

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO GARANTÍA DEL ADMINISTRADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN: En la presente recopilación se presenta, un desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial, en el que se analiza el Principio de Legalidad como garantía del administrado frente a la Administración.

La jurisprudencia de nuestra Sala Primera ha indicado que este instituto se proyecta en una doble vertiente positiva y negativa, en la primera se hace referencia a las concretas potestades administrativas, que se encuentran al servicio de la colectividad para el cumplimiento de fines públicos, en su fase negativa este principio, se proyecta como un límite y una restricción al comportamiento público. Además la Procuraduría General de la República de Costa Rica, también a mencionado, la función del principio de legalidad como una garantía para el ciudadano ya que sin él, el administrado estaría a merced de las actuaciones discriminatorias o abusivas de los poderes públicos.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	2
Del principio de Legalidad como freno al poder de la administración.....	2
2 NORMATIVA.....	6
Constitución Política.....	6
Ley General de la Administración Pública.....	7
3 JURISPRUDENCIA.....	7
Concepto y alcances de su proyección positiva y negativa	7

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Sobre sus alcances.....	8
4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.....	10
Principio de legalidad, de su concepto y su aplicación como garantía del administrado ante las actuaciones de la administración.....	10
El derecho general a la legalidad: el principio de reserva de ley y de tipicidad.....	15

1 DOCTRINA

Del principio de Legalidad como freno al poder de la administración

[ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique]¹

El principio de legalidad es esencial para la existencia y fortalecimiento del Estado de Derecho. La ley, y principalmente, la noción de Ordenamiento Jurídico, cumple ese rol vital para la comunidad de constituirse en freno de la arbitrariedad del Estado. Sin embargo, esa arbitrariedad de que hace gala la maquinaria estatal, valiéndose de su poder de imperium y de la debilidad del administrado, forma parte de la realidad cotidiana.

Ese balance, que debe existir teóricamente, entre la libertad de los administrados y la potestad de imperium de la Administración Pública, se viola continuamente en forma expresa y palpable en los regímenes de fuerza y en los Estados de excepción que nos señala Micos Poulantzas (i). Sin duda esa masa amorfa de países que se denominan (2) "tercermundistas", padecen la tragedia de regímenes militares violadores de los derechos humanos (inherentes a las personas físicas) y de los fundamentos del derecho administrativo.

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Nuestro país no escapa de las actuaciones arbitrarias del Estado, por diversas razones que el Contralor General de la República ya ha señalado así:

"Uno de los mayores problemas que presenta la administración de los entes estatales, es el desajuste de su actividad con el régimen jurídico. El principio de legalidad, básico en la función pública, vive permanentemente en crisis".

[RODRÍGUEZ ESQUIVEL, Carolina]²

"Este principio hace referencia al marco de actuaciones de la ley. En palabras muy simples consiste en que la administración tiene la facultad de actuar únicamente según lo que por ley le es permitido.

(...)

El Dr. Luis Guillermo Herrera lo entiende como "un marco o límite a la actividad de la Administración Pública, es decir, la necesidad de que el Estado y sus instituciones actúen dentro del marco estricto de la ley"

(...)

La doctrina en general lo consideran como un presupuesto básico del Estado de Derecho, y un complemento básico del principio general del debido proceso.

[CÓRDOBA ORTEGA, Jorge]³

En cuanto al principio de legalidad, como parámetro esencial de las actuaciones de la Administración Pública, debemos de considerarlo como aquel precepto que establece los límites y alcances del actuar de la Administración en concordancia con el

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ordenamiento jurídico al cual está sometido. De esta forma, el bloque de legalidad determinará el margen de actuación de la a los ciudadanos.

Este principio se encuentra desarrollado en el artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica que dice:

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas."

En el mismo sentido, la Ley General de la Administración Pública indica en sus artículos 11 y 13 lo siguiente:

"Artículo 11. 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa. Artículo 13. 1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos. 2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente. "

Con fundamento en esta normativa, se define dentro del Derecho

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

costarricense el principio de legalidad, como un sometimiento expreso de la Administración Pública al ordenamiento jurídico, implicando necesariamente que los órganos públicos solo podrán hacer aquello que la norma le permita.

