

CAPITULO VI

LAS FUENTES DEL DERECHO

1. Las fuentes del Derecho. 1.1 Concepto. Acepciones. 1.2 Fuentes materiales y formales. 2. La Ley. 2.1 Concepto. Acepciones. 2.2 Proceso de formación. 2.3 Principio de obligatoriedad. 2.4 Modos de derogación. 3. La costumbre. 3.1 Concepto. Elementos. 3.2 Clasificación. 4. La jurisprudencia. Concepto. Valor 5. Los principios generales del Derecho. Concepto. Valor. 6 La doctrina. Concepto. Valor

1. Las fuentes del Derecho

1.1. Concepto. Acepciones

La expresión **fuentes del derecho** implica una metáfora, pues, en realidad, “fuente” significa: “el lugar donde el agua se nos aparece y resulta fácil recoger”. Efectivamente, el vocablo *fuenta* deriva del griego y desde un inicio significó algo relacionado con el agua. De allí que, etimológicamente, fuente es aquello que está abierto o que puede abrirse para que salga agua, o aquello que contiene agua y de donde se puede recoger; en fin, el lugar en donde aparece el agua.

Entonces, metafóricamente, *fuenta del derecho* será todo aquello que, estando abierto o en posibilidad de ser abierto, permitirá recoger con facilidad el fenómeno del Derecho; en fin, el lugar donde se nos aparece el Derecho.

Esta metáfora, introducida o, por lo menos, consagrada por CICERÓN, y utilizada por el historiador TITO LIVIO para clasificar la Ley de las XII Tablas como: “fuente del derecho público y privado”, tuvo tanta aceptación que ya casi nadie tiene conciencia de que se trata de una metáfora. Es un vocablo que tiene más de veinte siglos de existencia y catorce siglos de uso jurídico corriente.

Tratándose de una metáfora, algunos juristas han pretendido sustituirla por otras expresiones como: “hechos normativos” o “hechos de producción normativa” u otras similares; pero todas esas expresiones resultan limitadas y no comprenden todo lo que se quiere expresar con la palabra “fuente” ya que, como sucede con otros vocablos jurídicos, se utiliza con diferentes acepciones.

Aunque hay autores que sostienen que se pueden encontrar aún más acepciones, pensamos, con intención didáctica, que sus significados más corrientes son tres: cuando se la usa en el sentido de fuentes de existencia, de fuentes de producción o de fuentes del conocimiento.

Se utiliza la palabra *fuentes*, en el sentido de **fuentes de existencia**, cuando con ella se designa a los **órganos productores de normas jurídicas**, es decir, a los organismos de donde emana el Derecho (objetivo). Desarrollando la metáfora, las *fuentes de existencia* serían la “fuente-objeto visible”, el lugar visible de donde emanan las normas. Así, por ejemplo, decimos que la fuente de la ley es la Asamblea Legislativa o que la fuente de la jurisprudencia son los jueces.

Se utiliza, además, la palabra *fuentes*, en el sentido de **fuentes de manifestación** cuando con ella se hace referencia a **los modos de producción o formación** del Derecho (objetivo), las normas jurídicas. Con el vocablo aludimos a los distintos procedimientos a través de los cuales se producen las normas jurídicas. Así, la ley, la costumbre o la jurisprudencia son fuentes del Derecho, son fuentes normativas. Aquí ya no se alude al órgano sino a los modos de producción a través del cuál ese órgano produce la norma.

Por último, el vocablo *fuentes*, se suele utilizar como **fuentes de conocimiento**, llamándoles tal a los **textos** donde podemos encontrar las normas jurídicas, pues es allí donde podemos conocer el Derecho. En realidad, también, las fuentes de producción, en cuanto se materializan en textos son también fuentes de conocimiento. Así decimos que el Código Civil, el texto del Código Civil es una fuente importante para conocer los aspectos allí contemplados.

Aunque las tres acepciones son utilizadas con frecuencia, pensamos que la más interesante de todas es la segunda, o sea la que utiliza el vocablo en el sentido de fuentes de producción normativa; es lo que hoy llamamos las **fuentes formales del Derecho** o **fuentes normativas**.

1. 2 Fuentes materiales y formales

El concepto de fuentes formales surge de una construcción doctrinaria de SAVIGNY quien distinguía entre fuentes materiales y fuentes formales del Derecho.

El pensador alemán llamaba **fuentes materiales**, a las **causas** de producción de las normas jurídicas. Partía de la idea que eran las causas históricas, sociales, políticas, económicas, culturales, etc..., las que motivaban, en última instancia, a los órganos de producción a elaborar las normas.

Por otra parte, llamaba **fuentes formales** a los distintos **modos de producción de las normas**, es decir a los distintos procedimientos a través del cual los órganos producen las normas jurídicas.

En efecto, en función de determinadas causas motivadoras se inician y desarrollan los distintos procedimientos autorizados a través de los cuales, en un determinado ordenamiento, se producen las normas.

Como sucede en Costa Rica, normalmente esas autorizaciones provienen del constituyente quien ha diseñado un sistema de producción normativo coherente con el sistema de distribución de poderes porque –debe advertirse– siendo la actividad de producción normativa una actividad coactiva reguladora de la vida humana en sociedad constituye un poderoso mecanismo de poder y, por ende, de control político y social. Por ello detrás de toda discusión sobre el valor singular de cada fuente del Derecho se ocultan pretensiones de poder o de juegos de poder.

Así la **ley**, la **costumbre**, la **jurisprudencia** y los **principios generales de derecho**, a la vez que constituyen las **formas** a través de las cuales se **manifiestan** las normas, suponen la existencia de un procedimiento a través del cual llegan a formalizarse.

Precisamente el estudio que a continuación haremos se refiere a las fuentes formales del Derecho lo que significa ingresar en el análisis de cada uno de los procedimientos a través de los cuales se producen las normas jurídicas.

