

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

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: ORDEN PÚBLICO, MORAL Y BUENAS COSTUMBRES.

RESUMEN: El presente trabajo desarrolla los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres, desde los puntos de vista doctrinario, normativo y jurisprudencial, incluyendo: Conceptos de moral, orden público, conceptos indeterminados, caracteres generales y funciones, niveles de indeterminación, relaciones de conceptos indeterminados de moral, orden público, buenas costumbres en relación al otorgamiento de licencias municipales.

Índice de contenido

1. DOCTRINA.....	2
ORDEN PÚBLICO.....	2
MORAL.....	3
CARACTERES GENERALES Y FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN GENERAL	8
NIVELES DE INDETERMINACIÓN EN GENERAL.....	9
2. NORMATIVA.....	10
CÓDIGO MUNICIPAL.....	10
3. JURISPRUDENCIA.....	12
CONCEPTOS INDETERMINADOS DE MORAL , BUENAS COSTUMBRES.....	12
LIMITACIONES LEGÍTIMAS DE LA LIBERTAD: MORAL, ORDEN PÚBLICO.. .	21
4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. . .	24
SUPUESTOS DE DENEGACIÓN DE SOLICITUD DE LICENCIA POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD.....	24
RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD	74

1 DOCTRINA

ORDEN PÚBLICO

[ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA]¹

“Denominamos orden público al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras. Si como conjunto de condiciones de vida "social, el orden público se evidencia empíricamente a través de la realidad histórica, es innegable que, como noción orientadora, cumple también una función gnoseológica. Es, sin duda, una realidad estimable a tenor de un sistema de valoraciones vigentes en determinado tiempo y lugar, pero, a la vez, una categoría del conocimiento jurídico.

Como realidad estimable, el orden público es una forma de vida, un status social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades y exigencias más sentidas.

Si se analiza en profundidad el sentido de expresiones tales como "interés público", "interés general", "bien público" o "bienestar general" que la doctrina y la jurisprudencia utilizan para individualizar a los fines perseguidos por las denominadas leyes de orden público, se infiere con rigor que éstas últimas están siendo consideradas como ideológicamente orientadas a constituir una situación de ordenación social tal, que no pueda ser alterada por la voluntad unilateral o bilateral de los individuos ni por la

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

eventual aplicación de leyes extranjeras. Y esta caracterización comprende tanto a las normas de Derecho público como a aquéllas de Derecho privado que regulan situaciones esenciales de la vida social y que, por ello, resultan inderogables tanto por los particulares como por los órganos encargados de aplicarlas.

El orden público se nos aparece, entonces, como un status fundamental querido por la comunidad jurídica misma y normativamente determinado, unas veces a través de la función de los órganos representativos de la voluntad formal de aquélla (asamblea constituyente, legislatura, órganos administrativos y judiciales) y otras veces de un modo consuetudinario .

No se discute, claro está, que la determinación de ese status es, en último análisis, un problema de política jurídica cuya solución queda librada muchas veces a la mayor o menor incidencia que sobre la legislación, la administración o la jurisdicción ejercen las distintos grupos de presión a los factores de poder que parcializan o distorsionan el cabal sentido de las valoraciones vigentes . Pero aun en esta hipótesis resulta innegable que la comunidad entera convalida a dicho status como "situación social deseable" al conferir eficacia y dar acatamiento a las normas Jurídicas que lo instituyen.

Como categoría del conocimiento jurídico, el *orden público* funciona como un *concepto límite*, especificativo de la libertad de los individuos en lo que concierne a la posibilidad de realización de ciertos actos u omisiones frente a determinados supuestos."

MORAL

[CABALLENAS Guillermo]²

MORAL. Como adjetivo, lo concerniente a la Moral como ciencia y conducta, objeto del desenvolvimiento especial de esta voz en los epígrafes inmediatos. II Espiritual, abstracto; relativo a la

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

percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia; como la convicción moral. II Pertenece al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición entonces a lo jurídico. II Decente, decoroso, honesto. II Honrado; debido, (v. Acceso, Agravio y Agresión moral, Amoral, Antimoral, Ciencias morales; Código, Culpa, Daño, Deber, Derecho, Educación, Evidencia, Filosofía, Fuerza, Guerra e Imbécil moral; Inmoral; Integridad, Libertad y Locura moral; Motivos morales; Norma, Orden, Perjuicio, Persona, Prueba, Solvencia y Violencia moral.)

1. Enfoque substantivo. En este aspecto, la Moral constituye la ciencia del bien en general; el conjunto de normas de conducta que la mutua convivencia fija entre los hombres; la ciencia de las costumbres sociales. La coacción, de la cual carecen las normas morales, sirve de elemento diferenciador con respecto a las normas jurídicas; si bien muchas reglas éticas reciben por ello sólo el amparo del Derecho; mientras ciertas disposiciones positivas están desprovistas de sanción en caso de incumplimiento, por omisión del legislador, por la poca entidad de la situación o por alguna razón superior; como la que lleva a no aplicar una pena en ciertos casos, entre ellos la condena condicional (v.).

2. Individualidad. Las normas de la Moral son jurídicas o no; por ejemplo, la negación de los méritos ajenos es actitud nada condigna con la Moral estricta, pero no posee relieve en el Derecho positivo mientras no se traduzca en injuria o difamación. Por el contrario, aun cuando el legislador procura que sus preceptos sean morales dentro del criterio que predomina en su sociedad y tiempo, o que pretende que predomine, no siempre lo son; y baste citar para ello los procedimientos desleales, inicuos y aun criminales de que se valen las organizaciones policíacas de los Estados totalitarios.

La independencia total que puede existir entre Moral y Derecho se comprueba con este ejemplo: para aquélla, quien, creyendo dormido a su enemigo, hace fuego contra él, se acerca, observa que el disparo le ha dado en el corazón y que está ante un cadáver, es un

criminal; pero, si la supuesta víctima estaba ya muerta, el acto no tiene trascendencia para el Derecho, al menos en los ordenamientos que no aceptan con amplitud la peligrosidad social. Cuando más, se apreciaría una profanación del cadáver, por acto que no constituye delito; o, indirectamente, a lo sumo, una tenencia ilícita de armas o la producción de un hecho (el disparo) peligroso o alarmante.

3. Significados complementarios. En otras acepciones, moral es el conjunto de las facultades del espíritu. También, la resistencia; la confianza en los jefes o en los principios; la fe en el triunfo de una causa. En el sentido práctico, por moral se entiende la honestidad, sobre todo en las mujeres, y la honradez, de modo particular en los hombres. Decencia. Lealtad.

