

EL PRINCIPIO
DE
RESERVA DE LEY

José Rafael Mesén Obregón

A propósito de estarse celebrando en este año el bicentenario de la Revolución Francesa, presentamos este ensayo titulado el "principio de reserva de ley" que expresa como influyeron directamente en las constituciones democráticas de América las ideas de Rousseau y de Locke, que fueron a su vez las que inspiraron los principios libertarios de la revolución. Incuestionablemente dicha insurrección fue contra el poder absoluto del Rey y principalmente contra la concentración en una persona de los tres poderes del Estado, o sea, la función administrativa, legislativa y judicial. Esta concentración llevó a su oportunidad a Luis XIV a expresar la célebre sentencia "l'état e'est moi", es decir, el Estado es el Rey. Sin embargo ya en Inglaterra se hacía la distinción entre la corona y la persona del Rey. Por la Corona se entendían los dominios de la nación que luego se fueron concibiendo cada vez más como de interés público o general y no personal del Rey. Es importante también notar que las ideas de Montesquieu expresadas en **El Espíritu de las Leyes**, eran la expresión teórica y sistemática del modelo inglés que ya para ese entonces, y antes de la revolución de 1789, practicaba la división de poderes. Asimismo la Constitución Americana de 1776 recoge las ideas de Locke y establece también el principio constitucional de las libertades individuales y las limitaciones al absolutismo del poder ejecutivo.

La tesis principal, tanto de Locke como de Rousseau, es que la libertad y el ámbito personal, o sea, la esfera jurídica de la seguridad de los individuos, es anterior a las leyes. Forma parte de esa irreductible individualidad e

independencia del hombre, característico de su estado natural (sociedad natural), a la cual ha renunciado voluntariamente por medio de un convenio o pacto, creando así las leyes y la organización de la sociedad en el Estado para lograr un mayor disfrute de los bienes y de la propiedad, por ser la vida colectiva más segura que la individual.

Sin embargo, cualquier limitación relativa a la libertad, a la seguridad individual, a las penas y a los impuestos, solo podía provenir de las mismas leyes, por ser éstas expresión de la voluntad y soberanía popular, nunca de los reglamentos o simples actos administrativos. Porque éstos eran la continuidad en la administración del poder absoluto del Rey. Frente al eventual abuso de poder de la Administración Pública (Ejecutivo) se levanta el impedimento de incursionar y reglamentar lo relativo a la libertad, seguridad, propiedad (impuestos: ya que intervienen en perjuicio del patrimonio individual) y penas (*nulla poena sine lege*). De tal manera, esta esfera de la individualidad queda protegida de los alcances de la autotutela administrativa. Este es uno de los grandes logros de la gesta revolucionaria de Francia, inspirada en el *Jus Naturalismo* de Locke y de Rousseau.

Una vez planteado el tema en esta perspectiva histórica pasamos de inmediato a analizar detalladamente los mecanismos jurídicos mediante los cuales se reserva la esfera de la libertad y de la propiedad a los actos con fuerza de ley, impidiendo así el abuso de poder y la arbitrariedad en el ámbito de las libertades públicas y derechos fundamentales del hombre, tan propios, estos excesos, por razones que se alegan de control social o político, por parte de la Administración Pública.

Las potestades administrativas encierran las posibilidades de la actuación concreta de la Administración Pública. Esta actuación habilitada por las potestades es de cinco clases: reglamentos, actos administrativos, contratos, ejercicio de la coacción y la actividad técnica de la administración. Para los efectos y alcances de este trabajo analizaremos las atribuciones constitucionales en las que se fundamenta la potestad reglamentaria de la Administración Pública. La potestad reglamentaria es el poder en virtud del cual la Administración dicta reglamentos. Reglamento es toda norma escrita dictada por la Administración, de orden general y de alcance normativo. La Administración Pública por esa virtud no es solo un sujeto de derecho sometido como todos los demás a un ordenamiento, sino que tiene la capacidad de formar su propio ordenamiento y aún el de los demás. La atribución a la Administración de un poder de creación de normas jurídicas tiene un transfondo histórico. Desde el punto de vista jurídico estricto el fundamento de la potestad reglamentaria es una determinante constitucional. García de Enterría nos dice: "Las Constituciones escritas, como ha sido tradicional desde la construcción técnica de la monarquía parlamentaria en el siglo XIX,

preverán, en efecto, la existencia de tal poder en el Ejecutivo; pero aún si la Constitución escrita nada precisare habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo a la existencia de una costumbre constitucional inequívoca".¹