(...)

El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (3).

(...)

El principio de legalidad en el ámbito del Derecho Público, se constituye en: "el conjunto de reglas jurídicas(le legitimidad) y políticas (de oportunidad) a las que debe ajustarse el obrar público, pues aquella legalidad es conformadora y limitadora de la actuación pública, estatal o no"

En fin, el principio de legalidad establece el marco jurídico fundamental dentro del cual deben estar insertas las actuaciones de la Administración Pública y el contenido mínimo que debe prevalecer en el derecho de acceso a la información de la naturaleza pública.

2NORMATIVA

Constitución Política⁴

Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

(Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000)

Ley General de la Administración Pública⁵

Artículo 11.-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

3JURISPRUDENCIA

Concepto y alcances de su proyección positiva y negativa

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, SECCION PRIMERA]⁶

La Administración Pública está sometida al bloque de legalidad no puede actuar donde la ley no se lo permite. Es importante señalar

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

lo que ha dicho la Sala Primera de la Corte respecto al principio de legalidad: "El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora, ya sea escrita o no escrita. De esta forma, el instituto se proyecta en su doble vertiente positiva y negativa. En su primera dimensión, se constituye como fuente permisiva de la conducta administrativa específica, en tanto se traduce en concretas potestades administrativas, que por ser tales, adquieren el carácter de funcionales, es decir, dispuestas al servicio de la colectividad y para el cumplimiento de los fines públicos. Son pues, apoderamientos que se confieren a la Administración, no para su ejercicio facultativo, sino por el contrario, para su obligada aplicación, ejecutando no sólo el mandato del legislador, sino además, complementándolo mediante los diversos poderes que el Ordenamiento Jurídico le atribuye. Por ende, la función administrativa no puede verse como la ciega y cerrada ejecución del precepto legal, sino como complementaria y ejecutiva de lo dispuesto por las normas superiores. Por otro lado, en su fase negativa, el principio se proyecta como límite y restricción del comportamiento público, pues cualquier actuación suya, deberá ajustarse a la norma de grado superior, so pena de invalidez. (Sala Primera de la Corte. Número 63-F-2000 de las catorce horas cincuenta minutos del 28 de enero del 2000). El demandado actuó correctamente y no podía conceder ni interpretar la vigencia de una concesión, más allá de lo otorgado, si la ley o un contrato suscrito por ella no se lo permitían. "

Sobre sus alcances

[SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁷

"III.- Puesto que el principio de legalidad administrativa, es el tema que trasunta la cuestión que aquí se debate, resulta pertinente, a manera de preámbulo, hacer unas breves consideraciones en torno al mismo. En este menester conviene en primer término recordar que dicho principio constituye uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho. Supone que la Administración está sometida, plenamente, tanto a la ley, en sentido lato, como al Derecho. Implica que la acción administrativa debe, necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito, o sea a lo que solemos llamar el bloque de legalidad. Pero a un propio tiempo importa la total justiciabilidad del actuar administrativo, pues si el derecho es el parámetro constante de su actuación, teóricamente al menos no deben existir reductos exentos del control jurisdiccional. La sujeción de la actuación administrativa al Ordenamiento Jurídico significa que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de su actividad. Esto implica que en todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que ésta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida. De consiguiente, cualquier actuación de la Administración discordante con el bloque de legalidad, constituye una infracción del Ordenamiento Jurídico. El principio de legalidad tiene un reconocimiento expreso en nuestro Ordenamiento Jurídico. En este sentido, el artículo 11 de la Constitución Política dispone, en lo conducente, que: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede..." [...]. En

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

concordancia con esa norma, el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública estatuye: "1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa" [...]. Por su parte, el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo es categórico al afirmar que: "1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos" [...]. 2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos..."; normas todas de un contenido muy claro en orden a establecer el deber jurídico de la Administración de actuar sometida al Ordenamiento y sólo bajo su expresa autorización."

4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Principio de legalidad, de su concepto y su aplicación como garantía del administrado ante las actuaciones de la administración

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁸

De conformidad con el principio de legalidad - contenido en los numerales 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública-, la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico, por ende sólo está facultada para realizar aquellos actos que le estén expresamente permitidos en el mismo, y sus funcionarios no pueden arrogarse facultades que la Ley no les concede.