4. Moral y Derecho. Problema o cuestión tan antigua como actual, por eterna es la de los nexos y diferencias entre la Moral y el Derecho (v.). Orgaz traza un esquema del pensamiento universal en conceptos tan sutiles. Sin duda por el predominio teológico en los primeros tiempos humanos, la Moral, aliada de las religiones superiores, aparece confundida con el Derecho, aunque dominadora en esa amalgama que borra el lindero entre el fuero íntimo y las reglas sociales de capital interés para la organización humana. La clásica definición romana del Derecho como el "are boni et aequi" (el arte de lo bueno y lo equitativo o justo) revela patente la confusión o la unidad primitiva. También se advierte similar posición en el triple fundamento de la justicia: "Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique trībuere" (Vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo); donde se incluye la honestidad, relegada hoy del Derecho al orden moral. La diferencia se vislumbra no obstante en algún aforismo del pueblo jurídico: "Non omne quod licet, honestum est" (No todo lo lícito es honesto).

Aun maestros de los romanos y del mundo en Filosofía, Platón mismo extendía la justicia a los actos externos y a los internos; y Aristóteles sostenía que el justo lo es tanto por la acción cual

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

por la intención.

No se analiza a fondo la diferencia substantiva entre Moral y Derecho hasta el auge del espíritu crítico surgido del Renacimiento. Thomasio afirmaba que el Derecho Natural debía distinguirse de la Moral y de la Política. El objeto de aquél era lo justo y lo injusto; de la segunda, lo honesto; de la última, el decoro. En la Ética y en la Política, el imperativo tiene signo positivo: "Haz para ti mismo lo que querrías que los demás hicieran con ellos mismos". Por el contrario, el fundamento básico de la actitud jurídica es negativo: "No hagas a otro lo que no quieras para ti". Insiste ya en que la obligación jurídica es externa y coactiva; a diferencia de la moral, interna y carente de coacción.

Para Kant, el Derecho es el orden exterior de la libertad humana, cuyo postulado fundamental formulaba así: "Obra de modo que tu libertad concuerde con la de todos y cada uno, según una ley universal". Mientras, en la esfera ética, de índole subjetiva, se desenvuelven los imperativos categóricos, los de las fórmulas morales, que Kant expresa así: "Obra de modo que puedas querer siempre que la máxima de tu acción sea ley universal"; y también: "Obra de modo que emplees la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre y al mismo tiempo como fin, y nunca como medio", donde se advierte un profundo sentimiento de Moral cristiana.

5. Deslinde contemporáneo. En la técnica jurídica de nuestro tiempo se estructura la separación, pero sin construir por ello esferas exclusivas a la Moral y al Derecho. En las normas de familia, en la causa de las obligaciones, en la noción del abuso del derecho, late un sentimiento moral indiscutible, que el ordenamiento positivo se adueña, con lo cual refuerza el dominio de lo moral. Son los ejemplos en que ambos conceptos o conjuntos de normas conviven. Por el contrario, se repelen en la prescripción, en las ficciones, en cierta absolución final para el poseedor de mala fe que puede erigirse en propietario legal. Por

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

último, Moral y Derecho se desconocen en ciertas regulaciones, como la duración de algunos efectos, la forma solemne o probatoria de determinados negocios. Para la Moral puede existir alguna diferencia entre que el adulterio lo origine el amor incontenible por el cónyuge infiel o que lo impulse además el propósito de ofender a quien ha de padecer la reacción social del engaño; para el Derecho le basta comprobar la realidad del hecho y la legitimidad del vínculo, si es que a tal acto le atribuye especiales efectos en lo civil o en lo penal.

Por la forma, la diferencia se orienta hacia la multiplicidad y determinación de las reglas jurídicas, que reconocen la bilateralidad de las obligaciones, o la dualidad de I derechos y deberes. Al Derecho acompaña la coacción externa y física; a la Moral, los dictados de la propia conciencia y la reacción de la opinión general.

Por el contenido, la Moral se entiende más amplia, es la representación archirrepetida e impugnada de los círculos concéntricos, en que al Derecho se reserva el menor o envuelto; contra la tesis más exacta de los círculos secantes, con zona común y otras independientes. La Moral pretende construir el hombre ideal, y por el idealismo guiado. Al Derecho le basta asegurar el juego legítimo de los intereses y la recíproca coordinación entre los egoísmos. La Moral, concluye Orgaz, atiende a la excelencia de la conducta, cuya cima es la virtud; el Derecho, sólo a la conciliación de la conducta, cuya meta está en la paz jurídica. (v. Buenas costumbres, Moralidad, Ofensas a la Moral.)

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

CARACTERES GENERALES Y FUNCIONES DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN GENERAL

[PEDRO HABA Enrique]³

En la dogmática de los juristas, esas expresiones aparecen designadas a veces siempre ni tampoco todas ellas, con el nombre de «conceptos jurídicos indeterminados». Sin embargo no reina un acuerdo general sobre qué haya de entenderse bajo esa rúbrica, ni suele tal categoría definirse con precisión. Por lo pronto, las diferencias se hacen presentes ya por el hecho de utilizarla en ramas distintas del derecho. Hasta en el interior mismo de cada una de estas no faltan discrepancias al menos vaguedades, cuando se pretende delimitar las características semánticas propias de esta categoría frente a las de otros rubros clasificatorios que muestran afinidades con ella. Como con toda razón subraya BACHOF, importa tener en cuenta «el conocido hecho de que, unos frente a otros, los conceptos indeterminados son de muy distintas clases».

Por ejemplo, ENGISCH distingue entre «conceptos jurídicos indeterminados», «conceptos normativos», «conceptos de libre apreciación» (Ermessensbegriffe, conceptos discrecionales) y «cláusulas generales». Al parecer, la primera de estas cuatro categorías sería el género, la más amplia, las demás serían sus especies, o en todo caso constituirían algo así como variantes a partir de aquella.

De cualquier modo, todas se caracterizan por acarrear un «aflojamiento de la vinculación de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley»; esto es, ellas tienen por consecuencia; quien aplica la ley gana autonomía frente a esta».

Retomando un sentido genérico que es básicamente similar al señalado por ENGISCH, aunque sin entrar en las distinciones que recoge dicho autor, HENKE subraya las siguientes dos características fundamentales: «El concepto indeterminado se destaca por su «carácter abierto» (a); con el auxilio del concepto indeterminado, el legislador puede transferirle al juez la labor

de concretar una norma(b).

«a). El concepto indeterminado es, tal como lo denota su nombre, un elemento de figura legal con límites fluidos Otra de las características del concepto indeterminado es la remisión a valores y reglas extrajurídicas.

