo que hace a su configuración y estructura actual en el Protocolo de Tegucigalpa.

Una vez finalizada la Guerra Fría, y con ella el bombeo constante de combustible -ideológico y de insumos bélicos- a las guerras en varios de los países de la región, fue posible iniciar en la parte final de los años ochenta del siglo XX, el replanteamiento del proceso de integración del istmo, el cual había tenido como punto de inicio la Carta de Organización de Estados Centroamericanos ODECA, tratado que como se indicó *supra*, fue incorporado a nuestro “sistema” normativo en 1964 mediante Ley 3366.

En dicho tratado el tema de la Primacía del Derecho Comunitario generó no pocas controversias en razón del texto ambiguo del artículo 24, el cual en relación con este tema señalaba:

“Artículo 24.- El funcionamiento de la Organización no interferirá con el régimen interno de los Estados y ninguna de las disposiciones de la presente Carta afectará el respecto y cumplimiento de las normas constitucionales de cada uno de ellos, ni podrá interpretarse en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados Centroamericanos como miembros de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, ni las posiciones particulares que cualquiera de ellos hubiere asumido por medio de reservas específicas en Tratados o Convenios vigentes.”.

Ya para la primera parte de la última década del siglo anterior -los noventas-, el proceso de integración -y con él el Derecho Comunitario Centroamericano-, estaba en manos de lo que en su mayoría eran nuevas y frágiles democracias, situación que claramente fundamentaba las suspicacias de crear poderosas instituciones comunitarias que a la postre estarían supeditadas a países con sistemas internos aún débiles en razón

26 Ibidem.

de que su proceso de consolidación democrática estaba apenas dando sus primeros pasos.

Las negociaciones entre los Estados y actores políticos de la región condujeron a las reformas y reconfiguración del Derecho Comunitario en Centroamérica.

Para aquel momento histórico ya el Derecho Comunitario Europeo se había consolidado, entre otros factores por el hecho de que su construcción estuvo a cargo de países que durante la Guerra Fría estuvieron agrupados ideológicamente en el mismo grupo beligerante.

El contexto político-económico de la región Centroamericana se decantó por una solución distinta en lo que hace al tema de la *Primacía del Derecho Comunitario Derivado*, surgiendo la redacción del actual artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa el cual en su condición de texto fundacional, aborda el tema con meridiana claridad al establecer como regla para todo el sistema la siguiente:

“Artículo 22.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10, las decisiones de los Consejos serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados Miembros y **sólo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de carácter legal.** En tal caso, el Consejo, previo los estudios técnicos pertinentes, analizará de nuevo el asunto y acomodará la decisión, en su caso, al respectivo ordenamiento legal. No obstante, tales decisiones podrán ser ejecutadas por los Estados Miembros que no las hubieren objetado.” (El texto original de la norma no está destacado con negrita ni subrayado).

Del tratado fundacional antes referido, aunque ilógico para un esquema de Derecho Comunitario, parece desprenderse una voluntad expresa de los Estados de que las regulaciones de Derecho Derivado tendrán potencia y resistencia inferior a las leyes de los países partes del sistema.

3. El Principio de Primacía en la Corte Centroamericana de Justicia

De previo a incursionar en el tema de fondo al que está dedicado este apartado, se debe precisar que a la fecha existe una gran controversia respecto a si el Estado de Costa Rica es parte del sistema judicial comunitario que tiene como eje a la Corte Centroamericana de Justicia. Nuestro país sostiene que no pero la instancia judicial estima que sí. No obstante lo anterior, se ha decidido incorporar el criterio de este órgano jurisdiccional regional sobre el tema de análisis en este artículo, dado su incuestionable valor doctrinal, y en especial en virtud de la función de dicho Tribunal como principal intérprete judicial del Derecho Comunitario. Como nota al pie se ofrecen algunas consideraciones en torno al conflicto antes mencionado.²⁷

²⁷ La controversia sobre la relación entre la Corte Centroamericana de Justicia y Costa Rica, sobre la que han corrido ríos de tinta, es relativamente simple. La base convencional de la Corte Centroamericana de Justicia está dada en dos tratados internacionales: a- el *Protocolo de Tegucigalpa* que la creó como órgano principal del SICA, y, b- el *Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia* que la regula en detalle.

Ante la posición reciente de la Sala Constitucional en este tema -jerarquía de los

Costa Rica ratificó el primer tratado pero no el segundo. En el contexto de la fase inicial del procedimiento legislativo de aprobación del *Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia*, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa consultó a la Corte Suprema de Justicia dicho proyecto de ley -del Estatuto-. El Poder Judicial señaló la inconstitucionalidad del tratado, en el tanto este instrumento indicaba que la instancia centroamericana era competente para atender temas constitucionalmente asignados a la Sala Constitucional. El proyecto fue dictaminado negativamente y archivado.

Por su parte, la Corte Centroamericana de Justicia, analizando su relación con este Estado parte del SICA ha considerado:

“CONSIDERANDO XI: Que ha sido estatuido que la competencia de la Corte, como Tribunal Comunitario, se rige por el principio de atribución, lo cual quiere decir que son los Tratados, y sus Protocolos los que establecen los criterios para fijar dicha competencia comunitaria. Desde un punto de vista puramente doctrinal, podría distinguirse entre una competencia genérica o implícita (numerus apertus) contenida en los instrumentos constitutivos; y una competencia específica o explícita (numerus clausus) contenida en el Estatuto. La competencia genérica o implícita: es atribuida en el Tratado Constitutivo del SICA, es decir, el Protocolo de Tegucigalpa. Por su parte, la competencia específica o explícita, se atribuye en el Convenio de Estatuto de La Corte. Las competencias específicas derivan de la competencia genérica, las competencias específicas desarrollan la genérica. El mismo Protocolo manda que las atribuciones específicas de La Corte sean reguladas en el Estatuto, el cual en su Exposición de Motivos, señala que “...tendrá una jurisdicción y competencia, amplia y completa...” (Convenio de Estatuto de la Corte). Efectivamente así queda consagrado en el Artículo 30 del Estatuto que establece: “Conforme a las normas antes establecidas, la Corte tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto, interpretando los tratados o convenciones pertinentes al asunto en disputa y aplicando los principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional”. Estas disposiciones le dejan un amplio margen de libertad a la Corte para fijar su competencia, tomando en consideración e interpretando los criterios fijados para casos específicos en los cuales se atribuyen o se excluye su competencia (Artículo 22 del Estatuto). Este criterio de “numerus apertus” por el cual se rige el Protocolo de Tegucigalpa es el que, por la misma jurisprudencia de La Corte, debe prevalecer en caso de duda sobre la competencia del Tribunal. La jurisdicción y competencia establecidas en el Artículo 35, párrafo segundo, del Protocolo de Tegucigalpa no son de carácter facultativo, optativo u opcional ni requieren de ningún acto ulterior a la ratificación y depósito del Protocolo de Tegucigalpa por los Estados Parte para convertirse en una obligación internacional perfecta y plenamente exigible por todos los Estados Parte del SICA, sus órganos, instituciones y los particulares. A este efecto, es necesario recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue ratificada por Costa Rica con posterioridad a la ratificación que dicho Estado hizo del Protocolo de Tegucigalpa, por lo cual cualquier reserva hecha a dicha Convención no es aplicable a los tratados suscritos y ratificados por Costa Rica con anterioridad y en este caso concreto, no sería aplicable al Protocolo de Tegucigalpa. La referida Convención de Viena, al regular la forma de expresar el consentimiento en obligarse por parte de los Estados dice: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.” De la misma forma la mencionada Convención establece, en el Artículo 16 que el consen-

reglamentos comunitarios- y dado el texto expreso del artículo 22 del Protocolo de