Por eso nos referiremos a cada una de las fuentes formales de los sistemas de tradición romano - germánica, a saber, la ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales, aunque también, someramente, nos referiremos a la doctrina, aunque no son es una fuente formal propiamente dichas, es una influyente fuente material.

2. La Ley

2.1 Concepto. Acepciones

En cuanto a su origen etimológico, los autores no se ponen de acuerdo y sostienen distintas opiniones. Pensamos que la más cercana explicación es la que hace derivar *lex* de la palabra latina: *legere* –“leer”- pues, en el caso romano, la denominada *lex publica* era leída o exhibida en un lugar público para que pudiera leerse.

Y esta explicación es coherente con el concepto de ley (*lex*), en el sentido más amplio de la palabra, que la identifica con el mandato general **escrito** y **producido por la autoridad** –en el caso moderno: el Estado-.

Efectivamente, aunque a los contemporáneos nos parezca extraño, los romanos se rigieron desde la fundación de la ciudad (753 a.C.) hasta la sanción de la primera ley, la Ley de las XII Tablas (450 a.C), es decir durante trescientos años, exclusivamente por un Derecho consuetudinario (*mos majorum*), cuyas

características sobresalientes –a los efectos de lo que aquí estudiamos- eran el ser **no escritas** y **no ser producida por la autoridad**. De tal manera que cuando aparece la *lex* ésta constituye para los romanos un modo totalmente novedoso de producción normativa caracterizado, antagónicamente, por ser **escrito** y **producido de la autoridad social**.

Precisamente estas dos características, escritura y producción de la autoridad, marcaron a fuego la noción de ley, en sentido amplio o material.

Así cuando se habla de **ley en sentido material** se hace referencia a la ley en sentido amplio, es decir a todo mandato general escrito y producido por el Estado. En este sentido se usa la palabra ley para designar cualquier expresión escrita general de la voluntad estatal -leyes ordinarias emanadas del Poder Legislativo, decretos del Poder Ejecutivo, reglamentos, circulares- teniendo sólo en cuenta para designarlos como ley el hecho de ser mandatos generales escritos emanados de la autoridad.

En cambio, cuando se utiliza la palabra **ley en sentido formal** se lo hace con una significación más específica, designándose como tal sólo a aquella normativa, por supuesto general y escrita, **producida por un órgano especialmente autorizado y sólo a través de un mecanismo también autorizado**. En el caso costarricense se le llama ley (en sentido formal) a los textos emanados de la Asamblea Legislativa –órgano autorizado por el artículo 105 de la C.P- producidos a través de los mecanismos también previstos por la Constitución y que analizaremos en este mismo capítulo. Así se limita el uso de la palabra ley a este específico tipo de actividad normativa.

Así, por ejemplo, cuando se habla del “principio de legalidad” en materia sancionatoria y se cita el artículo 39 CP que dice que “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por **ley** anterior...” o del “principio de legalidad” en materia tributaria que expresa que “sólo por *ley*” se pueden establecer impuestos, o del “principio de reserva de **ley**” en materia de derechos fundamentales, que exige que “solo por **ley** se pueden establecer limitaciones a derechos fundamentales” se está utilizando la palabra ley en

sentido formal, queriéndose decir que, en esos caso sólo el legislador, a través de los mecanismos constitucionales autorizados, puede producir esa normativa.

Decíamos antes que la ley, en sentido formal, era aquella producida por la Asamblea Legislativa a través de un procedimiento constitucionalmente autorizado. Por eso a continuación nos dedicaremos a estudiar ese proceso, junto a otros temas vinculados como el principio de obligatoriedad de la ley o el de los modos de derogación.

2. 2 Proceso de formación de la ley en Costa Rica

Cuando nos referimos al proceso de formación de la ley debemos distinguir, por un lado, entre el **proceso de formación de la ley de rango ordinario** y el **proceso de formación de la ley de rango constitucional**, ya que cada una tiene diseñado un proceso diferente; y, por otro, los procesos de democracia indirecta que se llevan a cabo por los órganos legislativos y los procesos de democracia directa, hace poco incorporados, que se llevan a cabo a través del referéndum.

Reza el artículo 105 CP:

“La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional.

El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa” (Este artículo 105, fue reformado por el inciso a), del artículo 1° de la Ley N° 8281, de 28 de mayo de 2002.)

A su vez, el artículo 121 CP nos dice que “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde **exclusivamente** a la Asamblea Legislativa:

1) *Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones;...”.*

En función de la potestad concedida se diseña constitucionalmente, por un lado, **el procedimiento de formación de la ley ordinaria** en Costa Rica, contemplado básicamente en los artículos 123 a 129 de la C.P. y desarrollado en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Dicen:

*“Artículo 123. Durante las sesiones ordinarias, la **iniciativa en la formación de las leyes** corresponde a cualquiera de los miembros de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo, por medio de los Ministros de Gobierno.”*

*“Artículo 124. Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de dos **debates**, cada uno en distinto día no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales. No tienen el carácter de leyes, y por lo tanto, no requieren los trámites anteriores los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121, que se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en el Diario Oficial.*

La Asamblea Legislativa puede delegar, en comisiones permanentes, el conocimiento y la aprobación de proyectos de ley. No obstante, la Asamblea

podrá avocar, en cualquier momento, el debate o la votación de los proyectos que hubiesen sido objeto de delegación.

No procede la delegación si se trata de proyectos de ley relativos a la materia electoral, a la creación de los impuestos nacionales o a la modificación de los existentes, al ejercicio de las facultades previstas en los incisos 4), 11), 14), 15) y 17) del artículo 121 de la Constitución Política, a la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para cualquier efecto, y a la reforma parcial de la Constitución Política.

La Asamblea nombrará las comisiones permanentes con potestad legislativa plena, de manera que su composición refleje, proporcionalmente, el número de diputados de los partidos políticos que la componen. La delegación deberá ser aprobada por mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea, y la avocación, por mayoría absoluta de los diputados presentes.

El Reglamento de la Asamblea regulará el número de estas comisiones y las demás condiciones para la delegación y la avocación, así como los procedimientos que se aplicarán en estos casos.