«(b) Dando a la ley una formulación vaga («equidad», intolerabilidad, justificación social) el legislador puede crear «lagunas intra legem», que dan cabida a la interpretación (suplencia) por el juez. El siempre creciente empleo de elementos de figura legal de formulación indeterminada se explica: igualmente por el deseo de someter el derecho, en lo posible, al imperio de [unos] valores éticos dar al enfoque valorativo prioridad sobre la decisión técnico-jurídica».

En un sentido similar al de (b), es decir, para destacar la función delegativa que tienen conceptos, pero además subrayando la circunstancia de que ello sirve justamente para reforzar la posición política de los órganos a quienes esa delegación les es efectuada, GARSTKA examina lo que él llama la «función de política jurídica» de las cláusulas generales. Señala, así, que «las cláusulas generales conducen siempre a un reforzamiento de la posición de las instancias que aplican el da trátese de la Justicia o de la Administración. Estas son colocadas en la situación de decidir según criterios propios, sin tener que tomar en consideración notas conceptuales que angosten la hipótesis jurídica (einengede Tatbestandsmerkmale), o la falta de autorizaciones especiales».

NIVELES DE INDETERMINACIÓN EN GENERAL

[PEDRO HABA Enrique]⁴

En síntesis, podría decirse que el contenido semántico de un concepto jurídico indeterminado es articulable en cuatro niveles, orientados de mayor a menor en cuanto al respectivo grado de indeterminación que allí tiene el significante que se interpreta.

– *Ámbito lógico-semántico*: lo conforman todas las

interpretaciones posibles de una expresión lingüística, llamando «posibles» a aquellas que responden a reglas de uso comunes de los términos en cuestión; es decir, significados suyos que, como tales, son reconocidos por la generalidad de sus locutores, o en algunos círculos de estos.

Ámbito semántico social: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito lógico, se toman en consideración solo aquellas que aceptan locutores de una cierta colectividad, en un momento histórico dado; vale decir, interpretaciones reconocidas *hic et nunc*, ya sea por la generalidad de los locutores de ese medio o al menos por quienes pertenecen a los sectores sociales más influyentes.

- *Ámbito semántico real:* de entre las interpretaciones que caben en el ámbito social, se admiten solo las que tienen bastante «peso» político para ser recogidas eventualmente como palabra del aparato estatal de ese país y ejecutadas por parte de este; son solo aquellas interpretaciones cuya puesta en práctica es promovida, o al menos pueda ser tolerada, por las fuerzas sociales *dominantes*.

- *Interpretación autorizada:* es una dentro del ámbito real, escogida por un intérprete autorizado (legislador; gobernante, juez, personal administrativo), o sea, por funcionarios estatales cuya ubicación en el aparato del Estado hace que la determinación decidida por ellos quede respaldada por ese aparato.

2 NORMATIVA

CÓDIGO MUNICIPAL⁵

Artículo 79. – Para ejercer cualquier actividad lucrativa, los interesados deberán contar con licencia municipal respectiva, la

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

cual se obtendrá mediante el pago de un impuesto. Dicho impuesto se pagará durante todo el tiempo en que se haya ejercido la actividad lucrativa o por el tiempo que se haya poseído la licencia, aunque la actividad no se haya realizado.

Ficha del artículo

Artículo 80. – La municipalidad deberá resolver las solicitudes de licencia en un plazo máximo de treinta días naturales, contados a partir de su presentación. Vencido el término y cumplidos los requisitos sin respuesta alguna de la municipalidad, el solicitante podrá establecer su actividad.

Ficha del artículo

Artículo 81. – La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

Ficha del artículo

Artículo 81 bis.–La licencia referida en el artículo 79, podrá suspenderse por falta de pago de dos o más trimestres, o bien por incumplimiento de los requisitos ordenados en las leyes para el desarrollo de la actividad.

Será sancionado con multa equivalente a tres salarios base, el propietario, administrador o responsable de un establecimiento que, con licencia suspendida continúe desarrollando la actividad.

Las municipalidades serán responsables de velar por el cumplimiento de esta ley. Para tal efecto, podrán solicitar la colaboración de las autoridades que consideren convenientes, las cuales estarán obligadas a brindársela.

Para lo dispuesto en esta ley, se entiende por "salario base" el concepto usado en el artículo 2 de la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993.

(Así adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 7881 del 9 de junio de 1999)

3 JURISPRUDENCIA

CONCEPTOS INDETERMINADOS DE MORAL , BUENAS COSTUMBRES

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁶

"El recurrente acusa lesión a sus derechos fundamentales por cuanto el Alcalde Municipal de San José por resolución número 1328-RC-99 de las ocho horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, rechazó la solicitud de patente comercial para la operación de un sauna exclusivo para caballeros basado en criterios, a su juicio, homofobicos y plagada de discriminaciones por razones sexuales. Por su parte el Alcalde Municipal recurrido señala que el artículo 81 del Código Municipal faculta a dicha Corporación para denegar la patente cuando la actividad sea contraria a la moral y a las buenas costumbres, como sucede en el caso de la amparada; amén en su ubicación cerca de varias escuelas.

II.- El artículo 81 del código Municipal establece:

" La licencia municipal referida en el artículo

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

anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por lo reglamentos municipales vigentes.” (El destacado no es parte del original).

Los términos “moral y buenas costumbres”, contenidos en el artículo transcrito , han sido objeto de análisis por parte de la Sala. Así ha partido del hecho de que los conceptos utilizados en las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, como lo son, por ejemplo, la mayoría de edad o los plazos para promover recursos y apelaciones. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, pero es claro que intenta delimitar un supuesto concreto; conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres. Aunque la ley no determine con claridad los límites de estos conceptos , por ser uno de los no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor, buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público,

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

justo precio, moral, o de experiencia, incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Sin embargo, resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como lo es el otorgamiento o no de una patente municipal, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución; o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; hay acciones contrarias al orden público o no las hay; hay acciones contrarias a la moral, o no las hay. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso. (En este sentido sentencia número 5594-94, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro).

III.- Precizando, aún más, los conceptos de moral y buenas costumbres la Sala en la sentencia número 3550-92, de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, dispuso:

“ En verdad, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implican en ningún caso arbitrariedad y que está sujeta, como lo está la misma discrecionalidad, al contralor jurisdiccional;

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

contralor que, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, tiene que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad (artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública); flexibilidad, o discrecionalidad, Pues, que en ningún caso pueden implicar arbitrariedad.” (Considerando XIX).”

“ El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

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

De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; (Considerando XX)."