timiento de un Estado en obligarse por un tratado se hará constar en los instrumentos de ratificación, aceptación aprobación o adhesión al efectuarse el depósito de éstos en poder del depositario. La citada disposición lee así: “Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse: a) su canje entre los Estados contratantes; b) su depósito en poder del depositario; o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario si así se ha convenido.”. El Estado de Costa Rica firmó el Protocolo de Tegucigalpa y siguió los procedimientos para obligarse por dicho tratado establecidos en el Artículo 36 ratificando el Protocolo de conformidad con su respectivo procedimiento constitucional aprobado por Ley 7502 del tres de mayo de mil novecientos noventa y cinco y ratificado por Decreto Ejecutivo 24408 del doce de junio de mil novecientos noventa y cinco, por lo tanto el Protocolo de Tegucigalpa es un tratado que obliga al Estado de Costa Rica y en él se establece la jurisdicción y competencia obligatorias de la Corte Centroamericana de Justicia la cual constituye vis à vis Costa Rica, una obligación internacional perfecta y plenamente exigible por todos los Estados Parte del SICA, sus órganos, instituciones y los particulares. CONSIDERANDO XII: Que de conformidad con su Artículo 38, el Protocolo de Tegucigalpa no admite reservas debido a su naturaleza especial de instrumento fundacional y constitutivo de una comunidad económico-política y en la cual todos los Estados, las instituciones y los ciudadanos deben estar sometidos a los mismos derechos y obligaciones para hacer realidad la integración de Centroamérica como se reconoce en su Artículo 1. En consecuencia y de la misma forma establecida por La Corte en anteriores resoluciones, ningún Estado Parte del Protocolo de Tegucigalpa puede alegar que una o varias de las disposiciones de ese tratado no le son inaplicables con respecto a otra Parte o Partes del tratado, órganos o particulares. (“...hay cinco Estados que tienen, en condiciones de igualdad, la condición de Parte en el Tratado... se hace necesario declarar la igualdad de derechos entre los Estados que actualmente conforman el SICA...en base a un principio fundamental de Derecho Internacional, de Derecho de Integración y de Derecho Comunitario...de lo contrario habría incoherencia...que acarrearía la ineficacia de las estipulaciones adoptadas, contrariando así los fines de los tratados.” CCJ. Expediente No. 3-26-10-99: Consulta sobre Plena Vigencia del Tratado Constitutivo del PARLACEN y Otras Instancias Políticas.) En otras palabras, Costa Rica tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que los demás Estados Parte del Protocolo de Tegucigalpa, porque así fue convenido por el mismo Estado de Costa Rica con los demás Estados Parte y así fue aceptado por los procedimientos constitucionales de Costa Rica para obligarse por el Protocolo. No existe en éste tratado ninguna excepción convenida por Costa Rica con los demás Estados Parte. No existe ninguna reserva porque no cabe ninguna. Pretender, sin haberlo convenido, que Costa Rica está exceptuada del cumplimiento de una o más obligaciones estatuidas en el Protocolo de Tegucigalpa, equivale a establecer de manera unilateral una situación de privilegio frente a los demás Estados, lo cual no solamente es inaceptable en el seno de una “comunidad económico-política”, sino que pretender o consentir que un Estado queda fuera de la aplicación de la regla común, permitir que se aparte de la aplicación general de la ley, aceptar que goza de un estatuto individual, especial o extraordinario fuera del marco legal e institucional común, resulta inconcebible en las relaciones entre Estados de una “comunidad económico-política” que “aspiran a la integración de Centroamérica.” Si una semejante pretensión se aceptara, supondría que, por un lado, existirían distintos tipos de Estados. Unos ordinarios, sometidos al régimen jurídico y a la autoridad de sus órganos e instituciones y otros extraordinarios o especiales que tendrían el derecho de escoger qué reglas del régimen jurídico aplicar o cumplir y qué órgano o autoridad institucional de la comunidad de Estados reconocer. Más grave aún, por otra parte, esa diferenciación tendría un impacto negativo sobre el nivel de protec-

Tegucigalpa, conviene precisar cuál ha sido el criterio de la Corte Centroamericana de Justicia en lo que hace a los alcances del Derecho Comunitario Derivado, pues en los demás sistemas, han sido estas instancias judiciales, las que desde el propio entorno comunitario han puesto punto final a esta clase de controversias.

A la fecha el SICA cuenta con una Opinión Consultiva evacuada por la instancia judicial comunitaria, justamente en lo que hace a tal eje de análisis. En lo que interesa al punto, atendiendo una consulta de la Secretaría General del SICA la Corte Centroamericana de Justicia emitió un extenso análisis sobre el particular. Para acometer esta tarea, el citado Tribunal primero precisó la naturaleza jurídica del Protocolo de Tegucigalpa en los siguientes términos:

“El Protocolo de Tegucigalpa, como ya lo expresó esta Corte en su resolución de las diez horas del día veinticuatro de mayo del corriente año, “es en la actualidad, el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean estos Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa”, por lo que a la luz del Derecho Internacional y del Derecho de Integración Centroamericano, no es simplemente un instrumento contractual entre los sujetos de derecho que lo han formalizado, sino que constituye un estatuto que crea Órganos, les atribuye competencias y les establece reglas para su interrelación, todo ello orientado al logro de un objetivo fundamental que pretende alcanzar mediante el cumplimiento de propósitos y principios expresamente señalados”²⁸.

Hecha la precisión anterior aquella Corte regional se abocó a la interpretación del artículo 22 transcrito en el apartado anterior, ofreciendo las siguientes consideraciones:

ción de los derechos fundamentales y su efectivo ejercicio dentro de la Comunidad de Estados para los particulares del Estado que desconoce las obligaciones comunitarias. Se plantea así incluso un asunto de competencia de la justicia constitucional nacional, por cuanto habrían ciudadanos y personas jurídicas protegidos por el régimen jurídico e institucional comunitario y otros cuyos derechos estarían sujetos a la voluntad discrecional y unilateral del Estado que se considera exceptuado de cumplir con ciertas obligaciones y autorizado para aceptar unilateral y arbitrariamente la autoridad de algunos órganos o instituciones del Sistema de la Integración Centroamericana pero de otros no. Una situación como la descrita da lugar a una discriminación entre los ciudadanos de distintos Estados y establece sin duda un inaceptable régimen de desigualdad frente a la ley, tanto para el goce de los derechos como para el cumplimiento de las obligaciones. Es evidente que por un lado, una interpretación casuística, discrecional y antojadiza de la norma jurídica común”. Corte Centroamericana de Justicia, sentencia de 20 de octubre de 2009 (acta436). Demanda de la Asociación de Agentes de Aduana de Costa Rica contra dicho Estado solicitando la nulidad de una Circular del Servicio Nacional de Aduana de ese país.

28 Corte Centroamericana de Justicia Expediente No. 5-1-8-95. Resolución de las diez horas y quince minutos del día veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco. Opinión Consultiva sobre Actos Normativos del SICA.

“A este respecto es conveniente el análisis de lo dispuesto en el Art. 22 del Protocolo de Tegucigalpa, el que literalmente expresa: “Art. 22. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10, las decisiones de los Consejos serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros y solo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de carácter legal. En tal caso, el Consejo, previo los estudios técnicos pertinentes, analizará de nuevo el asunto y acomodará la decisión, en su caso, al respectivo ordenamiento legal.” Es claro que las decisiones o actos normativos acordados por uno de los principales órganos del Sistema, tienen existencia legal lo que equivale a decir validez, aun cuando no se haya cumplido con la obligación de publicidad establecida en el Art. 10 del mismo Protocolo, lo que justifica la conclusión de que los Estados contratantes se inclinaron por la posición de que la publicidad no es esencial para la validez de los actos normativos dictados por los órganos e instituciones a quienes esta Corte considera que se les puede aplicar el mismo principio del Art. 22 referido a los Consejos de Ministros. Además establece como límite al obligatorio cumplimiento de las decisiones de los Consejos, la situación de que ellas no se ajusten a disposiciones de carácter legal, indudablemente de alguno de los Estados.”

De la resolución anterior, es más claro aún que el artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa, regula la jerarquía *infra-legal* del Derecho Comunitario Derivado en los términos claramente establecidos en el texto de la norma, sin embargo, es momento de determinar qué sucede en el “ordenamiento” jurídico costarricense.

VIII. LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS REGLAMENTOS CENTROAMERICANOS EN EL “ORDENAMIENTO” JURÍDICO DE COSTA RICA

El problema congénito que ha arrastrado el Derecho Comunitario en Centroamérica en lo que respecta a su normativa derivada, ha sido avistado por la doctrina especializada, la cual incluso ha pretendido construir rebuscadas construcciones para justificar la interpretación del artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa en un sentido contrario al de su redacción expresa, ajeno también a su contexto histórico-político, e incluso en una dirección distinta al de los desarrollos de la Corte Centroamericana sobre el particular. En esta dirección en la obra *Derecho y doctrina judicial comunitaria*²⁹, los autores Perotti, Salazar y Ulate, abordan el problema de la subordinación del Derecho Derivado a las leyes de cada Estado miembro del sistema, señalando en primer término que algún sector de la academia ha pretendido enfrentar esta situación entendiendo que el referido artículo 22 tiene efectos a lo externo del SICA, en esta dirección en la referida obra se plantea:

“3. Algunos autores, a fin de dotar de un entendimiento diferente sobre el artículo en cuestión que permita sortear esta aparente sumisión de las decisiones

29 Perotti A. Salazar, C. y Ulate, E., *Derecho y doctrina judicial centroamericana*, Segunda Edición, Editorial Jurídica Continental, 2017.

de los Consejos de Ministros a la legislación nacional, consideran que la frase “disposiciones de carácter legal” se refiere, no a la ley de un Estado miembro sino a una normativa del propio SICA, con lo cual el país que pretende abstenerse de ejecutar la decisión ministerial deberá alegar una norma comunitaria; es decir, se trataría de un conflicto intrasistémico, entre normas de un mismo ordenamiento, el comunitario. Más allá del loable esfuerzo doctrinal, dicha posición presenta dos flancos débiles, en primer lugar que el artículo – a continuación – habla del “respectivo ordenamiento legal” y con ello se está identificando claramente al derecho nacional del país que alega la excepción de cumplimiento; por otro lado, la frase final permite a los Estados que no han puesto reparos que ejecuten la decisión del Consejo de Ministros, lo cual – siguiendo la orientación académica mencionada – crearía un contrasentido pues no podría una norma comunitaria ser aplicada por algunos países y no por otros porque éstos la consideran ilegal porque viola el mismo derecho comunitario. Además, con ello se afectaría el efecto útil de la competencia de La Corte – prevista en el artículo 22, incisos “b” y “g”, de su Estatuto – para hacer el control de legalidad del derecho regional; si un Estado considera que una norma comunitaria conculca otra disposición también comunitaria, pero de superior jerarquía, debe llevar el caso al Tribunal, y no abstenerse de cumplir aquella.