La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes, aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas.”

“Artículo 125. Si el Poder Ejecutivo no aprobare el proyecto de ley votado por la Asamblea, lo vetará y lo devolverá con las objeciones pertinentes. No procede el veto en cuanto al proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario de la República”.

“Artículo 129. Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice.

No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público.

Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa”

La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.”(Este último párrafo fue reformado por el inciso d), del artículo 1° de la Ley N° 8281, de 28 de mayo de 2002)

Como puede observarse el proceso de democracia indirecta consta de una iniciativa, debates, aprobación, sanción por el Poder Ejecutivo y publicación que constituyen las etapas básicas de todo proceso de ese tipo.

Por otra parte, tenemos la posibilidad de producir legislación a través del referéndum, según la reforma introducida al artículo 105 constitucional, para el cual el texto contempla tres vías de iniciativa, a saber: por convocatoria de al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, por convocatoria de la Asamblea Legislativa mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros o por convocatoria conjunta del Poder Ejecutivo y la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, prohibiéndose tal mecanismo para proyectos que involucren materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

En función de la previsión constitucional se dictó la Ley N° 8492 de Regulación del Referéndum la que, según su artículo 1 “tiene por objeto regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa denominado referéndum, mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política”

Según el artículo 4 de la Ley cuando participe por lo menos un treinta por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral para la legislación ordinaria y un cuarenta por ciento, como mínimo, en los asuntos que requieran la aprobación legislativa por mayoría calificada, el resultado del referéndum será vinculante para el Estado; en tal caso, la ley promulgada será obligatoria y surtirá

efectos desde el día en que dicha norma lo designe o, en su defecto, diez días después de su publicación en La Gaceta.

Por otra parte, cuando en Costa Rica queremos producir **normas de rango constitucional** necesariamente tenemos que modificar la Constitución, por eso al hablar de formación de leyes de rango constitucional tenemos que hacer referencia al proceso de reforma constitucional previsto en la Carta Magna, quien distingue entre el proceso de reforma parcial y total.

El artículo 195 CP se refiere a la reforma parcial.

“Artículo 195. La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

1) La proposición en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse a la Asamblea en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados;

2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión;

3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.

4) Presentado el dictamen se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;

5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo;

6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;

7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el

proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia”

Como puede observarse la Constitución autoriza a la Asamblea Legislativa a reformar la Constitución con “absoluto arreglo” a esas disposiciones.

El artículo 196 CP se dedica a la reforma total o general, diciendo:

“Artículo 196. La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.”

Como vemos, para este caso la Constitución vigente exige la conformación de una Asamblea Constituyente que deberá aprobar por mayoría calificada el nuevo texto.

Debemos recordar que también a través de **referendum** se pueden introducir reformas a la Constitución.

2.3 El principio de obligatoriedad de las leyes

La primera parte del artículo 129 C.P. establece que *“Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial “ y que “Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice”,* consagrando los principios de obligatoriedad de las leyes y de inexcusabilidad de la ignorancia o error de Derecho.

Con la publicación queda concluido el procedimiento previsto para la producción de la ley y perfeccionada ella, por lo cual su inmediata consecuencia es la obligatoriedad de acatamiento de sus órdenes, no pudiendo, en principio, alegarse su desconocimiento.

Desde el antiguo Derecho Romano, basado, a su vez, en el principio de seguridad jurídica, aparece **el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia o error de Derecho** que, básicamente, impide excusarse del cumplimiento de la ley pretextando desconocimiento de la existencia o error de apreciación de la norma.

El principio, en un comienzo, era absoluto y no admitía excepciones ya que en las sociedades pequeñas y simples, con normas largamente arraigadas, era difícil sostener que se desconocía su existencia o su verdadero alcance. Pero a medida que las sociedades políticas se han transformado en inmensas y complejas, se hace imposible, aún para el más informado o versado, conocer la totalidad de las normas que producen los distintos órganos del Estado. De allí que el principio de seguridad deba armonizarse con el de justicia, teniendo en cuenta que, en la realidad, no todos los seres conocen las normas.

Por eso actualmente el principio se suaviza, como sucede en el caso nuestro, donde la Constitución dice en el segundo párrafo del artículo 129 que “*Nadie puede alegar ignorancia de la ley, **salvo en los casos que la misma autorice***”. El mismo constituyente ha previsto la posibilidad de excusar situaciones permitiéndole al legislador hacerlo cuando lo considere oportuno.

Precisamente en uso de esas facultades, el legislador ordinario costarricense ha permitido excepcionalmente la excusa del error de derecho, como sucede en materia penal.

Efectivamente el artículo 35 del Código Penal afirma: “**Error de derecho**. No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79”.

Aunque no corresponde estrictamente al tema que nos ocupa, es necesario distinguir la **ignorancia o error de derecho** -sobre la existencia o alcance de la norma-, **inexcusable** como principio, de la **ignorancia o error de hecho** -ignorancia sobre un aspecto fáctico o de la realidad- que si puede ser **excusado** como sucede con el error como vicio de la voluntad de los negocios jurídicos o con el error de hecho en materia penal (artículo 34 C.Penal)

ARTÍCULO 34.- Error de hecho. No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

2. 3 Los modos de derogación de la ley

Hemos afirmado anteriormente que las normas jurídicas son tales dentro de un ámbito de validez temporal, por lo cual la ley, que es una expresión normativa, desarrolla su obligatoriedad entre el momento de entrada en vigencia y el momento de su fin, es decir, de su derogación.