Como se desprende de lo expuesto, es imperativo para el Estado velar por la salvaguarda de la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales de éste, a saber población, territorio y orden jurídico soberano y por tanto la protección de la sociedad. Por esa razón es que el Estado ha establecido una serie de normas que protegen al individuo y procuran la armónica convivencia social. Dichas normas facultan a la Administración a velar por el mantenimiento de las condiciones económicas, morales, sociales y culturales que la sociedad considera necesarias para existir y evolucionar. Ahora bien, es innegable que los niños constituyen una parte muy importante de la sociedad, precisamente por constituir la esencial del futuro del Estado actual. De allí que las condiciones económicas, morales, sociales y culturales con las que ellos nazcan y crezcan determinará, en pocas palabras, el contenido de los valores de la sociedad futura, de donde sea imperativo mantener la moral y buenas costumbres que la sociedad actual considera oportunas a través de las restricciones de la ley. La Sala en la sentencia número 0235-98, de las nueve horas veintiún minutos del dieciséis de enero de mil novecientos noventa y ocho, desestimó un amparo similar al que es objeto en este recurso señalando que:

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

"I.- Vista la prueba aportada a los autos, así como los informes rendidos bajo juramento, es preciso concluir que en la especie, no se han producido las alegadas violaciones constitucionales, puesto que fue la Municipalidad de Escazu, actuando dentro de los límites, atribuciones y facultades otorgadas por ley, quien denegó el permiso de funcionamiento del negocio propiedad del recurrente y decretando su cierre, toda vez que se dieron las causales contempladas en el artículo 42 de la Ley de Licores, 14 y 20 del Reglamento a la Ley de Licores, 98 inciso a) y 99 del Código Municipal; misma que fueron debidamente constatadas, evaluadas y tipificadas por las respectivas autoridades municipales y policiales, (folio del 20 al 29)."

En cuanto a la denegación de la patente , ha sido criterio de esta Sala, que la misma no constituye un título ejecutivo que obliga a la administración a preservar el estado de las cosas, sino que constituye un título precario, otorgado bajo el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos previamente y; su renovación depende de la observancia y cumplimiento por parte del concesionario, de las obligaciones y restricciones contempladas en la ley. Así mismo, es preciso recodar, que los artículos que dan firmeza la denegatoria de la patente del local del recurrente, sean, artículos 98 y 99 del Código Municipal que, en lo que interesa establecen:

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

"Artículo 98.- "Nadie podrá abrir establecimiento dedicados a actividades lucrativas o realizar el comercio en forma ambulante, sin contar con la respectiva licencia municipal" y;

Artículo 99.- " La licencia municipal a que se refiere el artículo anterior sólo podrá ser denegada cuando la actividad fuere contraria a la ley, a la moral o las buenas costumbres..."

Lo anterior aunado a los artículos 42, de la Ley de Licores, 14 y 20 del Reglamento a la Ley de Licores, motivan el cierre, siendo lo procedente en consecuencia, rechazar el presente recurso." (El destacado no es parte del original).

En la especie, la Administración fundamenta la decisión de no otorgar la patente a la amparada en una restricción legal establecida en el artículo 81 del Código Municipal, a saber, de que la actividad comercial sea contraria a la moral y las buenas costumbres. Especialmente se tomó en cuenta la cercanía del local comercial de la sociedad que representa el recurrente, a una serie de instituciones educativas. Recuérdese que en la Declaración de Los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, se señaló que: " (") el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (")". Este interés mundial de proporcionar a las personas menores de edad una protección especial enunciado en la declaración anterior, así como en la Declaración de Ginebra de mil novecientos veinticuatro sobre Los Derechos del Niño, y en las existentes convenciones internacionales, dio origen a la Convención Sobre los Derechos del Niño. Dentro de los acuerdos tomados por los Estados Partes de dicha convención, están el atender el interés superior del niño (artículo 3), así como el derecho a "un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social"

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

(artículo 27).

En criterio de este Tribunal dichos derechos reconocidos a las personas menores de edad en la Convención sobre los Derechos del Niño, encuentran eco en la denegatoria de la patente que la municipalidad hizo con el fin de proteger la moral social y a los niños de las escuelas vecinas (véase la queja de los vecinos y la carta de los colegios), de donde si bien es cierto que el término "moral" es jurídicamente indeterminado, en este caso particular, para la municipalidad recurrida, revistió un contenido claro dada la existencia de un bien mayor que salvaguardar, cual son los niños con posibilidad de ser afectados por las consecuencias de la existencia del local comercial.

En la sentencia número 6469-97 de las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre del dos mil uno, se indicó que no resultaban irrazonables o inconstitucionales las limitaciones a la libertad de comercio en la medida que ésta fueran establecidas por la ley con el fin último de proteger a menores:

" (") VI.- En lo que atañe a la limitación de la libertad de comercio, en razón de la imputación de funciones que hace el artículo 42 de la Ley de Licores, para la protección de los valores superiores de la nacionalidad (moral, buenas costumbres, protección de la niñez, sentimientos religiosos) , la Sala no encuentra que la restricción definida por una distancia de iglesias, instalaciones deportivas y centros de salud de todo tipo, centro infantiles de nutrición y de juegos, guarderías infantiles, escuelas, colegios y otros establecimientos educativos similares, sean públicos o privados, de enseñanza preescolar, primaria, secundaria, universitaria, técnica y para universitaria y clubes políticos, resulte desproporcionada o irrazonable. Es tan evidente que lo que se quiere es evitar el contacto de los usuarios de las actividades señaladas, en especial los niños y estudiantes de todos los niveles, con el consumo del licor, que

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

los alcances de la regulación se explican por sí solos. Es decir, se está frente a un caso típico de regulación de una actividad, para proteger, sobre todo, el orden público representado, básicamente, por los niños y estudiantes del país. La Sala no tiene acreditada la violación alegada contra la libertad de comercio y consecuentemente, tampoco la del artículo 9 constitucional y la acción, con fundamento en lo que dispone el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales citados ("").

Considera la Sala que el hecho de que no haya una regulación expresa como lo afirma la municipalidad, implica que la resolución administrativa, al pronunciarse sobre la solicitud presentada, tiene un contenido discrecional que es el que emite el funcionario en el acto, sujeto al control de legalidad. Dado que la Sala no es la que otorga o deniega la patente, no puede entrar a valorar dicho acto. De allí que si el recurrente considera que dicha la denegatoria en cuestión violenta sus derechos ello deberá discutirlo en la sede ordinaria correspondiente y no ante este Sala.

Los Magistrados Arguedas y Batalla salvan el voto y declaran con lugar el recurso, y anulan la resolución emitida por la Municipalidad de san José, número 1328-RC-99, de las ocho horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve y en su lugar ordenan al Alcalde Municipal dictar una nueva resolución conforme a derecho, mientras tanto el Alcalde resuelva debidamente motivado el establecimiento debe ser cerrado si es que no cuenta con la patente necesaria para funcionar, y condenan a la Municipalidad de San José al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

LIMITACIONES LEGÍTIMAS DE LA LIBERTAD: MORAL, ORDEN PÚBLICO.