Sobre el particular, en el dictamen N° C-128-2002 de 24 de mayo del 2002, se comentó lo siguiente:

"Debemos recordar que, en el Estado democrático, el ejercicio del poder es limitado; está sujeto a reglas previas y precisas, las cuales delimitan la competencia de los órganos y entes públicos; o sea, que sus potestades están claramente fijadas de antemano, para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico les impone. 'En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de una definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado.' (Véase el Voto N°440-98 de la Sala Constitucional.)

El Estado de Derecho supone, según HAURIUO, una gran fe jurídica. 'En efecto, cualesquiera que sean las peripecias de la lucha, las iniciativas de los ciudadanos o las resistencias de los gobernantes, de lo que se trata es de la sumisión del Estado al Derecho; más precisamente, de obligar a los gobernantes a actuar siempre en el marco de un Estado, desde ahora dota de una Constitución, de conformidad con las reglas jurídicas que hayan sido establecidas por el pueblo o por sus representantes.' (HAURIUO, André Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ediciones Ariel, Barcelona-España, 1970, página 191). Desde esta perspectiva, y parafraseando al gran jurista HANS KELSEN, el Derecho es el lenguaje ética y jurídicamente válido a través del cual se expresa el poder. En otras palabras, en la sociedad democrática el Estado sólo puede actuar a través del Derecho, ya que una actuación al margen o en contra de él supone una acción arbitraria y, por ende, sujeta a ser anulada por las autoridades competentes.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, donde los sujetos están regidos por el principio de libertad (todo lo que no está prohibido está permitido), y sus dos componentes esenciales: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad entre las partes contratantes), la Administración Pública está regentada, tanto en su organización como en su

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

funcionamiento, por el principio de legalidad (todo lo que no está autorizado está prohibido).

El principio de legalidad ha sido definido como una técnica de libertad y una técnica de autoridad (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y OTRO. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, Madrid-España, reimpresión a la tercera edición, 1980). Lo primero, porque en todo Estado de Derecho el poder está sometido al Derecho, tal y como se indicó supra. Con base en lo anterior, el Estado sólo puede expresarse a través de normas habilitantes del ordenamiento jurídico, las cuales responden a los ideales y a las aspiraciones de los habitantes de las sociedades democráticas, con lo que se busca evitar actuaciones que afecten las libertades fundamentales de la persona. El principio de legalidad constituye un presupuesto esencial para garantizar la libertad; sin él, el ciudadano estaría a merced de las actuaciones discriminatorias y abusivas de los poderes públicos.

Por otra parte, el principio de legalidad es una técnica de autoridad, porque gracias a él se le otorgan las potestades jurídicas a la Administración Pública para que cumpla con los fines que le impone el ordenamiento jurídico. Desde esta óptica, el principio de legalidad es una garantía para el administrado, ya que gracias a él, la Administración posee los poderes suficientes que le permiten desplegar las actividades necesarias para satisfacer el interés público. Ahora bien, sólo es legítimo el utilizar esas atribuciones en los fines que expresa o implícitamente le impone el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, porque de lo contrario, se caería en vicio de desviación de poder. También, la validez del uso de esos poderes, está condicionada al ejercicio razonable y donde exista una relación lógica y justa entre los medios empleados y los fines perseguidos, ya que de no ser así, se caería en el vicio de exceso de poder.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Así las cosas, podemos afirmar que la Administración Pública en la sociedad democrática está sometida al principio de legalidad. Con base en él, aquélla sólo puede realizar los actos que están previamente autorizados por el ordenamiento jurídico. En efecto, señala el artículo 11 LGAP, que la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y sólo puede realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto N° 440-98, ha sostenido la tesis de que, en el Estado de Derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e institución públicas al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, '...toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que este constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado -; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.' (Véase el voto N° 440-98 de la Sala Constitucional).

En otra importante resolución, la N° 897-98, el Tribunal Constitucional de Costa Rica estableció lo siguiente:

'Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídicos - reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; O sea, en última instancia, a lo que se conoce como el ' principio de juridicidad de la Administración'. En este

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación.'