Dicha costumbre constitucional inequívoca tiene un fundamento histórico reconocido por la mayoría de los juristas e historiadores. Esto es, una causa política y social. La existencia del poder reglamentario es algo normal en el mundo actual. Fue, sin embargo, en su momento una realidad que no correspondía fácilmente con la doctrina de la división de los poderes que parecía imponer una concentración del poder normativo en el legislativo y una limitación de la Administración a la ejecución de las leyes. Sin embargo, en opinión de Guier, J.E.: "Nominalmente en Francia siempre el poder legislativo estuvo en manos de las leyes, como una función que creció a la par de la monarquía".² Asimismo, en las fuentes del derecho francés las ordenanzas expedidas por la realeza fueron siempre de mucha importancia pese a la existencia posterior de las Asambleas. El reconocimiento de un poder reglamentario de la Administración no hace sino proseguir la costumbre de las ordenanzas y los edictos del Rey. Es la voluntad del "principio monárquico" que buscó integrarse tras el fin del imperio napoleónico en los esquemas democráticos alumbrados por la revolución. Habría en el estado un "principio democrático" (legislativo), pero a su lado con legitimidad y tradición histórica un "principio monárquico" (ejecutivo). La ley corresponde al democrático y el reglamento al monárquico.

Sin embargo, Carlos X y el Príncipe de Polignac pretendieron rectificar por medio de reglamentos u ordenanzas toda la obra legislativa de las Asambleas instauradas por la Revolución de 1789. Esto implicó la caída de los Borbones en la Revolución de 1830 y el establecimiento de los Orleans, dando origen así a una experiencia decisiva en el constitucionalismo francés.

No es este origen histórico la causa actual de la producción reglamentaria. La necesidad social de un ordenamiento acorde con las necesidades de una legislación eficaz es el fundamento de la potestad reglamentaria, aunque su origen histórico lo encontramos en las ordenanzas de la realeza. Por ello en los países con un sistema de administración continental de inspiración francesa se reconoce a la Administración Pública un poder reglamentario propio legitimado constitucionalmente (principio de legalidad de la Administración), porque la Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que

¹ García de Enterría, E. y Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas. Madrid, 1977, pág. 105.

² Guier, Jorge Enrique. Historia del Derecho. Editorial Costa Rica. 1970, pág. 605.

efectivamente le han sido concedidas por la Constitución y en concordancia con ella por las leyes; constituyéndose este principio en uno de los grandes logros del Estado de Derecho.

Esta potestad se encuentra establecida en nuestra Constitución en el siguiente articulado:

Art. 121 inciso 22: "es atribución de la Asamblea Legislativa darse el Reglamento para su régimen interior".

Art. 140 inciso 3: "es atribución y deber del Presidente de la República y su respectivo ministro el sancionar y propulsar las leyes, reglamentarlas y velar por su exacto cumplimiento".

Art. 140 inciso 18: "Asimismo, darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes".

En opinión del Lic. Eduardo Ortiz son esas las únicas normas constitucionales que expresamente mencionan la potestad reglamentaria.³

En lo que a España se refiere nos dice García de Enterría: "El fundamento constitucional del poder reglamentario de la Administración es algo evidente en toda la evolución histórica de nuestro constitucionalismo. La LOE ha dado, sin embargo, expresión formal a este reconocimiento, al afirmar en su artículo 13 que el Consejo de Ministros ejerce la potestad reglamentaria".⁴

A mayor abundancia, en el ordenamiento jurídico argentino, también de inspiración francesa, la existencia de la potestad reglamentaria se funda en la norma precisa del artículo 86, inciso 2 de la Constitución Nacional, según la cual corresponde al Poder Ejecutivo expedir "las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación".⁵

Con lo cual queremos hacer énfasis en que la potestad reglamentaria de la Administración es una costumbre constitucional inequívoca, que tiene su

3 Ortiz, Eduardo. La Potestad Reglamentaria en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas. Nº 16, pág. 125.

4 García de Enterría, E. Ibid., pág. 109.

5 Escola, Héctor J. Compendio de Derecho Administrativo. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1984, pág. 205.

origen histórico en la experiencia francesa y que permea el ordenamiento jurídico como una técnica inexcusable de gobierno de nuestra época, en la mayoría de las naciones occidentales.