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁷

"F - Las Limitaciones Legítimas de la Libertad:

XVII - Desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. No obstante, como han dicho el Tribunal Europeo (caso *The Sunday Times*, pgr. 59) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, pgr. 46), para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente que sea "útil", "razonable" u "oportuna", sino que debe implicar la "existencia de una necesidad social imperiosa" que sustente la restricción. Por ello, para que las restricciones a la libertad sean lícitas constitucional e internacionalmente,

"deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... la restricción -por otra parte- debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" (Corte Interam., OC-5/85, id.).

Estos criterios de interpretación, que han mantenido también los grandes tribunales supremos o constitucionales -por ejemplo, los europeos, el de los Estados Unidos de América, el de la Argentina-, son una aplicación moderna de la vieja regla de las Partidas, según la cual:

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

"Cuando en pleito sobre libertad o servidumbre discorden los jueces, siendo tantos los que sentencien por la primera como los que sentencien por la segunda, valdrá lo favorable a la libertad" (Partida III, título 32, ley 18).

XVIII - Ello implica, por una parte, que la restricción debe ser imperiosa socialmente y, por ende, excepcional, como tal de interpretación restrictiva, de manera que en caso de duda debe preferirse siempre la libertad; por la otra, que la misma interpretación del "bien común" ha de hacerse en el contexto del orden constitucional como un todo, de conformidad con su sistema de valores fundamentales -en Costa Rica, en resumen, los de la democracia, el Estado de derecho, la dignidad esencial del ser humano y el "sistema de la libertad"- . No fue por mero accidente que la Ley General de la Administración Pública, cuyo sentido principista es evidente, definiera el interés público como

"la expresión de los intereses coincidentes de los administrados" (art. 113.1);

imponiendo, como criterios para su apreciación,

"los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia" (art. 113.3),

y distinguiéndolo claramente del interés transitorio o subjetivo de la Administración, valga decir, del de los administradores públicos (art. 113.2).

XIX - En verdad, los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, como indeterminados, autorizan una cierta flexibilidad, pero que no implica en ningún caso arbitrariedad y que está sujeta, como lo está la misma discrecionalidad, al contralor jurisdiccional;

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

contralor que, según lo han reconocido invariablemente la jurisprudencia y la doctrina, tiene que ejercerse según criterios de racionalidad y razonabilidad (arts. 15 y 16 L.G.A.P.); flexibilidad, o discrecionalidad, pues, que en ningún caso pueden implicar arbitrariedad.

XX - El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o 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);

XXI - Por su parte, la moral no puede concebirse más que como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad; y los derechos de terceros necesariamente tienen que jerarquizarse, tanto en sí mismos, como

en su dimensión concreta, en el sentido de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derechos de igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad. Así, el sistema de la libertad costarricense, deja fuera del alcance de la ley -léase, de la acción del Estado- una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. El artículo 79 constitucional es claro al establecer la enseñanza como una libertad y no como un servicio público; en consecuencia y en virtud del artículo 28 constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad privada de enseñanza, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados.

4 PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SUPUESTOS DE DENEGACIÓN DE SOLICITUD DE LICENCIA POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁸

SUPUESTOS EN LOS QUE CABE DENEGAR UNA SOLICITUD DE LICENCIA PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL

La consulta que nos ocupa tiene por objeto determinar si el Concejo Municipal de Heredia puede, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y argumentando razones de interés público, rechazar los permisos para la celebración de ferias comerciales en el Palacio de los Deportes.

Sobre el particular, debemos señalar que si bien el ejercicio del

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

comercio no es un derecho absoluto, sólo puede ser objeto de regulación -y aún de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores-- siempre que no se traspasen los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. Así lo ha reconocido en la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, en sentencia n.º 1195-91, de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991, señaló:

"I.-

El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que «Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria». En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que «Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley». Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, «...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese

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

artículo en su párrafo 2, el cual crea, así una verdadera «reserva constitucional» en favor del individuo a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público». (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17:00 Hrs. del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

«1.-

El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes .

2- Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia».

En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que «...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los «decretos» o «decretos reglamentarios» dictados por el Poder Ejecutivo, y los «reglamentos autónomos», dictados por el mismo Poder Ejecutivo, o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía». En consecuencia, el artículo 28 Constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden público o que perjudiquen a terceros serán susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el Poder Ejecutivo por vía de Decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la Ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho."

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

(Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Como bien apunta la Sala, la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado; no obstante, por tratarse de un derecho fundamental, sólo podría limitarse mediante ley formal y en aquellos casos en que su ejercicio sea contrario a la moral, al orden público o perjudique a terceros.

Congruente con lo anterior, el artículo 81 del Código Municipal se encarga de establecer las causas o motivos por los cuales se puede denegar una licencia municipal:

"La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes".

De la norma transcrita se desprende, expresamente, que una solicitud para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial sólo podría ser denegada por la Municipalidad respectiva si se presenta alguno de los siguientes supuestos: a) que la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres; b) que el establecimiento no reúna los requisitos legales y reglamentarios; y c) que la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado que

"La negativa motivada a otorgar una patente o licencia no constituye, por si sola, una lesión a algún derecho fundamental del interesado, pues, aparte y además del razonamiento expuesto en los párrafos anteriores, es dable señalar que el otorgamiento o no de un permiso, fundamentalmente, obedece al cumplimiento de una serie de requisitos por parte del interesado, hecho este último que determina, en forma definitiva, la decisión de un sentido o en otro, previo bastanteo de las condiciones del solicitante y las circunstancias de tiempo y lugar, de tal modo que si el petente no los cumple o las circunstancias apuntadas no lo permiten, no

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

podría en consecuencia concederse el permiso, sin que la negativa, en su caso, pueda estimarse como una pena o represión, ya que afirmar lo contrario implicaría negarle a la administración la facultad de control sobre la actividad, pudiendo cualquier persona desempeñarla en la forma que mejor le plazca y donde lo estime conveniente, lo que resultaría atentatorio de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y la propia vida en sociedad" (Sentencia n.º 6747-93, de las 15:12 horas del 22 de 1993).

En otra sentencia posterior, la misma Sala indicó:

"(...) a fin de que se extienda una licencia municipal es claro que el administrado debe contar con una serie de requisitos establecidos por ley, por ello, el hecho de que en este caso concreto no se le haya otorgado la patente solicitada en razón de que la zona en que se encuentra es residencial, no es violatorio de sus derechos fundamentales, pues existen disposiciones que regulan la actividad comercial que pretende desarrollar y corresponde a la Administración velar porque se cumplan las condiciones adecuadas en los locales comerciales, sin que ello coarte el derecho del libre ejercicio del comercio, derecho que, en todo caso, no es absoluto y que puede ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentran de por medio intereses superiores, como lo son, el problema de ubicación y posibles ruidos en áreas residenciales." (Voto n.º 960-96, de las 9:33 horas del 26 de febrero de 1996).