Sobre este aspecto conviene previamente realizar una precisión terminológica, ya que frecuentemente se usa los términos derogación y abrogación en forma conceptualmente desordenada. Ambos vocablos, de origen latino tenían significados diferentes. El término derogación *–de-rogatio-* aludía a la “derogación parcial”, mientras que el término abrogación *–ab-rogatio-* aludía a la “derogación total” de la ley. En ese sentido debe entenderse el párrafo quinto del artículo 129 C.P que afirma: “La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior...”. Lo que el texto constitucional quiere expresar es que la ley no queda ni parcial ni totalmente derogada sino por...” De cualquier modo, en lenguaje coloquial, es usual que ambos términos sean usados indiferentemente. Nosotros hablaremos aquí de derogación, pero entendida en sentido amplio, sin distinguir entre derogación parcial o total.

Por otra parte, hablamos de **modos** de derogación, en plural, por lo cual subrayamos, desde el inicio, que no existe un solo modo, sino varios de poner fin a la vigencia de una ley.

Distinguimos entre la derogación por **causas intrínsecas** y **por causas extrínsecas** a la ley. Efectivamente, la ley puede derogarse por causas

contenidas en ella o por causas externas a ella.

Recordemos que, al estudiar el tema de la clasificación de las normas jurídicas en relación a su ámbito de vigencia temporal, señalábamos la distinción entre **normas de vigencia determinada** -que eran aquellas que traían en sí misma su propia causa de derogación (**intrínseca**), que se auto derogaban- ya que eran dictadas para regir durante un tiempo determinado y **normas de vigencia indeterminada**, cuyo plazo de vigencia permanecía abierto hasta que eran derogadas por alguna causa externa a ella (**extrínseca**).

En el segundo de los casos -derogación extrínseca-, en principio, es posible admitir que la ley pueda ser derogada por otra ley o por costumbre. Decimos, en principio, porque algunos ordenamientos permiten la derogación por costumbre –**costumbre derogatoria**-, como sucede en el derecho argentino, mientras que otros lo prohíben como sucede en el caso costarricense.

“La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.”, dispone el ya mencionado párrafo quinto del artículo 129 constitucional.

De tal modo que en el Derecho patrio la ley solo puede ser derogada por otra ley: derogación por ley.

Ahora bien, dentro de la derogación por ley podemos distinguir entre la derogación expresa en sus dos modalidades - derogación expresa general y derogación expresa específica- y la derogación tácita.

Se habla de derogación expresa, como su nombre lo indica, cuando el legislador de manera explícita y directa manifiesta su deseo de poner fin a la vigencia de una ley. Pero, el legislador puede hacerlo de dos maneras; uno, **de manera general**, como sucede cuando el legislador usa expresiones como: “se derogan todas las leyes que se le opongan”; se trata en este caso de una manifestación de derogar expresamente todas las disposiciones legales contrarias. También puede hacerlo de **manera específica**, individualizando los textos legales que quiere derogar –ejemplo: “se deroga el art. 124 del Código Civil”-.

Otro modo muy diferente, y que da lugar a difíciles problemas, es el de la **derogación tácita**. Se habla de derogación tácita cuando, en la realidad, se

presentan dos leyes del mismo rango que ordenan consecuencias jurídicas diferentes para una misma hipótesis jurídica, con lo cual surge la necesidad de resolver cuál de las dos leyes prevalece sobre la otra; si, por la aplicación de los principios que a continuación explicamos, llegamos a la conclusión que la segunda ley prevalece sobre la primera, es que afirmamos que el legislador ha derogado tácitamente la ley, pues, aunque no lo ha dicho expresamente, se presume una nueva intención legislativa.

Para resolver este conflicto se aplican dos principios. El primero es que “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior” –**principio de prevalencia de la ley posterior**-; pero dicho principio no es suficiente ya que debe tenerse en cuenta otro principio y es el de que “la ley más individualizada prevalece sobre la ley más generalizada” –**principio de prevalencia de la ley más individualizada**-.

De modo que una ley posterior deroga tácitamente una ley anterior cuando, además, es más individualizada, es decir, como sabemos, cuando su ámbito de validez es más específico que el de la ley anterior. Se trata de cuestiones en donde las situaciones hipotéticas de ambas leyes se encuentran en una relación de género a especie. Por ejemplo, si un primer reglamento fija determinado horario de trabajo para “todos” los trabajadores de la empresa y luego un segundo reglamento –sin derogar expresamente el primero- establece un horario de trabajo diferente solo para los “trabajadores administrativos” de esa empresa, excluyendo al resto de los trabajadores, este reglamento no es solo posterior sino más específico por lo cual deroga tácitamente el anterior sólo en cuanto al grupo de trabajadores administrativos, continuando vigente el primero para el resto de los trabajadores.

Es un error frecuente tomar sólo en consideración el criterio de prevalencia de la ley posterior sin tomar en cuenta el criterio de especialidad.

Habría que recordar el agregado *del artículo de la Ley N° 8281*: “ *Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.*”

3. La costumbre

3. 1 Concepto. Elementos

El concepto romano germánico de costumbre nace del concepto post-clásico de *consuetudo*. En efecto, nuestra concepción actual de la costumbre, o lo que nosotros entendemos por ella, no deriva de otros conceptos, como sucede con el concepto anglosajón de costumbre.

A través de dicha noción los romanos nos enseñaron a distinguir una costumbre jurídica, con valor coactivo, de otra que no lo es al señalarlos cuáles son los *elementos* que deben reunir para poseer valor exigible.

Sobre esa base, los autores modernos definen la costumbre como: **una práctica social generalizada, constante, permanente y de largo uso que genera en el grupo que la practica la convicción u opinión de su juridicidad.** De este concepto se desprenden los dos **elementos** que integran la esencia íntima de estas normas.

Por un lado, un **elemento objetivo o material** constituido por una: **práctica repetida de una conducta social** (*inveterada consuetudo*) y; por otro, un **elemento subjetivo o formal**, formado por la **opinión o convencimiento de que ese modo de obrar es jurídicamente obligatorio** (*opinio iuris u opinio necessitatis*).