A nuestro entender, el artículo del 22 del PT claramente está haciendo referencia, como lo ha marcado la propia Corte, a la “ley nacional”.³⁰

Si bien los autores citados rechazan por forzada la interpretación antes expuesta, ofrecen una propia que, a criterio de quien escribe estas líneas, es igualmente rebuscada, partiendo de la tesis de que los artículos iniciales del Protocolo son más importantes que los finales y por defecto, a partir de la ideología de la integración plasmada en las primeras normas, se podrían desaplicar las últimas, En esta dirección se argumenta:

“Esta contradicción puede ser salvada aplicando los criterios de interpretación constitucional que existen en cualquier Estado; cabe recordar que como se ha visto y se verá, tanto la doctrina como la propia CCJ, han calificado al PT como la “constitución material” del SICA. En tal sentido, la lectura global del PT demuestra que existen dos grandes capítulos constitucionales en su articulado: el primero que va desde el artículo 1 al 7, al cual podríamos calificar de **parte dogmática**, dedicada a los principios, propósitos, naturaleza y fines del SICA, es decir al núcleo duro o cláusulas pétreas; y el segundo que engloba los artículos 8 y siguientes, que es la **parte orgánica**, es decir aquella que regula la existencia, conformación y competencias de los órganos y demás cuestiones operativas del SICA. Es claro que en la estructura interna de cualquier constitución la parte dogmática tiene una jerarquía superior a la parte orgánica. Dado que los artículos 3, 4 y 6 se ubican en la parte dogmática de PT, y el artículo 22 en la parte orgánica, éste no puede sobreponerse a los primeros. De allí que, siendo que los artículos 3, 4 y 6 impiden

30 Ibidem, pág.s 155 y 156.

a cualquier Estado miembro alegar normas de derecho interno – cualquiera sea su naturaleza, constitucionales, legislativas, etc. – que sean contrarias al derecho comunitario – del rango que este sea, originario, secundario o complementario –, el artículo 22, por fuerza de aquellos artículos, no autoriza a ningún país a invocar una ley doméstica como excepción al cumplimiento de una decisión de un Consejo de Ministros.

En definitiva, ningún Estado miembro podría alegar el artículo 22 del PT para justificar la falta de acatamiento de una decisión del Consejo de Ministros por la existencia de una ley nacional contraria, y si lo hiciera aquel artículo devendría en inaplicable en virtud de lo dispuesto en las normas superiores de los artículos 3, 4 y 6 del PT.”³¹

La anterior propuesta de interpretación fuerza una solución a un problema del Derecho Comunitario Derivado, que fue así acordado por los países miembros del sistema, siendo el artículo 22 antes transcrito un precepto que no confronta el texto expreso de los artículos iniciales del Protocolo de Tegucigalpa, pues en las normas de la primera parte del tratado no hay regulaciones claras en lo que hace al Principio de Primacía.

No se discute aquí el hecho de que la apuntada regulación, sí es radicalmente inconveniente para el sistema, sin embargo, no es la vía de la interpretación -doctrinal o jurisprudencial- el modo de salvar el fallo estructural que aquí se está estudiando.

El problema bajo análisis pareciera ser una contingencia ajena al Derecho Público costarricense, pues pese a la evidente claridad del inconveniente que presenta el Principio de *Primacía del Derecho Comunitario Derivado* en el SICA, misma que está expresamente plasmado en el tratado fundacional del sistema, y aún y cuando el tema también ha sido abordado por la instancia judicial de la comunidad a saber la Corte Centroamericana de Justicia, y dado que, además la doctrina jurídica especializada ha debatido sobre cómo afrontar el problema, buscando intrincadas salidas a este espinoso tema, en el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional, sin detenerse a ofrecer cualquier tipo de interpretación en lo que hace al artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa tantas veces mencionado, simplemente se ha alineado con la mejor doctrina y jurisprudencia europea, lo cual no sería un problema, salvo por la norma expresa que existe.

No obstante lo anterior, en razón de la naturaleza que en el sistema patrio tienen los pronunciamientos de la Sala Constitucional, Costa Rica es el único país de la región en el cual los *Reglamentos Centroamericanos* o *Reglamentos Técnicos Centroamericanos*, tienen rango supra legal, esto pese a una disposición expresa en sentido contrario del tratado internacional que justamente les da su fundamento.

En los precedentes de la Sala Constitucional en materia de Derecho Comunitario, el gran ausente ha sido el artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa. Tal precepto ha sido utilizado al resolver el fondo de un asunto, en una única oportunidad. Fue justamente el fallo que evacuó la Consulta Preceptiva de Constitucionalidad del proyecto de ley de ratificación del referido Protocolo, el cual fue atendido mediante el voto 2037-1995. Dicha resolución, corta en extensión, no solo hace referencia a la norma en tres apartados

31 Ibidem, pág. 157

distintos, sino que es justamente su existencia la que la propia Sala Constitucional estima como válvula de escape que permite concluir la constitucionalidad del tratado consultado. En esta dirección el alto Tribunal consideró en aquella oportunidad:

“PRIMERO. Indicaremos las condiciones para que una serie de disposiciones del proyecto en consulta no sean entendidas de forma que contradigan la Constitución, no sin decir desde ya, asimismo, que el artículo 22 del proyecto consultado podría ser de suma importancia para excluir a priori contradicciones con la Constitución Política. Es indispensable insistir en que, para la Sala Constitucional, el presente Tratado en modo alguno se refiere a la “integridad territorial” o a la “organización política” de nuestro país. De lo contrario la Asamblea Legislativa hubiera debido atenerse al procedimiento agravado previsto por el párrafo segundo del artículo 7 constitucional. (...) El artículo 22, por su parte, podría jugar como cláusula general que excluye a priori la posibilidad de inconsistencias entre la Constitución y el presente tratado o medidas que lo apliquen.”³²

Aquí es importante destacar que en la línea de pensamiento externado por la propia Sala Constitucional, en un sistema de Derecho Comunitario, el Derecho Derivado debería ostentar para todos los Estados partes de la comunidad, igual jerarquía normativa y la misma naturaleza jurídica. Sin embargo, este no es el caso en el SICA.

IX. CONCLUSIONES

Finalizado el repaso expuesto a lo largo de este breve artículo académico, es claro que el Principio de la Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, no solo es una de las principales características de esta rama de las Ciencias Jurídicas, sino que es indispensable si se pretende la conformación de un Sistema de Integración Comunitaria funcional.

El citado Principio de Primacía ha sido la regla en otros Sistemas Comunitarios como: la Comunidad Andina, el MERCOSUR y la Unión Europea. No obstante en Centroamérica este tema presenta importantes particularidades, pues pese a que: a- el texto expreso del artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa lo regula expresamente; b- la Corte Centroamericana de Justicia en su condición de órgano judicial del sistema, ha reiterado lo que la norma dice en su texto literal; c- la doctrina patria ha discutido sobre el punto, y, d- la propia Sala Constitucional en su integración de la primera mitad de los años noventa del siglo anterior se ocupó del tema, la línea posterior de ese Tribunal Constitucional, aplicando ideas ajenas al texto del Derecho Comunitario Primario u Originario Centroamericano, ha potenciado indebidamente la jerarquía normativa de los Reglamentos Centroamericanos y del resto de la normativa Comunitaria Derivada, generando una odiosa desigualdad entre la jerarquía normativa de esta categoría de normas en el “ordenamiento” jurídico de Costa Rica, del que tales actos normativos

32 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2037-1995, de as dieciséis horas del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco.

ostentan en los demás países miembros del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), en los que como corresponde, se valora la jerarquía normativa del referido Derecho Comunitario Derivado a la luz del tantas veces citado artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa.

X. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

LIÑAN, Diego, MANGAS, Araceli, (2007). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, segunda reimpresión de la quinta edición, Editorial, Tecnos, España.

MAURER, Hermut (2012). Derecho Administrativo Alemán. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12048>

PEROTTI Alejandro. SALAZAR, César. y ULATE, Enrique (2017)., *Derecho y doctrina judicial centroamericana*, Segunda Edición, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.

SALAZAR, César. y ULATE, Enrique, (2009). *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, primera edición, Editorial Orbi.iure

Normativa

- Carta de Organización Estados Centroamericanos ODECA, aprobado por Ley No. 3366 de 6 de agosto de 1964.

Enmienda al Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala), , aprobado por Ley No. 8319, de fecha 15 de noviembre de 2002.

- Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Guatemala) Protocolo de Guatemala, aprobado por Ley No. 7629, de fecha 17 de octubre de 1996.

- Protocolo de Tegucigalpa de la Carta de la ODECA, aprobado por Ley No. 7502, de fecha 3 de mayo de 1995.

- Reglamento de la gaceta oficial digital del SICA https://www.sica.int/documentos/reglamento-de-la-gaceta-oficial-digital-del-sica_1_83298.html Visto el 4 de julio de 2021.

- Reglamento para la adopción de decisiones del SICA. https://www.sica.int/documentos/reglamento-para-la-adopcion-de-decisiones-del-sica_1_83233.html Visto el 4 de julio de 2021.

- Tratado General de Integración Económica Centroamericana, , aprobado por Ley No. 3150 de 13 de setiembre de 1963.

- Tratado de Ámsterdam <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-amsterdam>
- Tratado de Integración Social Centroamericana, aprobado por Ley No. 7631, de 11 de octubre de 1996.
- Tratado de la Unión Europea, Tratado de Maastricht, <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>
- Tratado de Lisboa <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/powers-and-procedures/the-lisbon-treaty>
- Tratado de Niza <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-nice>
- Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, visible en https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html

Resoluciones Judiciales

- Corte Centroamericana de Justicia. Expediente No. 5-1-8-95. Resolución de las diez horas y quince minutos del día veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco. Opinión Consultiva sobre Actos Normativos del SICA.
- Corte Centroamericana de Justicia. Sentencia de 20 de octubre de 2009 (acta436). Demanda de la Asociación de Agentes de Aduana de Costa Rica contra dicho Estado solicitando la nulidad de una Circular del Servicio Nacional de Aduana de ese país.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2037-1995, de as dieciséis horas del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 6728-2016, de las nueve horas cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 7469-2021, de las nueve horas quince minutos del dieciséis de abril de dos mil veintiuno.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del Tribunal Andino de fecha 11 de febrero de 1999, en la acción de incumplimiento presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Venezuela, proceso 3-AI-98.
- Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva 1/2007, de fecha 3 de abril de 2007.