De las resoluciones transcritas se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el interesado deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal deberá valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia

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

comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito.

Y si bien, la valoración de conceptos jurídicos indeterminados como "moral", "orden público" y "buenas costumbres" permite cierta discrecionalidad administrativa, es criterio de la Procuraduría General de la República que el otorgamiento de licencias municipales es, en tesis de principio, una potestad reglada. Es decir, en el tanto el interesado en ejercer una determinada actividad comercial reúna los requisitos que establece el ordenamiento jurídico y las circunstancias de tiempo y lugar donde pretenda desarrollarla lo permitan, no podría la Administración Municipal denegarla.

Por lo demás, en el supuesto en que presente una de las causales por las que cabe denegar una licencia comercial, la municipalidad respectiva deberá comunicarlo al interesado mediante acto debidamente motivado, en el cual deberá hacer constar las razones de hecho y de derecho por las que deniega la solicitud.

IV.-

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que por estar de por medio un derecho fundamental, el Concejo Municipal de Heredia sólo podría denegar la licencia para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial que se pretenda desarrollar dentro de su jurisdicción y, concretamente, en el Palacio de los Deportes, si se presenta alguna de las causales que señala el artículo 81 del Código Municipal, a saber: cuando la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres; cuando el establecimiento no reúna los requisitos legales y reglamentarios; y cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

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

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁹

"III.- SUPUESTOS EN LOS QUE CABE DENEGAR UNA SOLICITUD DE LICENCIA PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL

La consulta que nos ocupa tiene por objeto determinar si el Concejo Municipal de Heredia puede, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y argumentando razones de interés público, rechazar los permisos para la celebración de ferias comerciales en el Palacio de los Deportes.

Sobre el particular, debemos señalar que si bien el ejercicio del comercio no es un derecho absoluto, sólo puede ser objeto de regulación -y aún de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores-- siempre que no se traspasen los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. Así lo ha reconocido en la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, en sentencia n.º 1195-91, de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991, señaló:

"I.-

El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que «Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria». En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que

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

las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que «Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley». Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, «...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así una verdadera «reserva constitucional» en favor del individuo a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público». (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17:00 Hrs. del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

«1.-

El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes .

2- Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia».

En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que «...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los «decretos» o «decretos reglamentarios» dictados por el Poder Ejecutivo, y los «reglamentos autónomos», dictados por el mismo Poder Ejecutivo, o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus

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

funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía». En consecuencia, el artículo 28 Constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden público o que perjudiquen a terceros serán susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el Poder Ejecutivo por vía de Decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la Ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho."

(Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Como bien apunta la Sala, la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado; no obstante, por tratarse de un derecho fundamental, sólo podría limitarse mediante ley formal y en aquellos casos en que su ejercicio sea contrario a la moral, al orden público o perjudique a terceros.

Congruente con lo anterior, el artículo 81 del Código Municipal se encarga de establecer las causas o motivos por los cuales se puede denegar una licencia municipal:

"La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes".

De la norma transcrita se desprende, expresamente, que una solicitud para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial sólo podría ser denegada por la Municipalidad respectiva si se presenta alguno de los siguientes supuestos: a) que la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las

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

buenas costumbres; b) que el establecimiento no reúna los requisitos legales y reglamentarios; y c) que la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado que

"La negativa motivada a otorgar una patente o licencia no constituye, por si sola, una lesión a algún derecho fundamental del interesado, pues, aparte y además del razonamiento expuesto en los párrafos anteriores, es dable señalar que el otorgamiento o no de un permiso, fundamentalmente, obedece al cumplimiento de una serie de requisitos por parte del interesado, hecho este último que determina, en forma definitiva, la decisión de un sentido o en otro, previo bastateo de las condiciones del solicitante y las circunstancias de tiempo y lugar, de tal modo que si el petente no los cumple o las circunstancias apuntadas no lo permiten, no podría en consecuencia concederse el permiso, sin que la negativa, en su caso, pueda estimarse como una pena o represión, ya que afirmar lo contrario implicaría negarle a la administración la facultad de control sobre la actividad, pudiendo cualquier persona desempeñarla en la forma que mejor le plazca y donde lo estime conveniente, lo que resultaría atentatorio de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y la propia vida en sociedad" (Sentencia n.º 6747-93, de las 15:12 horas del 22 de 1993).

En otra sentencia posterior, la misma Sala indicó:

"(...) a fin de que se extienda una licencia municipal es claro que el administrado debe contar con una serie de requisitos establecidos por ley, por ello, el hecho de que en este caso concreto no se le haya otorgado la patente solicitada en razón de que la zona en que se encuentra es residencial, no es violatorio de sus derechos fundamentales, pues existen disposiciones que regulan la actividad comercial que pretende desarrollar y corresponde a la Administración velar porque se cumplan las condiciones adecuadas en los locales comerciales, sin que ello coarte el derecho del libre ejercicio del comercio, derecho que,

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

en todo caso, no es absoluto y que puede ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentran de por medio intereses superiores, como lo son, el problema de ubicación y posibles ruidos en áreas residenciales." (Voto n.º 960-96, de las 9:33 horas del 26 de febrero de 1996).

De las resoluciones transcritas se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el interesado deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal deberá valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito.

Y si bien, la valoración de conceptos jurídicos indeterminados como "moral", "orden público" y "buenas costumbres" permite cierta discrecionalidad administrativa, es criterio de la Procuraduría General de la República que el otorgamiento de licencias municipales es, en tesis de principio, una potestad reglada. Es decir, en el tanto el interesado en ejercer una determinada actividad comercial reúna los requisitos que establece el ordenamiento jurídico y las circunstancias de tiempo y lugar donde pretenda desarrollarla lo permitan, no podría la Administración Municipal denegarla.

Por lo demás, en el supuesto en que presente una de las causales por las que cabe denegar una licencia comercial, la municipalidad respectiva deberá comunicarlo al interesado mediante acto debidamente motivado, en el cual deberá hacer constar las razones de hecho y de derecho por las que deniega la solicitud."

En un reciente dictamen se reiteraron estos criterios del

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

siguiente modo:

"De las resoluciones transcritas (se refiere a los votos de la Sala Constitucional números 960-96 y 6774-93, ya reseñados en la anterior cita) se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el establecimiento deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal tendrá que valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese, a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de comercio, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito, salvo que una norma legal disponga un requisito adicional."