En síntesis, el principio de legalidad constituye un presupuesto esencial del Estado de Derecho y, por ende, del sistema democrático. Ergo, ningún ente ni órgano, que conforma la Administración Pública, puede actuar si no existe una norma del ordenamiento jurídico que lo habilite."

(En igual sentido el dictamen N° C-178-2002 08 de julio del 2002. Véase también los dictámenes números C-126-2003 y C-132-2003 del 9 y 15 de mayo, respectivamente, ambos del 2003 y el C-034-2004 del 28 de enero del 2004).

De lo expuesto se colige, que toda actividad de la Administración (tanto en su organización como en su funcionamiento) debe estar fundamentada en norma expresa previa que habilite su actuación, prohibiéndole realizar todos aquellos actos que no estén expresamente autorizados.

El derecho general a la legalidad: el principio de reserva de ley y de tipicidad

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁹

El derecho general a la legalidad (principio de reserva legal y de tipicidad).

Las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada "vinculación positiva", según la cual "no se admite ningún poder jurídico a favor de la Administración Pública, que no

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sea desarrollado de una atribución normativa precedente" (9), es decir, aquella sólo puede hacer lo que está permitido expresamente.

(9) DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo. Primera reimpresión: Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.214.

En esa misma línea de pensamiento, la Sala Constitucional ha entendido que el principio de legalidad "postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto..."

. (Sentencia número 1739-92 de 1 de julio de 1992).

Dentro de este contexto jurídico delimitador del actuar administrativo, debe tenerse muy presente lo que también a reafirmado la misma Sala, y esto es, que "el régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. Este principio tiene rango constitucional (artículo 39 de la Constitución); rango legal, en este sentido se encuentra consagrado expresamente en la Ley General de Administración Pública -"el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley" (artículo 19); "los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

tasas, multas ni otras cargas similares" (artículo 124)-, y también tiene reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativa, que han declarado aplicables a la materia disciplinaria, las garantías de la legalidad penal. "Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber:

"a.

) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b.) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-;

c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial:

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley." (Ver sentencia número 1635-90 del 14 de noviembre de 1990; en igual sentido, los votos N°s 3550-92 del 24 de noviembre de 1992, y 6273-96 de 19 de noviembre de 1996).

Considerando, entonces, que la Administración se encuentra

inexorablemente sometida "al principio de juridicidad", frente al ordenamiento jurídico en general, y que la regulación de los derechos fundamentales está restringido a la ley formal, salta a la vista que el principio de legalidad comprende una doble garantía: la primera de orden material y de alcance absoluto, referida tanto al ámbito penal como al de las sanciones administrativas, que refleja por sí misma la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos, porque supone la imperiosa necesidad de la existencia de una previa atribución de la potestad sancionadora específica, operada mediante ley, así como la predeterminación legal de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia anterior de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a que atenerse en cuanto a la responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, referida a la existencia de una norma de adecuada jerarquía normativa, que la Constitución, la ley y la jurisprudencia nacional han identificado como ley en sentido formal(10) (lex scripta), máxima que se justifica por el hecho "...de que es el propio ciudadano, a través del parlamento, quien consiente en ser sancionado" (11).

(10) Según ha reiterado la Sala Constitucional: "El principio de legalidad en materia penal (artículo 39 de la Constitución), se traduce en la reserva absoluta de ley, de manera que la predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones aplicables debe emanar de normas con rango de ley, la cual debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso, satisfacer plenamente el principio de tipicidad, que excluye la aplicación de la analogía desfavorable al acusado, así como la interdicción de la costumbre como fuente de derecho sancionador (...) Y si bien el principio de legalidad en materia sancionatoria cobra su mayor entidad en el orden penal, es indudable que las garantías constitucionales que le acompañan también se extienden sus

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

alcances al campo de las infracciones administrativas, lo que no significa un automático traslado en idénticas condiciones, pues la especificidad de la actuación administrativa y la diversidad de las sanciones aplicables hacen que la aplicación de este sistema de garantía adquiera sus propios matices" (Voto N° 8193-200, op cit.).

(11) NIETO GARCÍA, Op. Cit. pág. 200.