Sitios Web

Corte Centroamericana de Justicia. <http://portal.ccj.org.ni/ccj/> Visto el 4 de julio de 2021.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-> Visto el 4 de julio de 2021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/ Visto el 4 de julio de 2021.

Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. <https://www.tprmercosur.org/es/> Visto el 4 de julio de 2021.

Derecho de la Constitución y regulación económica: La inserción del regulador en el orden constitucional

Por María Lourdes Echandi Gurdíán¹

Sumario.- INTRODUCCIÓN I.- AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE II.- DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN, APLICABLES A LAS AUTORIDADES DE REGULACIÓN 1.- Teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional.- 2.- Garantías de legitimidad democrática del regulador.- 3.- Límites a la potestad reglamentaria a.- Principio de reserva de ley. b.- Principio de prohibición de exceso y proporcionalidad. c.- Principio de menor onerosidad. d.- Principio de agilidad y eficacia en todas las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica. 4.- Reglas constitucionales que establecen límites al ejercicio de la potestad sancionadora de los reguladores. a.- Principio de legalidad. b.- Principio de imposibilidad de imponer penas privativas de libertad. c.- Principio de proporcionalidad. d.- Principio non bis in idem. III.-BIBLIOGRAFIA

Resumen: A propósito de la reforma administrativa que dio lugar al refuerzo del Estado regulador, se ha venido creando autoridades administrativas de regulación para determinados mercados y sectores de la economía. Lo cierto, sin embargo, es que estas entidades carecen de regulación constitucional, lo que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia comparadas a examinar la forma en que, aún con dicha omisión, sea viable su creación y funcionamiento.

Résumé: Concernant la réforme administrative qui a donné lieu au renforcement de l'État régulateur, des autorités administratives de régulation ont été créées pour certains marchés et secteurs de l'économie. La vérité, cependant, est que ces entités manquent de réglementation constitutionnelle, ce qui a conduit la doctrine et la jurisprudence comparées à examiner la manière dont, même avec ladite omission, leur création et leur fonctionnement sont viables.

¹ Doctora en Derecho Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Maestría en Derecho público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Palabras claves: autoridades administrativas independientes; límites a la actividad de regulación; controles jurídicos, inserción constitucional de las autoridades de regulación.

Mots clefs: autorités administratives indépendantes; limites à l'activité de régulation; contrôles juridiques; insertion constitutionnelle des autorités de régulation.

INTRODUCCIÓN

Producto del surgimiento de los órganos de regulación y su nula previsión en la Carta Magna, hoy se alude a la teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional, la cual se relaciona con su independencia, el control de sus actos en la vía jurisdiccional, su legitimación democrática y los límites a la atribución de sus potestades reglamentaria y sancionadora.

En el caso de Costa Rica, la incursión de los órganos de regulación no se ha hecho esperar, si bien, como en otros medios, su regulación constitucional es prácticamente nula, muy a pesar de los amplios poderes que, como se expondrá, se les atribuye por el legislador, quizá sin tener suficiente conciencia de ello.

En esta contribución se expondrá las medidas que se han venido considerando para ajustar la actividad de los órganos de regulación al Derecho de la Constitución, aún a pesar del silencio absoluto de la Constitución al respecto.

Para ello, en primera instancia, se comentará el proceso de creación de estas autoridades que se ha venido dando en el medio costarricense en dos ámbitos en particular (I), para luego evaluar los límites implícitos que se han derivado del Derecho de la Constitución a los cuales han de ajustarse esas entidades administrativas (II).

Reservaré para un estudio sucesivo la tarea de analizar si las garantías y los límites implícitos en el Derecho de la Constitución, han sido respetados por el legislador a la hora de crear los órganos de regulación en materia de servicios públicos y de servicios financieros.

I.- AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Una de las primeras autoridades de regulación creadas por el legislador, es la hoy denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (“ARESEP”) la cual, como se sabe, es una institución autónoma con personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía técnica y administrativa², que se rige por las disposiciones establecidas en su ley de creación (No.7593), sus reglamentos y las leyes que la complementen³.

De esta forma, corresponde a la ARESEP fijar precios y tarifas y velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y

2 Art. 1 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No.7593 del 9 agosto de 1996 y sus reformas.

3 Idem.

prestación óptima de los servicios públicos establecidos el art.5 de su ley de creación⁴.

Cabe destacar que, conforme a la ley que la regula, la ARESEP no está sujeta a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esa ley; no obstante, está sujeta al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo⁵.

Para ser miembro de la Junta Directiva de la ARESEP se requiere, entre otros requisitos, título universitario de licenciatura y contar al menos con cinco (5) años de experiencia en actividades profesionales o gerenciales, en el Sector Público o el privado relacionadas con los servicios públicos o con la regulación de estos⁶.

Más recientemente, en el ámbito de los servicios públicos, a propósito de la apertura del mercado de las telecomunicaciones, se optó por crear la Superintendencia de Telecomunicaciones (“SUTEL”), la cual es un órgano con desconcentración máxima de la ARESEP y “Los miembros serán seleccionados por idoneidad comprobada, mediante concurso público de antecedentes”⁷.

A la SUTEL le corresponde regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en la ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables⁸.

Posee personalidad jurídica instrumental propia para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones⁹.

Es, además, un órgano independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y está sujeta al Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes¹⁰.

Como se puede comprobar, para el caso de la ARESEP el legislador decidió que fuese una institución autónoma¹¹, mientras que en el caso de la SUTEL, decidió que estuviera adscrita a la ARESEP en calidad de órgano con desconcentración máxima, si bien esa desconcentración no podría decirse que se haya configurado en grado máximo en los términos definidos por la Ley General de la Administración Pública, dado que no agota vía administrativa en fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones¹².

Otros órganos de regulación en el ámbito de los servicios públicos son las Intendencias de Regulación, las cuales, no obstante, no han sido creadas por la ley. Se trata de las siguientes:

4 Art. 5 Ley No.7593.

5 Art. 1 Ley No.7593.

6 Art. 48 Ley No.7593.

7 Art. 61 Ley No.7593.

8 Art.59 Ley No.7593.

9 Idem.

10 Idem.

11 Art. 1 Ley No.7593.

12 Art. 53 inciso o) y 59 Ley No.7593.

- Intendencia de Agua;
- Intendencia de Energía;
- Intendencia de Transporte.

Cada intendencia está a cargo de un Intendente. Su superior inmediato es el Regulador General de los Servicios Públicos. Son responsables de ejecutar la regulación económica y de calidad de acuerdo con el bloque de legalidad aplicable y las directrices de la Junta Directiva de la ARESEP. Las resoluciones de estas intendencias, en materia regulatoria, tienen recurso de revocatoria ante quien las dictó y recurso de apelación y revisión ante la Junta Directiva de la ARESEP. Por su parte, sus resoluciones administrativas tienen recurso en alzada ante el Regulador General de los Servicios Públicos¹³.

En lo que a las potestades que poseen se refiere, es posible señalar que, en el caso de la ARESEP, acumula enormes poderes normativos y ejecutivos, al grado que:

- dicta reglamentos¹⁴,
- formula modelos de fijación de precios y tarifas/metodologías¹⁵,
- revoca concesiones de servicios públicos¹⁶,
- impone cuantiosas multas¹⁷,
- fija precios¹⁸,
- agota vía administrativa sobre la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la SUTEL¹⁹ y además, tramita, investiga y resuelve las quejas o disputas entre prestatarios y usuarios al conocer de las quejas o denuncias que los últimos pueden plantear²⁰;
- puede disponer el cierre de empresas que utilicen sin autorización los servicios públicos o que sean proveedoras de un servicio público sin contar con la respectiva concesión o permiso;
- puede, también, remover cualquier equipo o instrumento que permita el uso abusivo e ilegal de los servicios regulados²¹.

En el caso de la SUTEL, la situación es análoga puesto que acumula un haz de potestades, tal y como paso a detallar:

13 Art. 16 Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, RJD-038-2013 de 27 mayo del 2013.

14 Arts. 25 y 53 n) Ley No.7593 y art. 77 inciso 2 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 del 4 de junio del 2008.

15 Arts. 31 y 36 inciso d) de Ley No.7593. Art. 6 inciso 16) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

16 Art. 41 Ley No.7593.

17 Art. 38 Ley No.7593.

18 Art. 6 d) Ley No.7593.

19 Art.53 o) Ley No.7593.

20 Art. 6 inciso e), 27 y 28 Ley No.7593.

21 Art. 44 Ley No.7593.

- formula y revisa reglamentos -no los aprueba-²²;
- otorga autorizaciones²³;
- impone sanciones (multas)²⁴;
- fija precios, cánones, tasas y contribuciones²⁵, y
- resuelve reclamos de los usuarios²⁶;
- puede disponer el cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones, la remoción de cualquier equipo o instrumento que permita la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones en forma ilegítima, o ponga en riesgo la integridad de las instalaciones, redes, equipos y aparatos²⁷.