Pero no cualquier práctica social constituye el elemento objetivo o material de la costumbre, ya que esa práctica social debe reunir ciertas condiciones; debe ser una práctica generalizada, constante, permanente y de largo uso. **Generalizada**, significa que la conducta es observada por la mayoría del grupo que la practica, siendo obligatoria aun para los miembros del grupo que no la practican, ya que existe consenso en el grupo (*consensus omnium*) de que esa práctica es de relevancia jurídica. **Constante**, porque la conducta del grupo tiene que ser siempre la misma; así se habla de la necesidad de identidad de la conducta, de tal modo que si el grupo practica conductas diferentes la costumbre

no llega a formarse. **Permanente**, ya que la conducta del grupo no debe ser interrumpida; en realidad, constancia y permanencia (*constans et perpetuas*) son dos conceptos íntimamente ligados, ya que una práctica no es siempre la misma cuando es interrumpida. De **largo uso**, (*vetustas*) ya que para poder hablar de costumbre es necesario que la práctica tenga un arraigo en el tiempo.

De cualquier modo, no es propiamente el elemento objetivo el que le da a la costumbre su carácter jurídico, ya que, de hecho, toda costumbre, aun la vulgar, presenta esos requisitos. Lo que verdaderamente le trasmite su valor coactivo es, sin duda, su elemento subjetivo, formal. No basta la repetición de una conducta, pues es necesario que esa práctica vaya acompañada de cierta convicción relativa a su naturaleza jurídica, a su obligatoriedad. La costumbre se transforma en Derecho consuetudinario sólo cuando un grupo social adquiere la convicción de su valor coactivo (*opinio iuris*), o de su necesidad de cumplirla ya que puede ser forzosamente reclamada (*opinio necessitatis*).

Estos conceptos, formulados en la época post-clásica romana, fueron tomados por las doctrinas medievales quienes la orientaron mediante la exigencia de adecuación a los fundamentos y fines del Derecho, fijando con mayor delicadeza sus caracteres y requisitos.

Cuando las teorías racionalistas de los siglos XVII y XVIII intentaron crear un Derecho supuestamente más científico y seguro, menospreciaron las normas consuetudinarias por su empirismo y por su imprecisión, subordinándolas totalmente a la ley, desde entonces erigidas en fuente principal.

La Escuela Histórica alemana intentó resucitar el valor de la costumbre pretendiendo privilegiarla aun sobre la ley, al considerar que el Derecho consuetudinario reflejaba con mayor fidelidad la conciencia jurídica colectiva que el Derecho elaborado científica y racionalmente.

De cualquier manera, en el Derecho moderno, el predominio alcanzado por la legislación, como producto de un Derecho elaborado por la autoridad, que requiere mayor tecnicismo, rapidez y precisión, han limitado la función del

Derecho consuetudinario subordinándolo a la ley.

3.2 Clasificación de las costumbres

También los romanos post-clásicos nos enseñaron a distinguir tres tipos de costumbre, tomando como criterio discriminador la ubicación que ésta podría tener frente a la fuente principal, a la ley.

Así, siguiendo la clasificación, tal como fue reelaborada posteriormente por la doctrina medieval, se pueden señalar tres posiciones de la costumbre respecto de la ley, dando lugar a lo que a continuación explicamos.

Existe un primer tipo de costumbre que se denominan costumbres ***secundum legem*** o **interpretativas**; se denominan así aquellas que nacen de la observancia o práctica de una ley y que, por lo tanto, se conforman con lo que ella dispone. En este caso, ley y costumbre coinciden en el contenido de sus mandatos. Resulta evidente que este tipo de costumbre no significa una práctica autónoma e independiente de la ley, ya que se trata del mismo Derecho escrito que se ha incorporado a los hábitos sociales.

Esta simpatía entre ley y costumbre *secundum legem*, a primera vista, pareciera negarle significado o funcionalidad a esta forma consuetudinaria, por lo que corresponde preguntarse: ¿para qué sirven?, ¿qué función cumplen frente a la ley?, cuando sabemos que disponen lo mismo que ella.

Estas costumbres cumplen un importante papel en la **interpretación** de las leyes. Cuando éstas son oscuras o imprecisas, un buen recurso técnico consiste en observar como en la práctica, la costumbre, ha ido, en el plano de la realidad, precisando su verdadero contenido y alcance. Nada mejor en la interpretación de una ley que la observación de cómo los hombres, a lo largo del tiempo, han ido entendiendo la voluntad legal. Por eso las llamamos **costumbres interpretativas**. “La costumbre es la mejor intérprete de las normas”, decía alguien por allí.

Existe un segundo tipo de costumbre que designamos como costumbre ***praeter legem o integrativa o supletoria***, que son aquellas que se generan en ausencia de la ley, llenando los vacíos que deja el Derecho escrito. A diferencia de las anteriores, se trata de nuevas normas, distintas y autónomas de la ley, por eso se consideran las costumbres por excelencia. Se trata de costumbres que están fuera o más allá de la ley pero que no contrarían a ésta, pues regulan situaciones no contempladas expresamente por ellas. Su función radica entonces en *integrar* las normas junto a la analogía y otros recursos técnicos que sirven para solucionar el problema de las lagunas de la ley.

Este tipo de costumbres son las que constituyen la verdadera fuente del Derecho -el Derecho consuetudinario- ya que se trata de un modo de producción normativo autónomo.

El artículo 1 del Código Civil costarricense las califica dentro de las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico al decir: *“Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico”*: agregando en su artículo 3 que *“el uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable..”*.

Existen un tercer tipo de costumbres llamadas costumbres ***contra legem o derogatorias*** que son aquellas que aparecen en franca oposición a las normas legales, pues constituyen prácticas contrarias a la ley que le impiden a alcanzar efectiva vigencia o que le hacen perder ésta con posterioridad.

La derogación de las leyes, por motivo o causa de una costumbre, puede producirse por dos vías: una, por **desuso** (*desuetudo*) y esto sucede cuando una práctica prescinde de la ley, quitándole efecto por vía de omisión, y otra, por una **práctica contraria** la ley (*contra consuetudo*), cuando en forma positiva una costumbre impone una conducta diferente a la prescrita legislativamente.