Lo anterior, configura el llamado "principio de tipicidad", que tradicionalmente se expresa a través del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena sine lege previa", y que en nuestro texto constitucional está contenido en el artículo 39, que dispone en lo que interesa: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior..."

Sobre el principio de tipicidad en materia administrativa, nuestro Tribunal Constitucional ha puntualizado, en lo que interesa, lo siguiente:

"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 nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la 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,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita 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". (Voto N° 8193-2000, op. cit.).

Como es obvio, los principios de legalidad, reserva de ley y de tipicidad se encuentran íntimamente relacionados, ya que es necesario que las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones estén previstas en una ley formal, por lo cual cumplen una función esencial en el Estado de Derecho, pues garantizan el respeto a la seguridad jurídica de los administrados, no sólo a fin de que éstos conozcan con certeza el ámbito de lo lícito y lo ilícito, sino porque con ello, se evita la arbitrariedad del órgano sancionador competente, quién sólo podrá sancionar las infracciones y por ende, imponer las penas que estén previamente establecidas en la ley.

III.-

Las causales de cancelación de los beneficios e incentivos turísticos en la Ley N° 6990 de 30 de julio de 1985 y sus reformas.

Una vez revisada exhaustivamente la citada Ley N° 6990, denominada "Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico", encontramos que en materia de cancelación de beneficios e incentivos otorgados a su amparo, las causales que expresamente se enuncian como conductas infractoras conminables con la referida sanción, son únicamente dos: en primer término, aquellas relacionadas al "uso indebido de vehículos" (Art. 7°, inciso d) Ibídem), esto para el caso de empresas que arrienden vehículos a turistas extranjeros o

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

nacionales, lo cual hace alusión al correcto uso y destino previsto de los bienes sobre los que hayan recaído la exención (Art. 26 del Reglamento de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico -Decreto Ejecutivo N° 24863-H-TUR, publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" N° 22 del 31 de enero de 1996-); y en segundo lugar, las que tienen que ver directamente con la "falta de cumplimiento en el nivel de calidad y precios de los servicios correspondientes a la categoría concedida por el Instituto Costarricense de Turismo" (Art. 13 de la citada Ley de Incentivos, así como el numeral 43 de su Reglamento), causal que está dirigida en forma genérica a todas las categorías de actividad que se apuntan en la ley, como potenciales beneficiarias del consabido incentivo.

No existe, por ende, alguna otra causal legalmente prevista, más que las dos antes enunciadas, a efecto de sancionar con la cancelación de incentivos turísticos, a aquellas empresas que los disfrutaban al amparo de la citada Ley N° 6990, y que, como indica el ente consultante, enfoquen su publicidad y operación comercial al fomento de prácticas de carácter homosexual. Lo cual presupone que ese Instituto no podría iniciar procedimiento alguno de cancelación de beneficios en contra de esos empresarios, ya que no existe la necesaria predeterminación legal de esas conductas como infracciones administrativas (lex previa, lex certa, lex scripta) conminables con aquella sanción. Admitir lo contrario, llevaría a ese ente a cometer una flagrante actuación arbitraria, que conculcaría no sólo la legalidad administrativa, sino el Derecho mismo de la Constitución.

IV.-

Recomendaciones finales

Al revisar las actas del Expediente Legislativo de la Ley N° 6990, es posible extraer la preocupación que tuvieron algunos legisladores respecto de ciertas actividades clandestinas, inmorales e indecorosas, que si bien no se desarrollan dentro de las empresas de turismo, lo hacen en forma muy cercana a ella, y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que atentan directamente en contra la imagen internacional del país y son, de por sí, contrarias a los principios morales, espirituales y las buenas costumbres imperantes en nuestra sociedad.