Por su parte, a las intendencias de Agua, Energía y Transporte se les atribuyó, reglamentariamente, la potestad de fijar los precios, tarifas y tasas de los servicios públicos²⁸ sujetas a la relación jerárquica antes aludida.

Ahora bien, no solo en el ámbito de regulación de servicios públicos se han creado órganos de regulación. En efecto, otro ámbito en el cual el legislador ha venido creando autoridades de regulación, es en el financiero. De hecho, son múltiples las entidades de regulación creadas en el campo.

La primera y más antigua es el Banco Central de Costa Rica (“BCCR”), el cual es una institución autónoma de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que forma parte del Sistema Bancario Nacional. Funciona bajo la dirección de una Junta Directiva²⁹.

El BCCR tiene como principales objetivos, mantener la estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas³⁰.

Posteriormente, se decidió la creación del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (“CONASSIF”)³¹, el cual es un órgano del BCCR que ejerce la dirección de los órganos de regulación de distintos sectores del mercado financiero. Se trata de la Superintendencia General de Entidades Financieras (“SUGEF”), la Superintendencia General de Valores (“SUGEVAL”), la Superintendencia de Pensiones (“SUPEN”) y la Superintendencia General de Seguros (“SUGESE”).

22 Art.81.b) Ley No.7593.

23 Art. 73 d) Ley No.7593.

24 Arts. 60 k), 65 a 68 de la Ley No. 8642.

25 Art. 53 o) y 73 s) Ley No. 7593.

26 Arts. 47 y 48 Ley No. 8642.

27 Art. 69 Ley No.8642

28 Art. 17. 1) Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, RJD-038-2013 de 27 mayo del 2013.

29 Art. 1 Ley Orgánica del Banco Central, No. 7558 de 03 de noviembre de 1995.

30 Art. 2 Ley No. 7558.

31 Art. 169 Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7732 del 17 de diciembre de 1997.

En el caso de la SUGEF es un órgano de desconcentración máxima del BCCR³². Le corresponde ejercer actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que realicen intermediación financiera. El objetivo de su fiscalización es el de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional³³.

Por su parte, la SUGEVAL es, también, un órgano de máxima desconcentración del BCCR. Vela por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regula, supervisa y fiscaliza los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en la ley³⁴.

En el caso de la SUPEN, funciona bajo la dirección del CONASSIF, según la Ley Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 de 7 de julio de 1995 y la Ley Reguladora del Mercado de Valores, No.7732, de 17 de diciembre de 1997³⁵. Es también un órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica. La SUPEN regula y fiscaliza el Régimen de Pensiones³⁶.

Corresponde ahora analizar el caso de la SUGESE. Se trata de un órgano de máxima desconcentración adscrito al BCCR, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales³⁷.

Funciona bajo la dirección del CONASSIF y está integrada al Sistema de Supervisión Financiera establecido en los artículos del 169 al 177 de la Ley No. 7732. A la Superintendencia, al superintendente y al intendente les serán aplicables las disposiciones establecidas para las demás superintendencias bajo la dirección del CONASSIF y sus respectivos superintendentes e intendentes³⁸.

Se trata de un órgano operacionalmente independiente, responsable en el ejercicio de sus funciones y debe mantener un equipo de trabajo con altos estándares profesionales³⁹.

Finalmente, tiene por objeto velar por la estabilidad y el eficiente funcionamiento del mercado de seguros, así como entregar la más amplia información a los asegurados⁴⁰.

Como es posible comprobar, salvo el caso del BCCR que es un ente autónomo⁴¹, tanto el CONASSIF⁴² como las superintendencias financieras, son meros órganos del

32 Art. 115 Ley No. 7558.

33 Art. 119 Ley No. 7558.

34 Art. 3 Ley Reguladora del Mercado de Valores N° 7732.

35 Art. 35 Ley Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 de 7 de julio de 1995 y art. 169 Ley Reguladora del Mercado de Valores, No.7732, de 17 de diciembre de 1997.

36 Art. 33 Ley No. 7523.

37 Art. 28 Ley Reguladora del Mercado de Seguros, No. 8653 22 de julio del 2008.

38 Idem.

39 Art. 28 Ley No. 8653.

40 Art. 29 Ley No. 8653.

41 Art. 1 Ley No. 7558.

42 Art. 169 Ley No. 7732.

Banco Central de Costa Rica⁴³.

En el caso de las superintendencias, su condición desconcentrada no se dispuso en grado máximo en los términos definidos por la Ley General de la Administración Pública, dado que no agotan vía administrativa y están sujetos a la dirección de la CONASSIF⁴⁴.

En lo que se refiere a las potestades que les han sido reconocidas, debe decirse que en el caso del BCCR, se le ha atribuido las potestades de imperio de adoptar reglamentos⁴⁵ y de imponer sanciones⁴⁶.

Por su parte, el CONASSIF posee la atribución de adoptar⁴⁷ y aprobar reglamentos⁴⁸ e imponer sanciones⁴⁹. También, es el órgano que agota la vía administrativa al conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Superintendencias⁵⁰.

En el caso de las superintendencias, hay que señalar que también acumulan poderes normativos y ejecutivos.

Efectivamente, las superintendencias adoptan⁵¹ y proponen⁵² reglamentos, dictan sanciones administrativas⁵³ y algunas resuelven reclamos o denuncias⁵⁴ que pueden plantear los usuarios.

De este modo, es posible afirmar que, en Costa Rica, como sucede en el Derecho comparado, los organismos de regulación de la economía acumulan enormes poderes

43 SUGEVAL: art.3 Ley No. 7732. SUGEF: art. 115 Ley No. 7558. SUPEN: art. 33 No. 7523. SUGESE: art 28 Ley No. 8653.

44 Ver art. 169 Ley No.7732; art 28 de la Ley No. 8653, en relación con el art. 83 de la Ley General de la Administración Pública, este último dispone:

“1. Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento. (...) 3. La desconcentración será máxima cuando el inferior esté sustraído, además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior.”

45 Art. 28 c), 52 ii), iv), vi), y f), 53, 60, 62 ter a), 69, 70, 80 bis, 150 Ley No. 7558.

46 Art. 62 ter inciso c), 69, 93, Ley No. 7558.

47 Art. 8, g), h) o), 171 i) Ley No. 7732 y arts. 7, 10, 14, 16, 18,19, 24 in fine, 25 inciso g), k) y párrafo in fine, 26 inciso a), párrafo in fine, 27 párrafo in fine, 29 inciso ñ), 35 Ley No. 8653, Art. 117, 119 , 135 y 136 párrafo primero Ley No. 7558; Art. 41 Ley No. 7523. Art. 59, 61 Ley No. 1644.

48 Art. 171 b), e), f), n), ñ), o), p) Ley No.7732.

49 Art 171 d) de la Ley No. 7232.

50 Art 171 g) Ley No. 7732.

51 Adoptan reglamentos: SUGEVAL: arts. 8 i), l), m) 36, 80, 85, 86, 116, 136 Ley N° 7732. SUPEN art. 59 Ley No. 7523. SUGESE: arts 7, 25 inciso f), g) y párrafo in fine, 26 inciso a) y párrafo in fine, 27 in fine, 28, 29 incisos j), Ley No. 8653.

52 Proponen reglamentos: SUGEVAL: art. 8. b) Ley No.7732. SUGEF: arts. 131.c), l), n) 136 Ley No. 7558. SUPEN: arts. 38 inciso a), g), h) Ley No. 7523. SUGESE: art 29 incisos i), n) Ley No. 8653.

53 Adoptan sanciones: SUGEVAL arts. 8 d) 149 e) y 168 Ley No. 7732. SUGEF arts. 151 y 155 Ley No. 7558. SUPEN: art 38 d) 53, 57, y 59 Ley No. 7523. SUGESE: arts. 29 inciso l), 35 Ley No. 8653.

54 Resuelven reclamos o denuncias: SUGEVAL: art. 153 Ley No. 7732. SUPEN: art. 36 f), art. 38 u) Ley No. 7523.

normativos y ejecutivos, si bien, como se vio, poseen la condición de meros órganos adscritos al BCCR, carentes, por ello, de suficiente legitimidad democrática para el ejercicio de tan intensas potestades de regulación, tema sobre el cual se abundará de seguido.

II.- DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN, APLICABLES A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE REGULACIÓN

Como se ha visto, tal y como sucede en otros medios, en el caso costarricense las autoridades administrativas de regulación han venido siendo creadas por el legislador atribuyéndoles un gran cúmulo de poderes de diversa índole. No obstante, no se ha reparado en la problemática de su legitimación constitucional y democrática.

En efecto, nuestro texto constitucional carece, en lo absoluto, de mención alguna a organismos reguladores capaces de acumular potestades de imperio tales como las de reglamentar y adoptar sanciones de muy elevado monto.

Surge así algo que, como bien dice MUÑOZ MACHADO, “es bastante común”, es decir, “que la doctrina refiera los problemas de legitimación democrática que plantean unos organismos que tienen enormes poderes normativos y ejecutivos, y que no están inmediatamente vinculados a la representación popular...”⁵⁵.

Precisamente por ello, conviene confrontar los poderes de las autoridades de regulación comentadas en el anterior apartado, con los elementos de lo que se ha dado en llamar doctrinalmente (DU MARAIS), como la teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional, mecanismo mediante el cual, como se comentará, a propósito de precedentes del Consejo Constitucional francés, se han ido delineado algunos requerimientos mínimos para entender compatibles con el Bloque de Constitucionalidad, estos centros de acción administrativa que carecen de previsión constitucional expresa (1).