De tal manera, que según el sistema romano, la costumbre puede en algunos casos derogar las leyes, por eso se habla de *costumbres derogatorias*; en el Derecho moderno algunos ordenamientos positivos admiten la solución romana, mientras que otros expresamente consagran la inadmisibilidad de este último tipo de costumbre, como sucede en el Derecho nacional donde el ya citado párrafo quinto del artículo 129 CP prohíbe tajantemente tanto la derogación por desuso como la derogación por práctica contraria al disponer que: *“La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.”*

4. La jurisprudencia. Concepto. Valor

Comencemos aclarando que la palabra jurisprudencia se utiliza con diferentes significados técnicos. Principalmente se la utiliza en dos sentidos. Uno, como sinónimo de Ciencia Jurídica o Ciencias Jurídicas; así, en algunos países, se dice que alguien estudia Jurisprudencia o es Laureado en Jurisprudencia; términos derivados, como jurista o jurisprudente, se utilizan con frecuencia en nuestro medio para designar a las personas que cultivan el Derecho. Este no es el sentido que nos interesa aquí.

La otra significación es cuando se la utiliza para designar a una de las fuentes formales del Derecho. Cuando hablamos de jurisprudencia como fuente **formal** de Derecho aludimos a una de las **formas de producción autorizada** por cierto ordenamiento jurídico, en este caso, como resultado de la actividad jurisdiccional del Estado.

Aún así restringida su utilización, el vocablo jurisprudencia no resulta unívoco ya que los juristas la utilizan indistintamente.

A veces se le llama jurisprudencia a la **sentencia** –individualmente considerada- entendiendo que la actividad jurisdiccional se desenvuelve en el ámbito particular y concreto del caso al cual se le deben aplicar las normas generales y abstractas. Así es frecuente encontrar utilizado el vocablo jurisprudencia como sinónimo de sentencia.

Otras veces se designa como jurisprudencia al **conjunto de pronunciamientos dictados por órganos judiciales** –inclusive, incorrectamente, por órganos administrativos-. En este sentido se habla, por ejemplo, de la jurisprudencia del Tribunal Superior Primero Civil de San José, refiriéndose al conjunto de sentencias de ese órgano e, impropriamente, de la “jurisprudencia” del Tribunal Fiscal Administrativo-.

También se la utiliza para designar a una **serie de sentencias concordantes sobre un determinado tema**; según este uso lingüístico, sólo la reiteración, la uniformidad, de criterios emitidos para resolver casos similares en **varias** sentencias permite hablar de jurisprudencia. Así sucede cuando la Sala Constitucional exige demostrar la existencia de varias sentencias uniformes para poder cuestionar la constitucionalidad de una determinada jurisprudencia.

Por último la palabra jurisprudencia se utiliza para designar a **la doctrina de los Tribunales de Casación**, en la medida que éstos tienen la última palabra ante la resolución de caso; por ser el órgano judicial de la más alta jerarquía influye con sus ideas los tribunales inferiores, sea porque se ordene su obligatoriedad –caso de los sistemas que consagran la obligatoriedad de la doctrina de casación- o simplemente –aunque sus criterios no sean obligatorios para otros jueces- porque el prestigio de los miembros integrantes del Tribunal o el simple hecho de que sea éste el que deba resolver el próximo caso influye sobre los operadores jurídicos, incluso sobre los otros jueces.

Precisamente, por la diversidad de las acepciones con que se utiliza la palabra jurisprudencia, hay que precisar en qué sentido se está utilizando la expresión para considerar que valor o función se le asigna en cada caso.

Así hablamos de qué valor tiene la sentencia –individualmente considerada-, o qué valor tiene un conjunto de pronunciamientos dictados por un determinado órgano judicial, o qué valor tiene una serie de sentencias concordantes sobre un determinado tema o, finalmente, qué valor tienen las sentencias de los Tribunales de casación.

Para ello, hay que aclarar, es necesario tomar en consideración el valor de esas producciones en un ordenamiento determinado y en una cultura jurídica determinada.

En cuanto al valor de la sentencia –individualmente considerada-, tenemos que decir que nuestro país, como todos aquellos que siguieron el modelo tripartito de división de poderes, asignó constitucionalmente a cada uno de ellos funciones específicas. Así, el artículo 9 C.P consagra el principio de división de poderes y de la indelegabilidad de las funciones propias al decir que: *“El Gobierno de la República es popular; representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de las funciones que le son propias”*. Esas funciones no son otras que las que la propia Constitución encomendó a cada uno de los poderes: al Legislativo (arts.105-129), Ejecutivo (arts.130-151) y Judicial (arts.152-167), agregando las funciones que el artículo 49 CP asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa y las que la reforma constitucional asignó a la Sala Constitucional en los artículos 10 y 48 C.P.

De allí que las específicas facultades atribuidas constitucionalmente a los jueces –**función jurisdiccional**- son claras: conocer de las causas de manera definitiva (**cosa juzgada**) y poder ejecutar sus resoluciones con la ayuda de la fuerza pública (**poder coactivo**). A nada más faculta la Constitución a los jueces de la República.

De allí el valor de una determinada sentencia firme –dictada por juez competente-: la imposibilidad –salvo excepcional- de poder ser revisada, la obligatoriedad de acatamiento por quienes sean alcanzados y la posibilidad de usar los instrumentos coactivos que dispone el Estado para hacerla efectiva.

De tal modo que, en nuestro país, en principio, y tal como sucede en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica, una

determinada sentencia sólo tiene valor respecto al caso particular y concreto, no resultando obligatoria para otros casos. Podrá pasar a constituir un precedente que puede ser eventualmente utilizado –sin obligatoriedad- por otros jueces en casos similares debido al carácter persuasivo de las resoluciones de los jueces, sobre todo para jueces inferiores ya que es humano que un juez busque respaldo en otras decisiones anteriores de sus pares y porque, idealmente, sería conveniente cierta coherencia de las opiniones judiciales que garantizarían, a la vez, cierta igualdad de trato ante determinadas circunstancias.