Es importante destacar una diferencia en punto a los procedimientos especiales entre nuestra legislación y la española. Esta establece, en el artículo 13 de la Ley Orgánica Española, citado *supra*, que el Consejo de Ministros es el único depositario de la potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce al Estado, siendo ese órgano el único que ejerce la potestad reglamentaria.

En nuestra legislación la potestad reglamentaria la ejerce el Presidente de la República y el Ministro del ramo, según el artículo 140 incisos 3 y 18 de nuestra Constitución Política, ya citados, y que son las únicas normas constitucionales que expresamente mencionan la potestad reglamentaria.

Así pues, en España es el Consejo de Ministros en quien reside la potestad reglamentaria, en Costa Rica reside en el Poder Ejecutivo. Este lo forman "El Presidente de la República y el Ministro del ramo" (art. 21 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública). Sin duda ello obedece al hecho de que los Ministros son nombrados por el Presidente y no necesitan ratificación de ningún otro poder, teniendo esto como consecuencia que pueden ser removidos por voluntad exclusiva del Presidente. Dice así el artículo 146 de nuestra Constitución Política: "para el nombramiento y remoción de los Ministros bastará la firma del Presidente de la República". Asimismo, las resoluciones del Consejo de Gobierno deberán ser aprobadas por el Presidente de la República antes de ser ejecutadas por éste y por el Ministro del ramo. (art. 30, inciso 1 LGAP). Con lo cual queda así establecida la diferencia entre nuestra legislación y la española en cuanto al poder y autoridad del Consejo de Gobierno, recayendo en el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro del ramo) en nuestro caso, toda la autoridad de la potestad reglamentaria.

El hecho de que los actos administrativos de orden general y alcance normativo, o sea, los reglamentos, necesiten de una atribución constitucional, implica que la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, debe estar sujeta al principio de legalidad. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes, que son:

- a- La Constitución Política.
- b- Los Tratados Internacionales y las Normas de la Comunidad Centroamericana.

- c- Las leyes y los demás actos con valor de ley.
- d- Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia.
- e- Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los de los entes descentralizados.
- f- Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas. (Artículo 6 LGAP).

De este modo vemos como el Reglamento es una norma secundaria y subordinada a la Ley. La Constitución Política o la Ley debe atribuir al Poder Ejecutivo la potestad de dictar reglamentos. Es una norma jurídica de tercer grado, subordinada a la Constitución, a los Tratados y a las Leyes. Es parte esencial del carácter normativo del Poder Legislativo, que se traslada al Poder Ejecutivo por medio de una habilitación o potestad reglamentaria. Nos dice Romero Pérez, J.E.: "La potestad reglamentaria es aquella que permite emitir, válidamente reglamentos. Implica una función reglamentaria que es parte de la función administrativa y por ende subordinada al principio de legalidad. En este sentido, todo reglamento, toda potestad reglamentaria, exigen una norma de base que lo autorice, expresa o implícitamente. García de Enterría señala, por su parte, la relevancia del fundamento de la potestad reglamentaria, al decir que la Administración detenta un poder reglamentario debido a que la Constitución Política se lo ha dado. Se trata de una fuente de derecho que goza la Administración; en este sentido estamos ante un poder normativo complementario del poder legislativo".⁶

Desde el punto de vista de la jerarquía normativa la potestad reglamentaria es una delegación que el Legislativo hace en el Poder Ejecutivo en virtud de un mandato constitucional, ya que la Constitución es el complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaces de trazar las líneas maestras del ordenamiento jurídico de una nación. Es el ordenamiento jurídico estatal que fija las propuestas para la misma formación del Estado y determina sus elementos constitutivos; que estableciendo las modalidades de composición de sus órganos fundamentales, especifica sus atribuciones (potestad reglamentaria del ejecutivo, por ejemplo), y dirige concretamente la actividad también en la relación recíproca de las tres funciones principales del Estado, a saber, la administrativa, la legislativa y la jurisdiccional. Así como la relación entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

En este último aspecto a la actividad administrativa le está vedado emitir

⁶ Romero Pérez, J.E. Derecho Administrativo. Editorial EUNED. Costa Rica, 1985, pág. 69.