Adicionalmente, existen otras construcciones jurídicas que conviene analizar con el objeto de considerar viable y compatible con el Derecho de la Constitución, la creación y actuación de las autoridades administrativas de regulación antes referidas, ello a partir de planteamientos doctrinales que se comentarán en detalle (2).

Por otra parte, dada la intensidad que puede adquirir las regulaciones reglamentarias adoptadas por estas autoridades, interesa también examinar las limitaciones que se han ido identificando en el Derecho comparado al respecto (3).

Un ejercicio similar debe llevarse a cabo en el caso del ejercicio de la potestad sancionadora. Se trata de una potestad de imperio que representa uno de los medios más determinantes para satisfacer el fin que justifica la creación de estas autoridades, poder que puede dar lugar a sanciones de muy elevado coste y de muy graves consecuencias para los regulados (4).

55 MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, Iustel 2006, pág. 1199.

1.- Teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional

Efectivamente en el Derecho público francés se ha cuestionado la situación constitucional de las agencias regulatorias que, en ese medio también, han surgido a propósito del papel regulador que se atribuye al Estado en ciertos ámbitos de la economía.

DU MARAIS alude, en ese sentido, a la teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional.

Sostiene, el autor, que la referida teoría deriva de los principios establecidos en varios fallos del Consejo constitucional que se ha debido pronunciar al respecto en repetidas ocasiones, de modo que es posible encontrar evidencia de ciertos principios cardinales que hacen viable la conformación de autoridades de esta naturaleza, aún ante el silencio de la Carta Política.

Según DU MARAIS⁵⁶ tales principios se pueden resumir así:

- La independencia de las autoridades administrativas que el Consejo Constitucional consagra no hace que queden exentas del principio de subordinación ya que estos organismos siguen siendo autoridades administrativas, pertenecen al Estado y están en particular sujetas al control del juez del exceso de poder (contencioso administrativo).
- El legislador puede atribuirle, a tales autoridades, la competencia de emitir reglamentos de forma concurrente con el Primer Ministro siempre que esta habilitación se refiera únicamente a medidas de alcance limitado, tanto en su ámbito de aplicación, como en su contenido y que esta competencia siga sujeta a control ministerial, en particular por el mecanismo de homologación del Ministro competente.
- Su poder de sanción es reconocido por el juez constitucional de la misma manera y en las mismas condiciones que las sanciones administrativas ordinarias. Estas sanciones, por ende, deben ajustarse a cinco principios: de legalidad de las penas e infracciones, de imposibilidad de imponer penas privativas de libertad, de proporcionalidad, non bis in idem y de intenso control de legalidad, con tutela cautelar suspensiva.

Se trata, claro está, de un planteamiento que requiere adaptaciones en caso de intentarse su trasplante al modelo constitucional costarricense.

En cuanto a la sujeción al control de legalidad, no cabe duda de que, conforme al artículo 49 constitucional, las decisiones de las autoridades de regulación no son inmunes de dicho control, como en efecto, se ha entendido sin cuestionamiento alguno en la práctica. No existe razón de peso alguna para pretender exonerarlas de ese control. Todo lo contrario, existe un marcado interés en asegurar su control de legalidad dada la amplitud de tareas que se les ha asignado.

56 DU MARAIS, B. *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pág. 512.

En cuanto a la limitación de la potestad reglamentaria atribuida a estas autoridades, es claro que, como en Francia, habrá que entender que cuando es atribuida, tendrá que asegurarse el legislador de hacerlo acotando el alcance de la potestad en lo que a su ámbito de aplicación y contenido se refiere. Ya habrá oportunidad de examinar con detalle si así ha venido sucediendo, pero no cabe duda, a mi juicio, de que se trata de un límite aplicable al caso costarricense, si bien parece no existir la suficiente conciencia de ello.

Igualmente, cabe importar al régimen costarricense, las limitaciones a la potestad sancionadora administrativa que derivan de los referidos cinco principios. La naturaleza administrativa de las sanciones que adoptan las sujeta al control de legalidad en lo contencioso administrativo que habrá de asegurar el respeto de los referidos principios.

De modo congruente y complementario, en el caso de la doctrina española, diversos autores han planteado la necesidad de asegurar independencia a estas entidades, tesis que formula ARIÑO señalando que ante "... la dificultad de separar política y regulación, por las innegables connotaciones políticas de muchas decisiones del regulador (...) tras algunos años de experiencia, se ha propuesto en Inglaterra, tanto por las empresas como por la oposición (curiosa coincidencia) el reforzamiento de la responsabilidad de los reguladores ante el Parlamento, manteniendo su independencia política"⁵⁷.

A partir de tales planteamientos, se han identificado dos distintos ámbitos de vinculación de las autoridades administrativas de regulación al Derecho de la Constitución: el control jurisdiccional de sus decisiones, amparado en el caso costarricense por el artículo 49 de la Constitución Política y el del control político, mediante el poder legislativo regulador en el artículo 121 constitucional.

2.- Garantías de legitimidad democrática del regulador

MUÑOZ MACHADO, preocupado por la intensa concentración de potestades de los órganos de regulación antes referidas propone, atinadamente, la siguiente solución a ese fenómeno.

Según señala el autor, debe asegurarse la legitimidad democrática mediante "una pareja de claves: primera, el modo de creación y de designación de sus responsables; segunda, sus procedimientos de actuación"⁵⁸.

Más en detalle, estima que "...las comisiones y agencias son siempre creadas mediante decisiones legislativas adoptadas considerando la relevancia para los intereses generales de algunos sectores. Las normas creadoras del establecimiento acotan su campo de actividad y delimitan sus funciones de modo que la decisión básica sobre su organización y régimen depende del titular del poder legislativo general y, desarrollo de

57 ARIÑO ORTIZ, G, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, España, 1999, Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial, pág. 596 y 596.

58 MUÑOZ MACHADO, S., *Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Madrid, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009, pág. 149.

la ley, de lo que puede añadir el Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria”⁵⁹.

En cuanto a la segunda de las claves antes apuntadas, estima que “... hay que añadir, desde luego, la legitimación que aporta la participación de los interesados en los procedimientos seguidos en las agencias reguladoras para producir sus decisiones. Es habitual que los operadores del sector tengan oportunidad de debatir las propuestas, aportar informaciones y seguir de cerca la formación de la decisión final. La legitimación tradicional que viene a los órganos administrativos, de su vinculación con la ley y, a través de ella, con los representantes del pueblo, se compensa en el caso de las agencias con la participación directa de los sectores interesados, en un marco de transparencia absoluta”⁶⁰.

Como queda en evidencia, una de las fórmulas para lograr la inserción del regulador en el Derecho de la Constitución está vinculada a la problemática de su falta de legitimidad democrática, lo que el referido autor sugiere solventar mediante medidas legislativas al momento de la creación de las autoridades de regulación para asegurar una muy claramente acotada atribución de potestades y garantías instrumentales que legitimen la toma de decisiones tan gravosas como las que es posible que adopten estos centro de acción administrativa.

Aunque el lector podrá adelantarse en esta tarea con su observación del régimen jurídico que rige a las autoridades de regulación que se ha llevado a cabo en el primer apartado de esta contribución, dejaré pendiente la tarea de evaluar con ojo crítico si, en el caso costarricense, el legislador ha tenido las cautelas que apunta MUÑOZ MACHADO a la hora de crear entes u órganos de regulación con el objeto de compensar las carencias de legitimación democráticas que padecen de forma congénita.

3.- De los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria de los reguladores

En cuanto este tema, es posible identificar al menos cuatro principios básicos que rigen la potestad normativa del Estado regulador, me refiero al principio de reserva legal (A), de prohibición del exceso (B), de menor onerosidad de la medida interventora (C) y, por último, de agilidad y eficacia de la intervención en la economía (D).

A.- Principio de reserva legal

En lo que se refiere al Principio de reserva legal, interesa recordar que la Sala Constitucional ha identificado dos aspectos de interés para el objeto de estudio. Por un lado, dice el referido tribunal, “constituye una garantía de control frente al poder público”⁶¹ y por otro, ocasiona que “una norma reglamentaria no puede regular materia destinada con exclusividad a la ley formal, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales”⁶².

59 MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, op. cit., pág. 1200.

60 Ibidem.

61 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 1635-90.

62 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 8409-11.

Y es que se debe compartir el criterio de MUÑOZ MACHADO, para quien, en esta materia, “Enmarcar normativamente la actuación de las agencias es una exigencia constitucional”⁶³.

Así debe ser, considerando que las decisiones regulatorias puedan dar lugar a sanciones administrativas, multas coercitivas de especial gravedad, medidas extintivas de títulos habilitantes para la prestación de un determinado servicio público y fijaciones de precios y tarifas, por lo que es claro que cabe esperar de parte del legislador, una especial precisión a la hora de definir el marco de actuación de los reguladores económicos.

Cabe mencionar, en este sentido, un precedente de la Sala Constitucional que resulta de especial interés. Se trata del caso BOLCOMER resuelto en la sentencia No. 5966-11 de las 14:30 horas de 11 de mayo de 2011, mediante la cual se declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad planteada en contra del Transitorio IX de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Reglamento para las Bolsas de Comercio, emitido por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

La inconstitucionalidad declarada, lo fue en virtud de que se estimó que “la ausencia de parámetros mínimos de regulación por parte de la propia Ley delegante, implica obviamente un abandono de la propia reserva de ley y una delegación inconstitucional de poderes. En este caso, de la potestad de legislar del artículo 9 constitucional”.