En lo que interesa, durante el tercer debate, el Diputado Rodríguez Quesada mostró su preocupación por mantener la integridad del país, y al respecto manifestó:

"(...) sin embargo, yo quisiera hacer la observación de que el turismo también debe regularse porque un turismo desenfrenado, un turismo que no se controle, podría traer el peligro de la pérdida de los aspectos morales que son naturales a un pueblo, como la presencia de una serie de vicios, de casinos y que estos aspectos muchas veces no responden a lo que sí podríamos ofrecer, en el campo del turismo, como verdaderos valores nacionales para que se desarrolle esta actividad. (...) Por eso, si en este país, sin contemplar los recursos ecológicos del país, porque tiene un equilibrio ecológico muy débil, que se puede quebrar en cualquier momento, si se quiere traer un turismo para romper con los valores culturales y espirituales de este pueblo, solamente en función de los dólares, estaríamos poniendo o estaríamos quebrando la soberanía y la protección del medio ambiente que este país necesita.

Acaso, señores diputados, apartando cualquier tipo de criterio político o cualquier criterio ideológico, Cuba se convirtió en un prostíbulo de los Estados Unidos, precisamente porque no hubo ningún control en el ingreso del turismo en este país, yo les hago saber (...), de que si quieren leyes única y exclusivamente para el ingreso de los dólares al país, estaríamos creándole uno de los mayores daños a este pueblo. "

Estas inquietudes no han perdido vigencia en la actualidad, y corresponden en mucho a las expresadas por ustedes en su consulta, lo cual muestra, de algún modo, la "necesidad social imperiosa" (12) de legislar al respecto.

(12) "La legitimidad de las restricciones a los derechos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad –sentencia número 3550-92–, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquellas que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional" (Voto N° 6273-96, y en sentido similar: 4857-96, 4205-96 y 3550-92).

Recuérdese que el artículo 28 constitucional permite concluir que las acciones privadas que dañen la moral(13) o el orden público(14) o que perjudiquen a terceros, podrán ser susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa.

(13) "...conjunto de principios y creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofrende gravemente a la generalidad de sus miembros", según lo ha reiterado la Sala Constitucional. Al respecto, votos N° 879-98, y en sentido similar: 4857-96, 4205-96, 3173-93, 5594, 3263 y 1156 de 1994, 3550-92, 2001-91 y 1635-90

(14) Definido por la Sala Constitucional como "el conjunto de principios que, por una parte atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social (Corte plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982, citada por la sentencia 3550-92), esto según votos enumerados en la cita anterior.

Por ello sería factible que esa Institución proponga, por los canales respectivos, las reformas legales necesarias, a fin de regular de manera más adecuada la materia sobre lo consultado, y problemáticas afines.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

V.-

Conclusión.

Por lo expuesto, y de conformidad con la normativa vigente que regula la materia -Ley N° 6990 y su Reglamento-, esta Procuraduría General estima que no es jurídicamente posible iniciar procedimiento administrativo alguno, a efecto de cancelar los incentivos o beneficios turísticos a aquellas empresas que enfoquen su publicidad y operación comercial al fomento de prácticas homosexuales. Esto por cuanto no existe actualmente la necesaria predeterminación legal de tales conductas como infracciones administrativas (lex previa, lex certa, lex scripta) conminables con aquella sanción. Admitir lo contrario, llevaría a ese ente a cometer una flagrante actuación arbitraria, que conculcaría no sólo con la legalidad administrativa, sino con el Derecho mismo de la Constitución.

Con toda consideración, me suscribo atentamente.

Ana Lorena Brenes Esquivel
Procuradora Administrativa

1 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. La Ley de Administración Pública de Costa Rica y El Principio de Legalidad. REVISTA JUDICIAL. (16) JUNIO. 1980.pp.18.

2 RODRÍGUEZ ESQUIVEL, Carolina. Acceso a la Justicia, Herramientas para la Defensa Efectiva de los Derechos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2007.pp.84.85.

3 CÓRDOBA ORTEGA, Jorge. Principios que rigen el derecho de acceso a la información. IVSTITIA. (199-200)Julio- Agosto. 2003.pp.9.10.10.

4 Constitución Política. Costa Rica, del 07/11/1949.

5 Ley N° 6227.Ley General de la Administración Pública. Costa Rica, del 02/05/1978.

6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA,SECCION PRIMERA. Resolución N°274-2005, de las diez horas cincuenta y cinco minutos del seis de julio del dos mil cinco.

7 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 40, de las quince horas del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

8 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen N° 373 del 10/12/2004.

9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA . Dictámen N°C-310-2000, de 18 de diciembre del 2000.