reglamentos que afecten al régimen jurídico de los derechos constitucionales (Art. 19 LGAP), ya que sería contravenir el principio de la jerarquía de las normas, que le confiere a la Constitución el primer rango. Así lo señala explícitamente Biscaretti di Ruffia: "Se determina, por consiguiente, una clasificación triple entre las fuentes mencionadas: superprimarias (Constitución y Leyes Constitucionales), primarias (Leyes formales y otros actos de eficacia equivalente, como decretos legislativos, con la subespecie de las leyes delegadas, y las ordenanzas de necesidad, con la subespecie de los decretos, leyes) y secundarias (reglamentos estatales)".⁷

Asimismo conviene tener en cuenta que la potestad reglamentaria tiene sus límites: formales y sustanciales. No todas las Administraciones Públicas pueden dictar reglamentos, sino solo la Administración Pública del Estado, o sea, el Poder Ejecutivo. O como bien dice Biscaretti di Ruffia: "los reglamentos estatales son válidos solo cuando se conforman a las leyes y se distribuyen según una escala de eficacia en relación con la jerarquía de los órganos que los emanan, figurando, por tanto, en el vértice los presidenciales".⁸ Los reglamentos no pueden contradecir la ley formal, a no ser que el ordenamiento jurídico les haya conferido eficacia particular mayor, como suele ocurrir con los decretos legislativos (principio de deslegalización y principio de delegación recepticia) y con las ordenanzas de necesidad. Aquí opera entonces la discrecionalidad de la Administración, que en todo caso en ausencia de norma escrita, debe regirse por los principios generales del Derecho, por la jurisprudencia y por la costumbre, siguiendo las reglas unívocas de la ciencia, de la técnica y de la lógica, manteniendo un sentido amplio de la razonabilidad y de la oportunidad, con el fin de cumplir con su objetivo principal, a saber, la complementariedad de los derechos públicos subjetivos y de los derechos subjetivos públicos, o sea, del interés general y del interés particular.

En cuanto a los límites sustanciales, para poder afirmar la validez de un reglamento, debe éste superar la confrontación con otras reglas de carácter sustancial, ya que existen ciertas materias que solo la ley puede regular y la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes.

Rige el principio de jerarquía normativa que implica la absoluta subordinación del reglamento a la ley y de ésta a la Constitución. Este principio de subordinación normativa es lo característico de un gobierno constitucional. Nos dice el jurista argentino González Calderón: "Gobierno constitucional significa, ante todo, un gobierno "por la ley" y no por *fiats*

7 Biscaretti di Ruffia, P. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid, 1973, pág. ...3.

8 Biscaretti di Ruffia, P. Ibid., pág. 173.

arbitrarios u órdenes circunstanciales de aquellos que están constituidos en autoridades. Opera bajo ciertos principios preestablecidos, escritos formalmente o no, y que en conjunto se llaman Constitución, la cual impone limitaciones legales al ejercicio de la autoridad pública y protege así al individuo contra su propio gobierno, con respecto a sus derechos, legítimamente establecidos, de libertad personal, de uso de los bienes y de seguridad".⁹

De tal modo la Constitución reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de los que éste no puede privarlo. En este aspecto los filósofos de la revolución, como Locke y Rousseau establecieron los principios de la propiedad y de la libertad como connaturales al hombre y anteriores a la organización de la sociedad en el Estado. Por tal razón se establece el "principio de reserva de ley" como una limitación material a la potestad reglamentaria. Se ha considerado en la teoría clásica del derecho que hay cuatro materias reservadas a la ley e inmunes a la potestad reglamentaria, ellas son: la propiedad, la libertad, los impuestos y las penas.¹⁰

En nuestra legislación debemos incluir la creación de servicios públicos (art. 121, inciso 20 de la Constitución Política), ya que el reglamento puede regular su organización interna, pero no su creación. Así como materia presupuestaria (art. 178 de la Constitución Política) y la creación de provincias y cantones (art. 168 de la Constitución Política). Así como todas las atribuciones reservadas exclusivamente a la Asamblea Legislativa enumeradas en el art. 121 de nuestra Constitución.

De tal modo por el "principio de reserva de ley", solo por ley pueden adoptarse determinadas resoluciones. Los reglamentos no pueden desconocer ni contrariar los principios y disposiciones de la Constitución, siendo ésta una aplicación directa de la teoría de la supremacía de la Constitución impuesta por ella misma. El Reglamento, como hemos visto, es una norma jurídica de cuarto rango; subordinada a la Constitución, a los Tratados Internacionales y a las Normas de la Comunidad Centroamericana y a la Ley. Los reglamentos no pueden invadir la zona de reserva legal, que es propia del poder legislativo.