De este modo, en el caso concreto en comentario, el quebranto de la reserva de ley resultó ser el sustento de la inconstitucionalidad declarada por la Sala Constitucional del referido Transitorio IX de la Ley reguladora del mercado de valores y del Reglamento para las Bolsas de Comercio.

Como se aprecia, en ese caso, la mayoría de la Sala Constitucional encontró motivo para anular el citado Transitorio, en el tanto se trataba de una habilitación genérica para la emisión de un Reglamento que regulara las Bolsas de Comercio, dejando un amplísimo marco de discrecionalidad al organismo regulador, lo que se estimó violatorio del Principio de reserva de ley.

El Principio de reserva de ley se concibe como una noción evolutiva y actualmente no solamente está vinculada a garantizar los derechos de los ciudadanos sino también “a la imposición de límites al legislador y a la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos, aunque no se trate de regular o limitar derechos y, además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adopten los tribunales y la Administración Pública”⁶⁴.

En esta misma línea es posible aludir a lo que el mismo autor ha denominado la “doctrina de la esencialidad” la cual “sirve también como criterio para decidir cuál debe ser el contenido mínimo de las regulaciones que la ley ha de incorporar en las materias reservadas”⁶⁵.

63 MUÑOZ MACHADO, S, Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica, en *Derecho de la Regulación Económica*, pág. 160.

64 MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, pág. 876.

65 *Idem.*, pág. 894.

Según esta doctrina, es preciso considerar "...la importantísima cuestión de definir la medida en que la ley debe enmarcar las decisiones de los demás poderes, predeterminándolas, cuando se trate de aspectos esenciales que incumbe al legislador definir por imponerle la Constitución".

De ahí que se afirme que, "El enriquecimiento de la noción de reserva de ley vino, en esta ocasión, impuesta por el Tribunal Constitucional Federal que, a partir de los años setenta, empezó a incorporar a su jurisprudencia la idea de que la reserva de ley no puede concebirse, exclusivamente, como la atribución de la exclusiva decisión del legislador de las regulaciones de la propiedad y la libertad o las habilitaciones para intervenir en los derechos. Sin merma de esta concepción tradicional, el Tribunal advierte que en un Estado democrático es fundamental que el Parlamento asuma todas las decisiones que sean esenciales, tengan o no relación directa con aquellos derechos."⁶⁶

Como se ha entendido a nivel doctrinal, en aquellas materias en que impera una reserva legal, no queda exenta la posibilidad de la "colaboración del reglamento con la ley", si bien, ello será posible en tanto imperen ciertos criterios, dentro de los cuales destaca "el criterio de la complitud de la regulación".

Se trata, para SANTAMARÍA PASTOR, de lo siguiente:

"...el criterio de la complitud de la regulación: el legislador debe regular la totalidad de dicha materia, esto es, la totalidad de los extremos constitutivos de su régimen jurídico sustancial, pudiendo sólo remitir a normas reglamentarias la regulación de los aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia (SSTC 5/1981, 77/1985 y 99/1987)"⁶⁷.

Queda entonces por examinar en otra contribución la forma en que el legislador costarricense ha regulado la atribución de potestades a órganos de regulación. En concreto, es preciso evaluar si ha sido respetuoso del criterio de complitud recién referido.

B. Principio de prohibición de exceso y proporcionalidad

Examinemos ahora el Principio de prohibición de exceso. Se trata, como es sabido, de un criterio rector de la actividad creadora del Derecho que, además, limita a todos los Poderes de la República⁶⁸.

Precisamente, con ese mismo fundamento, ya la Sala Constitucional en una ocasión dispuso la anulación de una reglamentación dispuesta por el CONASSIF.

Se trata del caso del Reglamento de Auditores Externos resuelto en la Resolución No.17599-06 mediante la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 8 del Reglamento de Auditores Externos y Medidas de Gobierno Corporativo aplicable a los sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y la SUPEN, en tanto estimó la Sala, "La limitación impuesta en este caso a las entidades fiscalizadas, a criterio de la Sala, resulta irrazona-

66 Idem., pág. 891.

67 SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Madrid, Iustel, 2006, pág. 368.

68 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6805-11.

ble y desproporcionada...”⁶⁹.

De este modo, el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los órganos de regulación es claro, debe estar sujeto, también, a las restricciones que impone el principio en comentario, norma no escrita que se impone como fuente del Derecho de la Constitución en este ámbito también.

C.-Principio de menor onerosidad

En directa conexidad con este principio, COSCULLUELA MONTANER ha identificado como límite a las medidas de intervención administrativa, la regla de la elección de la medida que menos impacte la libertad.

Para el referido autor, este Principio postula que “...la limitación que se establezca debe ser la menos restrictiva posible sobre la libertad que resulta intervenida...”⁷⁰.

Además “... implica que supuesta la intervención ésta debe ser la menos gravosa para el ejercicio de los derechos y libertades que en materia económica tienen los ciudadanos”⁷¹.

Esa limitante ha sido también considerada por la Sala Constitucional en la recién citada Res. 17599-06 en donde señaló como motivo adicional de la nulidad del artículo 8 del Reglamento de Auditores Externos, el hecho de que “...afecta severa e irrazonablemente la libertad contractual, en este caso residenciado en la libertad para elegir al co-contratante (...) sin que se haya demostrado que esta limitación sea necesaria, razonable y mucho menos proporcionada al fin que dice perseguir”⁷².

D.- Principio de agilidad y eficacia en todas las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica

Es preciso evaluar, ahora, el caso del Principio de agilidad y eficacia en todas las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica que representa, a mi juicio, otro de los parámetros de constitucionalidad a que están sujetos los órganos de fiscalización.

Para COSCULLUELA MONTANER esta máxima que, como él mismo reconoce, es general de toda acción pública, “cobra particular importancia cuando dicha actuación incide sobre las relaciones económicas. Time is Money es un dicho internacionalmente admitido que explica mejor que cualquier otra argumentación el por qué de esta exigencia”⁷³.

Resulta de interés aludir, en ese sentido, a la resolución 6184-2007 de la Sala Constitucional en donde se evalúa los requerimientos formales exigibles en la fijación extraordinaria de tarifas a los combustibles por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (“ARESEP”).

69 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 17599-06.

70 COSCULLUELA MONTANER, L. LOPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho Público Económico*, Madrid, Iustel, 2011, pág. 33.

71 Ibidem.

72 Ibidem.

73 Ibidem, pág. 34.

En dicho fallo, con claridad, la Sala admite que, en el caso de ajustes extraordinarios al precio de los combustibles, no es posible utilizar el mismo procedimiento que para los ajustes ordinarios “pues en el caso de los combustibles existen una serie de elementos de urgencia que obligan a que los ajustes solicitados sean sometidos a un proceso más célere”⁷⁴.

Se trata, precisamente, a mi juicio, de una aplicación concreta del referido principio que puede calificarse, así, como uno de los parámetros de constitucionalidad mediante los cuales evalúa conductas y normas relativas a la regulación económica.

4.- Reglas constitucionales que establecen límites al ejercicio de la potestad sancionadora de los reguladores

Para finalizar, es preciso comentar el último bastión de la teoría de la inserción del regulador en el orden constitucional.

Se trata de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora, tema que ha ocupado la atención de tribunales constitucionales europeos.

Concretamente, es oportuno referir el fallo del Consejo Constitucional francés No. 82-141-DC, en donde se validó el poder de sanción administrativa atribuido a la Autoridad de la Comunicación Audiovisual⁷⁵.

Para DU MARAIS es posible derivar de ese pronunciamiento, cinco principios que han de regular el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa de los organismos reguladores, a saber:

- Principio de Legalidad de penas e infracciones;
- Imposibilidad de imponer penas privativas de libertad;
- Sujeción al Principio de Proporcionalidad;
- *Non bis in idem* y
- Las decisiones han de estar sujetas a un intenso control de legalidad, con acceso a la tutela cautelar en lo contencioso administrativo.

Se trata, en algunos casos, de principios que la Sala Constitucional ha incorporado al Derecho de la Constitución. En efecto, entre muchos otros, el Principio de legalidad de penas e infracciones ha sido examinado mediante resolución No. 8193-00⁷⁶.

74 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6184-07.

75 Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.

76 En ese fallo se consideró lo siguiente:

“VII.- El principio de tipicidad en materia administrativa. Esta Sala en anteriores ocasiones ya se ha encargado de delimitar los alcances que este principio posee, principalmente en materia penal, señalando que „Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia penal, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la

Por su parte, mediante resolución No. 10730-2008, entre muchas más, la Sala se refirió al Principio de proporcionalidad⁷⁷ al igual que en resolución No. 129-12⁷⁸.

Igualmente, en el caso del Principio *non bis in idem*, en la sentencia No. 17310-06, entre otras, el Tribunal Constitucional se ocupó de su contenido⁷⁹.

No ha sido el caso, sin embargo, del principio de imposibilidad de imponer penas privativas de libertad, regla sobre la cual no he conocido ningún pronunciamiento de la Sala Constitucional, pero que estimo es posible incorporarlo al Derecho de la Constitución costarricense.

infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal... Así, este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley- por lo que, aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 8193-00.

77 En ese fallo, la Sala Constitucional señaló:

"Siguiendo la doctrina alemana, esta Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el Voto No. 3933-98 de las 09:50 hrs. del 12 de junio de 1998, indicó lo siguiente:

"(...) La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea „inexigible“ al individuo (...)"

78 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 129-12.