Diferente resulta en los sistemas de **precedente obligatorio o de obligación instituída**, como son los del *common law*, donde se establece la obligación de respetar los precedentes judiciales, ya que se considera que de cada sentencia puede extraerse una norma general que alcanza a otros. La regla del precedente obligatorio, le da a la sentencia individual el valor de fuente normativa general, en la medida que los jueces deben respetarla obligatoriamente al resolver casos similares.

Así podemos concluir que, en nuestro ordenamiento jurídico, de tradición continental europea, a diferencia de los que sucede en otros sistemas, en principio, la sentencia, individualmente considerada, sólo tiene valor para el caso concreto que resuelve. Decimos “en principio” porque en Costa Rica se presenta el caso del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que declara que: *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”*.

En cuanto al valor que se le asigna a la jurisprudencia entendida como el **conjunto de pronunciamientos dictados por órganos judiciales** debemos decir que no es un valor distinto al de la sentencia individual; no obstante su no obligatoriedad, es necesario su conocimiento por parte de los operadores jurídicos que deben saber cual es la opinión de los jueces sobre determinados temas.

Algo parecido puede decirse sobre el valor de la jurisprudencia entendida como una **serie de sentencias concordantes sobre un determinado tema**;

aunque su uniformidad y reiteración llama la atención de los operadores porque les permite cierta predicción sobre las futuras decisiones; por eso la razón de conocer de cerca ciertas líneas jurisprudenciales y sus cambios.

En este sistema la jurisprudencia, formalmente, no es vinculante pero, de hecho, se observa, manteniendo una continuidad muy apreciable. Esto es lo que ocurre en la mayoría de los países de tradición romano-germánica; como en el caso de los Tribunales de Costa Rica. Sin ser formalmente de obligatorio acatamiento, los jueces, a veces, la consideran como tal. Es apreciable como los Tribunales establecen su propia jurisprudencia y la observan constantemente. Con un criterio científico unificador adecuan el sentido de sus fallos al de las resoluciones precedentes.

En Costa Rica, un Tribunal de segunda instancia ha dicho que si bien se sabe que la jurisprudencia no es obligatoria en nuestro sistema jurídico, sí constituye importante fuente de doctrina que orienta a los tribunales de menor jerarquía en aquellas decisiones que requieren interpretación de las leyes.

En algunos países, como Argentina, se les ha otorgado a los Tribunales Superiores la potestad de unificar todas las decisiones judiciales acerca de determinada materia y una vez que se ha resuelto el mismo punto jurídico un determinado número de veces, de manera ininterrumpida y concordante, esa jurisprudencia se vuelve de obligatorio acatamiento para los tribunales inferiores. Este sistema se funda en la creencia sobre conveniencia de uniformar las decisiones a fin de mantener, dentro de los lineamientos generales, un orden interpretativo que se entiende como un fundamental valor jurídico.

Por último, cuando nos preguntamos sobre el valor de la jurisprudencia entendida como **la doctrina de los Tribunales de Casación**, hay que distinguir entre los sistemas que consagran su obligatoriedad de los sistemas que, como el costarricense, le asignan otro valor.

A este respecto se refiere el artículo 9 del Código Civil: “*La jurisprudencia*

contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Como vemos, en Costa Rica, aunque se trate de un órgano judicial de la más alta jerarquía que influye con sus ideas en los tribunales inferiores, la jurisprudencia de casación no es obligatoria; la doctrina que se conforme por sus pronunciamientos reiterados solo sirven para “informar” el ordenamiento jurídico.

Otros cuerpos legales se refieren al valor de la jurisprudencia.

Así la Ley General de la Administración Pública, en relación al Derecho público, dice:

“Artículo 7°: 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. 3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”, y luego agrega

“Artículo 9°. (...) 2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.

Se encuentran mejor concebidos estos criterios cuando, ya para todo el ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su reforma de 1993, establece claramente el valor jurídico de la jurisprudencia. Artículo 5: *“Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la*

escala jerárquica de sus fuentes. Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán carácter supletorio del Derecho escrito”.

Ya –prácticamente- nadie discute el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho dentro de los sistemas de tradición continental europea, aunque se reconoce que su papel ha variado –evolucionando dicen algunos- en dirección a concederle un mayor nivel protagónico respecto al papel tradicional que cumplía dentro del esquema de fuentes, lo que lleva a la necesidad de reexaminar el tema con el objeto de analizar cual es el verdadero rol actual sin incurrir en exorbitancias ni alentar graves desconcepciones.

Como hemos visto, en el Derecho costarricense, y tomando en consideración el sistema de producción normativo derivado del sistema de distribución de poderes, la jurisprudencia tiene un valor limitado.

5. Los principios generales del Derecho

Toda forma de conocimiento supone la existencia de ciertos **principios**, es decir, de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber. En ese sentido, puede haber principios válidos para todas las formas del saber humano –como el de identidad o razonabilidad-, principios sólo válidos para ciertos campos –como el principio de causalidad en las ciencias naturales- y principios válidos solamente para determinada ciencia –como sucede con los llamados principios generales del Derecho-.

La expresión *principios generales del Derecho* nació en un contexto iusnaturalista, o sea, de ideas que pregonaban la existencia de un Derecho natural, anterior y superior al Derecho positivo, y, por ende, de principios

generales del Derecho natural. La creencia en la existencia de un Derecho natural, diverso del Derecho positivo, es muy antigua y la podemos encontrar en las reflexiones sobre la ley y la justicia en el pensamiento estoico griego y romano, en el pensamiento del cristianismo medieval e, incluso, en autores modernos denominados neo-iusnaturalistas.

Hoy se piensa que es innecesario recurrir al argumento del Derecho natural –siempre controversial- para admitir la existencia de principios generales del Derecho, pues éstos pueden extraerse del propio Derecho positivo, ya que se encuentran de manera explícita o implícita en él y se pueden conocer a través de un proceso de inducción y abstracción.