⁹ González Calderón, J. Curso de Derecho Constitucional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 17.

¹⁰ Artículo 45 de la Constitución Política: "La propiedad es inviolable, a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley". Art. 20: "Todo hombre es libre en la República, no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes". Art. 121: "Atribuciones de la Asamblea Legislativa de carácter exclusivo", inc. 13: "Establece los impuestos y contribuciones nacionales, y autoriza los municipales". Art. 39: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior". Constitución Política de la República de Costa Rica.

No pueden establecer penas o nuevos tributos, ni imponer prestaciones personales obligatorias. Así nos lo dice García de Enterría: "la materia del impuesto y la de las penas, como tradicionales de la reserva material de la ley, van a abstraerse para concluir generalizándose en la propiedad (la regulación constitucional de la expropiación forzosa y la exigencia de una ley para legitimar la utilidad pública que permita dicha expropiación vienen a corroborar esta extensión) y en la libertad; estos serían los valores sustanciales protegidos al reservar a la ley el establecimiento de impuestos y de penas".¹¹

Tampoco los reglamentos pueden contrariar la ley, ya sea contraviniendo sus términos o incluyendo cuestiones propias de la ley que ésta no contiene. Así los reglamentos no deben ser incompatibles con los preceptos legales, a los cuales están subordinados. Los reglamentos en consecuencia de lo dicho, no pueden desconocer, en grado alguno, los derechos adquiridos por los particulares al amparo de la Constitución y de la ley. Nos dice Escola, H.J.: "La aparición en 1852, de la obra de Gerber titulada **Uber Offentliche Rechte**, constituye la primera consideración de los derechos subjetivos públicos de los administrados, asegurados por remedios constitucionales ciertos, al plantear el problema de los derechos que corresponden a los individuos frente al Estado".¹²

Tanto el Derecho Constitucional, como el Derecho Administrativo, que al decir de Biscaretti di Ruffia, este último, es apenas el título de uno de sus capítulos, tienen como norte el problema de los derechos que corresponden a los individuos frente al poder exorbitante del derecho común que caracteriza a la actividad del Estado.

De aquí la importancia de la jurisdicción contencioso administrativa, que garantiza que, cuando un reglamento trasciende la zona de reserva de la ley, puede ser impugnada y declarada su nulidad de pleno derecho. El inciso 2 del artículo 16 de la LGAP dice: "El Juez ejercerá controles de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites". Se establece el principio de interdicción de la arbitrariedad, máxime cuando la Administración actúa en función de sus potestades discrecionales, impone respecto a los valores jurídicos y prohíbe toda conducta anticonstitucional de la Administración. Es lo que se ha llamado "el genio expansivo del Estado de Derecho" que determina que cualquier agravio que se cause a un particular por la acción administrativa, en exceso de sus potestades, debe estar dotado de la posibilidad de la indemnización y reparación (artículo 190 de la LGAP),

¹¹ García de Enterría. Ibid., pág. 158.

¹² Escola, Héctor Jorge. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Depalma. Buenos Aires, pág. 191, 1984.

estableciendo para ello el recurso contencioso administrativo, que generalmente contempla acciones de inconstitucionalidad de los reglamentos, que también conocen los jueces de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

BIBLIOGRAFIA

Biscaretti di Ruffia, P. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. 1942, México.

Constitución Política de Costa Rica. Ed. Juricentro. 1977, Costa Rica.

Escola, Héctor Jorge. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1985.

Hernández Valle, Rubén. Las Libertades Públicas en Costa Rica. Ed. Juricentro. 1980, Costa Rica.

García de Enterría, E. y Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas. Madrid, 1977.

González Calderón, J. Curso de Derecho Constitucional. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1988.

Guier, Jorge Enrique. Historia del derecho. Ed. Costa Rica. 1970.

Ley General de la Administración Pública. Imprenta Nacional. 1988, Costa Rica.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Imprenta Nacional. 1988, Costa Rica.

Locke, J. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ed. Aguilar. Madrid, 1970.

Ortiz, Eduardo. La Potestad Reglamentaria en Costa Rica. 1970.

Romero Pérez, J.E. Derecho Administrativo. Editorial EUNED. Costa Rica, pág. 69.

Rousseau, J.J. El Contrato Social. Editorial Aguilar. Madrid, 1970.

Truyol, Antonio. Los Derechos Humanos. Ed. Tecnos. Madrid, 1979.