79 En esa sentencia, se indicó:

"VI. Sobre la alegada violación al principio de *non bis in idem*. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio „*non bis in idem*“, que en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho a una misma persona, es también de aplicación obligatoria en sede administrativa, lo que implica la imposibilidad de sancionar doblemente, aún en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 17310-06.

En cuanto a su contenido, la doctrina francesa ha entendido que cabe derivarlo del precedente del Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC, resolución en el cual se pronunció en el sentido de que no se quebranta ni el principio de separación de poderes ni ninguna otra norma de valor constitucional, en el caso de que el legislador le atribuya a una autoridad administrativa el poder de imponer sanciones, siempre que estas no sean privativas de la libertad⁸⁰.

BIBLIOGRAFÍA

1.-Libros y artículos

ARIÑO ORTIZ, G, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, España, 1999, Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial.

ARIÑO ORTIZ, G, LOPEZ DE CASTRO L., *La Competencia en los Sectores Regulados*, Granada, España: Comares Editorial, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, L., Reflexiones sobre los Presupuestos Constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los Principios Generales del Derecho Público Económico en *Estudios de Derecho Público*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, L. LOPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho Público Económico*, Madrid, Iustel, 2011.

DU MARAIS, B. Droit public de la régulation économique, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica, en *Derecho de la Regulación Económica*, Madrid, Iustel, Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009, pp.15-243.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, Iustel 2006.

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Madrid, Iustel, 2006.

2.-Normativa

Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949 y sus reformas.

Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas.

80 Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No.7593 de 9 agosto 1996 y sus reformas.

Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 de 4 junio del 2008.

Ley Reguladora del Mercado de Valores, No. 7732 de 17 de diciembre de 1997.

Ley Reguladora del Mercado de Seguros, No. 8653 de 22 de julio del 2008.

Ley Régimen Privado de Pensiones Complementarias, No. 7523 de 7 de julio de 1995.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, No. 7558 de 3 de noviembre de 1995.

Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, RJD-038-2013 de 27 mayo del 2013.

3.-Sentencias Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 1635-90.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 8193-00.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 17310-06.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 17599-06.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6184-07.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 10730-08.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6805-11.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 8409-11.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 129-12.

4.- Resoluciones Consejo Constitucional francés

Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.

RECENSIONES

LEIVA POVEDA, Jorge, *Procedimientos sancionadores en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Desarrollos jurisprudenciales)*, primera edición, Editorial Jurídica Continental, 2021, 247, pp.

Se trata de un estudio que resultaba urgente en el medio latinoamericano. El valor normativo de los fallos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos debe ser esclarecido para bien de la eficacia de los derechos humanos en el ámbito latinoamericano.

Para ello, no es suficiente, tan sólo, que la propia Corte reitere en sus pronunciamientos cuál es ese valor normativo. Es preciso, además, que mediante estudios dogmáticos, como el del autor, se haga una evaluación muy precisa del marco teórico sobre el cual se funda el sistema interamericano de derechos humanos.

Y es que, precisamente, es eso lo que nos ofrece el autor en esta obra en su primer capítulo. Para el intérprete del Derecho, es preciso conocer el bosque en el cual se ubica el árbol que genera frutos. Para ello, es indispensable la evaluación de nociones como la protección multinivel de derechos humanos, la distinción del control de convencionalidad y el de constitucionalidad, así como las funciones que se le atribuyen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema.

Lamentablemente, se trata de temas poco examinados en la academia, lo que, al menos en el caso costarricense, pienso que ha contribuido a invisibilizar el aporte de ese Alto Tribunal en la defensa y eficacia de los derechos humanos.

No hay duda que, ante la crisis de nuestro sistema de justicia constitucional, en el cual se ha venido gestando un retroceso continuo, de la mano de la reducción excesiva de “lo amparable” y de un enorme rezago en las tareas de control de constitucionalidad, es hora de dirigir la mirada hacia los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y enriquecer, por su medio, el debate y amparo de las garantías que protegen los instrumentos normativos cuya interpretación y aplicación corresponden a ese Alto Tribunal.

Nada de eso sería posible si no se logra comprender el cómo y el por qué del sistema interamericano de derechos humanos. Menos aún lo que ha dicho la Corte en temas tan sensibles como el debido proceso en el ámbito administrativo, tema huérfano en el ámbito constitucional, al ser calificado por la Sala Constitucional como un tema de “mera legalidad”.

Así que la obra de don Jorge cae como anillo al dedo en una coyuntura crítica para los derechos humanos y las garantías fundamentales.

No queda más, entonces, que estudiar, leer y releer esta importante contribución para así agradecer a su autor el enorme esfuerzo que, sin duda, ha requerido su redacción.

Aldo MILANO S.

GARITA NAVARRO, Roberto, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally (Comp), *Temas de Derecho Público en Homenaje al Dr. Rafael González Ballar*, primera edición, Editorial ISOLMA, 2021, 552 pp.

Ha visto la luz una publicación en homenaje, muy merecido sin duda, al Prof. Dr. Rafael González Ballar.

Se trata de una obra que incluye un total de veinte artículos mediante los cuales se logra examinar una gran cantidad de temas propios del Derecho público. De algún modo, esa amplia variedad que detallan sus compiladores ocasiona un análisis transversal de esta rama del Derecho.

Y es que no debe extrañar ese abordaje, puesto que se trata de una obra que se nutre de la labor de investigación de la Maestría de Derecho público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, sin duda, el programa de maestría de mayor trayectoria y tradición en este campo del Derecho, en gran medida, precisamente gracias a la labor del homenajeado que, desde distintas trincheras en la Facultad, ha velado por el bienestar de ese prestigioso programa de posgrado.

Se expone en la obra temas tradicionales, pero que no por ello hayan perdido protagonismo, como el del principio de legalidad. También, se incluyen estudios en materia de derechos humanos, derechos fundamentales, contencioso administrativo, empleo público, tributario, electoral, urbanístico, municipal, entre otros.

En suma, se trata de una obra de obligada consulta que permite, mediante contribuciones consolidadas en este valioso ejemplar, tener acceso a una muy actualizada y amplia visión del Derecho público en su más amplia expresión.

Aldo MILANO S.

ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, *Derecho constitucional de la competencia*, primera edición, Editorial Jurídica Continental, 2021, 294, pp.

Se ha publicado muy recientemente, la referida obra que deriva, como se expone en su Proemio, de la Tesis Doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en Madrid de la autora.

La obra se plantea en un ámbito absolutamente inexplorado en el medio costarricense, lo que refuerza aún más el mérito de la autora. Ya de por sí publicar un estudio es un atrevimiento intelectual y lo es aún mucho más, cuando se aborda temas que antes nadie ha estudiado, al menos, en el ámbito costarricense.

Uno de los aspectos que más llama la atención en esta contribución, a mi juicio, es su muy detallada elaboración histórica del devenir del Derecho constitucional de la competencia, lo que resulta muy esclarecedor, puesto que de la mano de la autora se logra llegar al texto original del artículo 46 constitucional, muchas veces incomprendido en su vis expansiva, precisamente por no atender sus orígenes.

Otra fortaleza del estudio, a mi juicio, es que está fundado en un muy pormenorizado análisis de fuentes sometidas a un análisis comparado, labor titánica por lo amplia que resultó, pero además, igualmente esclarecedora del por qué de las reglas constitucionales relativas al Derecho de la competencia.

En estos momentos históricos en los cuales se dio el paso de reforzar la autoridad de competencia -no lo suficiente, como la misma autora lo ha expuesto-, es vital contar con aportes doctrinales de esta naturaleza que evidencian un conocimiento y dominio pleno de una materia que urge asuma mayor protagonismo en el medio costarricense.

La obra tiene, además, la ventaja de ser evaluada, en el Proemio, por un amplio conocedor del tema que se aborda, como es el Prof. Dr. José Eugenio Soriano García, de pluma privilegiada y quien logra con creces caracterizar el estudio al manifestar:

“A lo largo de su trabajo, nos va ofreciendo nuestra ensayista una buena descripción inicial sobre los hitos más clásicos del derecho de la competencia, con episodios concretos de la historia antigua de esta legislación y jurisprudencia. Igualmente, el texto es rico en un examen comparado, conoce bien la literatura española y francesa, además de clásicos del derecho norteamericano, origen real de la actual legislación pro competencia.

Examina con detalle la evolución de los distintos períodos en que se desarrolló en Costa Rica este derecho, o al menos, los indicios del mismo, que ahora impulsa con su Tesis Doctoral.

Igualmente, con buena pluma y trazo firme, utiliza fina ironía en ocasiones, en la mejor tradición académica, para describir las distintas situaciones en que la ley y su aplicación fueron, en Costa Rica, en distintas direcciones. Oigámosla: “Es decir, en el caso que nos ocupa, el intérprete constitucional opta por un camino tautológico: la fijación administrativa de precios no es inconstitucional, porque la ley la autoriza. La pregunta es: ¿no será inconstitucional esa ley, precisamente por

autorizar la fijación de precios de forma permanente y al margen de la exigencia de situaciones de urgencia o excepción?”. Y no vacila nuestra escritora en criticar, resueltamente, algunos contradictorios pronunciamientos inclusive de los más altos Tribunales. Escuchémosla de nuevo: “Con esto, nuevamente se establece por parte del entonces intérprete supremo de la Constitución, que la fijación de precios mediante decreto ejecutivo, representaba una limitación o restricción a la libertad de comercio, que evitaba que se cayera en “...el libertinaje o lo que es peor, en la anarquía”. Anarquía simplemente por disponer de precios libres en concurrencia con otros.

Aldo MILANO S.