(Dictamen C-259-2002 del 30 de setiembre del 2002)

Destaca este Organismo Asesor la importancia que tiene la obligación de motivar (en la inteligencia del artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública) adecuadamente el acto administrativo que llegue a resolver, negativamente, la petición de un administrado tendente a que se le autorice una patente, cuando para tal fin ha cumplido los requisitos contenidos en el Ordenamiento Jurídico. Ello por cuanto, en casos donde se involucren conceptos jurídicos indeterminados como lo son "moral" y "buenas costumbres" que recoge el artículo 81 del Código Municipal, es obligación de la Municipalidad acreditar y razonar adecuadamente el porqué de una determinada petición podría poner en peligro a los mismos. De ello se deriva que no exista una regla predeterminada para situaciones similares o análogas, siendo, antes bien, una obligación que recae en la Corporación Municipal

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

el analizar, en cada caso, las particularidades y características de la petición, y en aplicación de los parámetros elementales de justicia, la lógica y la conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) al tomar la decisión que, para ese caso en concreto, mejor satisfaga aquellos bienes tutelados.

III. Conclusión.

Esta Procuraduría General concluye que, en el presente caso, se acreditan motivos de inadmisibilidad de la consulta formulada, siendo improcedente referirse a la posibilidad de que se otorgue patente de venta de licores al negocio comercial "Centro Turístico Termo Manía", atendiendo a su declaratoria de interés turístico y su ubicación contigua a una escuela pública.

Se hace la observación que el ejercicio de la potestad contemplada en el artículo 81 del Código Municipal, en tanto autoriza la denegatoria de otorgamiento de patentes para el ejercicio de actividades lucrativas, impone a la Municipalidad el deber de motivar adecuadamente los correspondientes actos administrativos y a tener en cuenta los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia, al tenor de lo que al efecto disponen los artículos 136 y 16, respectivamente, de la Ley General de la Administración Pública.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹⁰

III. DE LA FACULTAD DE LA ADMINISTRACION PARA REGULAR EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL LICITA. Como se observa, al accionante no se le ha seguido proceso administrativo ni penal, por el incumplimiento de las prohibiciones impugnadas en esta

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

acción; simplemente hace la consideración de que no puede sujetársele un permiso de funcionamiento de máquinas electrónicas de juego al cumplimiento de unas disposiciones establecidas en el Reglamento para Juegos de Máquinas, por estimar que las mismas carecen de fundamento jurídico. En este sentido, cabe señalar que, el punto en discusión ya fue del conocimiento de esta Sala, la que, en sentencia número 2982-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del diecinueve de junio en curso, señaló:

II. ... la reserva legal está establecida en la Constitución para la materias sancionatoria y tributaria, artículos 39 y 121 inciso 13.) constitucionales, y para la limitación de los derechos fundamentales, según se desprende de lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, y como lo ha interpretado esta Sala con anterioridad en reiteradas ocasiones (sentencias número 3550-92, de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos, y 3173-93, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres, entre otras). Sin embargo, estima este Tribunal que en el caso sometido a su examen no resulta contrario a este principio; por cuanto, en aplicación del citado principio que se alega infringido -reserva legal-, constituye materia reservada a la ley únicamente, la determinación de los juegos que se prohíben y la determinación de las sanciones a aplicar. Precisamente con fundamento en el anterior principio, es que mediante sentencia número 3542-95, de las quince horas treinta minutos del once de julio de mil novecientos noventa y cinco, esta Sala declaró la inconstitucionalidad, y en consecuencia su anulación del ordenamiento jurídico, de los artículos 9 y 10 del decreto ejecutivo número 8722-G, que es Reglamento para Juegos de Máquinas, que establecían sanciones de índole penal, bajo la consideración de que las mismas excedieron la potestad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo por mandato

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

constitucional en los incisos 3.) y 18.) de la Constitución Política. Cabe señalar que es la propia Ley de Juegos, número 3, de treinta y uno de agosto de mil novecientos veintidós, y sus reformas, la que, en los artículos 1º , 2 y 3, determina cuáles son los juegos que se prohíben; contrario sensu, al no incluirse los juegos de vídeo o de máquinas entre las prohibiciones establecidas, se entiende que los mismos están permitidos. Pero, contrariamente al criterio del accionante, su funcionamiento es susceptible de ser regulado, ya que la fijación de los presupuestos bajo los cuáles se otorga un permiso administrativo, constituye competencia propiamente administrativa. Así, la determinación de un horario dentro del cual se autoriza el funcionamiento de los locales de máquinas electrónicas de juego y la edad de los usuarios de estas máquinas, constituyen condiciones administrativas mínimas que regulan el ejercicio de una actividad lícita, las cuáles no alteran derecho fundamental alguno. La libertad de comercio o de empresa regulada en el artículo 46 de la Constitución Política está garantizada, en el tanto se autoriza el funcionamiento de las máquinas electrónicas de juego; lo que hacen las disposiciones impugnadas es regular su ejercicio. En relación a este punto esta Sala ya se ha manifestado con anterioridad, indicando que la libertad empresarial no es absoluta ni ilimitada, y tal garantía debe someterse a las regulaciones legales y reglamentarias que necesariamente deben cumplirse previamente, máxime cuando, como en el presente caso, existe normativa al respecto -precisamente la que está siendo impugnada en esta acción de inconstitucionalidad- que impone una serie de condiciones para ejercer una actividad comercial lícita. Así, el Estado está legitimado para regular el desarrollo de toda actividad comercial lícita, e inclusive, de imponerle cargas tributarias, por ejemplo. (Ver entre otras en este sentido, las sentencias número 1042-90, de las quince horas veinticinco minutos, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y número 0611-91, de las catorce horas cinco minutos del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno, número 0143-94, de las dieciséis horas del once de

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

enero de mil novecientos noventa y cuatro.) Este criterio fue sustentado de antemano por la Corte Plena, que en sesión ordinaria de nueve de julio de mil novecientos setenta y nueve al conocer del veto del proyecto legislativo número 5098 consideró:

"La libertad de comercio que existe como garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios al consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, como en el caso, se está en presencia de una regulación que se considera de interés general."

III. DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS. La "autorización" es un acto administrativo que actúa como condición de validez para que una determinada actividad sea desarrollada, o comportamiento sea realizado, en forma legítima. La autorización no le atribuye un nuevo poder o derecho a la persona a la que ha sido otorgado, sino que únicamente le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente (como en el caso en estudio, la existencia de la libertad de empresarial o de comercio), es decir, implica únicamente la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder o de un derecho existente; de este modo, los efectos de la autorización comienzan a correr a partir del momento en que fue emitida. Sin embargo, es de notar que la competencia de la Administración no se limita a regular una actividad comercial lícita, y en virtud de ella, otorgar el correspondiente permiso o autorización para su funcionamiento, sino que es propio de la función administrativa el control y fiscalización de los actos administrativos, por ella emitidos, lo que en doctrina se califica como "derecho-deber" de la Administración, y que responde a una

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

lógica consecuencia de sus prerrogativas.