Es lógico que ciertos principios puedan ser los mismos en distintos ordenamientos jurídicos nacionales, como también que, por razones ideológicas o estructurales, sólo aparezcan en determinados ordenamientos -tal como sucede con principios específicos del *common law*- pero, en última instancia, el interés práctico del operador se centra en los de su propio ordenamiento.

De cualquier modo, entendemos por principios generales del Derecho ciertos enunciados de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto en la faz de producción como en la faz de aplicación de las normas.

No todos los principios generales tienen el mismo rango o la misma amplitud. Algunos de esos principios revisten tal importancia que el legislador les confiere expresamente rango constitucional –como el principio de igualdad ante la ley- o rango legal –como el principio de autonomía de la voluntad-; algunos son de validez general –como el principio de igualdad ante la ley-, otros de validez limitada a cierto sector del ordenamiento legal –como el principio de autonomía de la voluntad limitado al Derecho privado o el principio de auto-imposición reservado al Derecho tributario-.

Pero, en realidad, la mayoría de los principios generales del Derecho no constan expresamente en los textos legales, sino que se derivan de contextos

históricos, filosóficos, ideológicos, axiológicos, culturales, doctrinales o dogmáticos fundamentales, por lo que existen independientemente de que estén o no consagrados.

Por ejemplo, a partir del valor moderno ampliamente compartido de “dignidad de la persona humana” como centro del ordenamiento, nace el “principio de inviolabilidad de la vida humana” y de allí toda una gama de principios diseminados en el ordenamiento jurídico, o implícitos en él. Así, en materia negocial, del “principio de autonomía de la voluntad” se deriva el de “libertad de contratación” y de éste otros como el de “equidad”, el de “buena fe”, el de “prohibición del enriquecimiento ilícito”; el de “equilibrio contractual” y así sucesivamente. Del “principio republicano de Gobierno” resulta el de “división de poderes”, el de “indelegabilidad de funciones propias”, el “principio de legalidad” en materia administrativa, el de “reserva de ley” para ciertas materias, etc...

En estos pocos ejemplos se puede observar que los principios generales del Derecho no son meros enunciados morales sino de orden estrictamente jurídico –aunque lógicamente fundado en valores-, por lo tanto, dotados de fuerza coercitiva por su inserción a través de otras fuentes como la legislación o la jurisprudencia o, más simple, a través de los usos y las costumbres y de la práctica de los actos negociales. Es en el plano del Derecho Positivo donde se desenvuelven los principios generales del Derecho, aunque hallen su fundamento en razones éticas o, si se quiere, en el Derecho Natural.

Ahora bien, ¿qué valor jurídico tiene estos principios generales del Derecho?

En nuestro ordenamiento encontramos el precepto ya mencionado del artículo 1, del Código Civil que dice: “... *La costumbre, los usos y los principios generales del Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico*”, agregando el artículo: “*Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”.

La Ley General de la Administración Pública, en relación al Derecho público, dice en el ya mencionado artículo 7°: *1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. 2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. 3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior*, y luego agrega

“Artículo 9°. (...) 2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.

Como sabemos, siempre aparecen situaciones que el legislador no ha podido prever al momento de producir la norma por ello se habilitan mecanismos para llenar esas lagunas, para integrar; entre ellos, los principios generales del Derecho.

Veremos más adelante, al estudiar los procesos de integración del Derecho, los distintos mecanismos que usan para llenar las lagunas de la ley entre los que sobresalen la analogía, la costumbre *proeter legem* y los principios generales de Derecho. En esa oportunidad profundizaremos acerca de su función.

Hoy es necesario subrayar la importancia que le concede a los llamados **principios constitucionales** que han pasado a integrar con las normas el llamado **“parámetro de constitucionalidad”**.

Dice el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional -N° 7135-: “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las **normas y principios constitucionales** y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme

interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. “

Agrega su artículo 3: “Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y **principios constitucionales.**”

6. La doctrina. Concepto. Valor

Se denomina **doctrina** a los estudios, a los trabajos, de los cultores en Ciencia Jurídica, quienes, a través de libros, artículos monográficos, comentarios externan sus opiniones sobre determinadas temáticas.

Aunque muchos autores excluyen su tratamiento por no considerarlas una fuente formal del Derecho, nosotros creemos que es necesario referirnos a ella, por su cercanía al tema, aunque sea someramente.

Es evidente que, por más prestigioso o reconocido que sea un jurista, por más sabias que sean sus ideas, ellas no tendrán fuerza obligatoria al no constituir un modo admitido de producción de normas jurídicas con reconocimiento estatal.

Históricamente, en ciertos momentos se consideró a la *iurisprudentia* como una fuente formal del Derecho. Así sucedió en Roma, cuando los emperadores le otorgaron a ciertos prestigiosos jurisconsultos la facultad de emitir criterios con carácter obligatorio, de modo que sus enseñanzas debían ser seguidas obligatoriamente en la interpretación de los textos legales.

Hoy, aunque no se la admite como un modo de producción normativa, se la reconoce como una importante fuente material ya que muchas leyes son producto de determinados autores así como muchas sentencias son resultado de alineamientos doctrinarios; ambas actividades, la legislación y la jurisdicción, no

pueden darse sin el conocimiento previo aportado por los juristas ni ajenos a la actualización de ideas que estos llevan a cabo, sin olvidar que los operadores jurídicos reciben su formación universitaria sobre la base de estudios primordialmente doctrinarios.

Se subraya que nuestra cultura romano-germánica se caracteriza por haberse formado en las universidades -a diferencia del *common law* que nació de la práctica concreta de los jueces- y este carácter inicial marcó a fuego la índole académica del saber jurídico y el prestigio de los grandes maestros.

Decía MERRYMAN, profesor norteamericano, que mientras en el *common law* el héroe de la cultura jurídica es el juez, en el sistema romano-germánico lo es el doctrinario, subrayando el marcado matiz doctrinario de nuestra familia jurídica.