IV. DE LA RAZONABILIDAD DE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN LA NORMATIVA IMPUGNADA. El otorgamiento de autorizaciones para el funcionamiento de máquinas electrónicas de juego constituye un típico permiso de policía, en razón de lo cual, la Administración ostenta la potestad de fiscalización y control para verificar que el mismo está siendo ejercido conforme a derecho; y en razón de ello es que es revocable cuando el interés público así lo requiera, o por el incumplimiento de las condiciones establecidas en el acto de autorización, que en este caso, están establecidas en un decreto ejecutivo. Las disposiciones impugnadas se refieren en concreto al horario de funcionamiento -señalando que pueden abrirse de las dieciséis horas a las veintidós horas en los días lectivos, y de las trece horas a las veintitrés horas en los días de asueto escolar, domingos y feriados- y usuarios de las máquinas en cuestión -prohibiendo la participación de niños menores de doce años en este tipo de juegos-. Estima esta Sala que tales disposiciones no resultan irrazonables ni desproporcionadas, ya que tienen como objetivo primario la protección del menor, y de todos es sabido que este tipo de juegos es agresivo y violento, y potencialmente dañino para los niños. En este sentido, debe tenerse en cuenta que mediante Ley número 7184, del nueve de agosto de mil novecientos noventa, la Asamblea Legislativa ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, en otras palabras, la incorporó a su ordenamiento jurídico, la cual, en el artículo 4 se señala:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que

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

dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional."; en el artículo 19.1 se establece la obligación para los Estados Partes de adoptar:

"... todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a cargo.";asimismo en el artículo 31 se establece el derecho a el descanso, esparcimiento, actividades recreativas y culturales, pero no a todas, sino a las que son "propias de su edad".

V. CONCLUSION. Con fundamento en las razones dadas, es que la impugnación de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Reglamento de Máquinas para Juegos, decreto ejecutivo número 8722-G, de trece de junio de mil novecientos sesenta y ocho(3), resultan improcedentes, ya que las disposiciones en ellas contenidas resultan del ejercicio propio de la función administrativa, sin que afecte derecho fundamental alguno; por lo que debe ser rechazada por el fondo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional."

(3) Existe un error material, pues el Decreto Ejecutivo 8722-G, es del trece de junio de mil novecientos setenta y ocho.

IV. Al no existir motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión, procede

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

rechazar por el fondo la acción, en el tanto la normativa impugnada no resulta contraria las normas y principios constitucionales considerados infringidos, todo lo contrario, son dados en consonancia con ellos, ya que tienen como objetivo primordial la protección del menor.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo la acción . "(Los resaltados y el subrayado no son del original).

Para arribar a lo anterior, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que la fijación de los presupuestos bajo los cuales se otorga un permiso administrativo, constituye competencia propiamente administrativa; y en particular las disposiciones establecidas por el Reglamento de Máquinas para Juego responden a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que tienen como principal objetivo la protección de los menores, y que la competencia de la Administración no se limita a regular una actividad comercial lícita, y en virtud de ella, otorgar el correspondiente permiso o autorización para su funcionamiento, sino que es propio de la función administrativa el control y fiscalización de los actos administrativos, por ella emitidos.

La Procuraduría comentando la normativa en cuestión, en relación con el procedimiento administrativo correcto que debían seguir las Gobernaciones para sancionar administrativamente a los establecimientos comerciales con juegos electrónicos que infringían dicha normativa - valga aclarar antes de que se

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

declarara en el voto N° 6469-97 de las 16:20 horas del 8 de octubre de 1997 de la Sala Constitucional que todas las funciones que tienen que ver con los permisos de funcionamiento de negocios comerciales es competencia municipal-, indicó mediante dictamen C-174-96 del 21 de octubre de 1996 lo siguiente:

" En el segundo supuesto, a saber el de las salas de juegos electrónicos que operan contando con los permisos y autorizaciones necesarias, pero que infringen las prohibiciones establecidas en el citado Reglamento de Máquinas para Juegos, o que incurren en acciones contrarias a la tranquilidad y el orden público, podrán las Gobernaciones de Provincia revocar la autorización conferida. En efecto, si la actuación del titular de una autorización no se conforma con las obligaciones derivadas del acto respectivo, o se pone en peligro la tranquilidad y el orden público, la Gobernación está facultada para revocarle la autorización. Para ello, en vista de que la normativa reglamentaria antes citada dispone que esa actuación se sujetará a los procedimientos legales -sin indicar cual-, deberá seguirse el procedimiento administrativo ordinario previsto en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública."

Como puede observarse, en ese dictamen se parte de que a las salas de juegos electrónicos se les aplica el Reglamento de Máquinas para Juegos, y por ende el horario consignado en su numeral 4.

Como un punto y aparte, y en vista de la mención que se hace en el criterio legal que se adjunta, con respecto al pronunciamiento hecho por la Sala Constitucional en la resolución N° 5430-98 de

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

las 17:27 horas del 28 de julio de 1998 en torno a la declaratoria con lugar del recurso de amparo interpuesto por Marco Antonio Murolo Vargas contra la Gobernación de San José, que aducía una aplicación indebida del artículo 4 del Reglamento de Máquinas para Juegos, toda vez que indicaba que el citado Reglamento lo que regula son máquinas de destreza y no de vídeo juegos. Al respecto, téngase en cuenta que la Sala Constitucional señaló:

" I.-

Acude el recurrente a esta vía acusando la violación de sus derechos constitucionales por parte del Gobernador de San José, al denegarle una solicitud para ampliar el horario en que opera su local comercial.

II.-

Para la resolución del presente recurso se tienen como probados los siguientes hechos de interés: a) que por resolución de la Gobernación de San José No. 00012-967 D.V de las 08:20 horas del 7 de mayo de 1996, se concedió la renovación del permiso de funcionamiento del negocio denominado Boltron Vídeo Game, ubicado en el Cine Metropolitan (folios 14 y 15); y; b) que por resolución No. 0163-97 de las 15:00 horas del 20 de marzo de 1997, la Gobernación de San José rechazó la solicitud de ampliación del horario de apertura del negocio Boltron Vídeo Games (folios 12 y 13).

III.-

Esta Sala recientemente analizó la situación del otorgamiento de permisos de funcionamiento de negocios comerciales y de licencias o permisos de explotación de las patentes para los locales donde se vende licor al menudeo, expedidas por las Gobernaciones de

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

provincia. Así, en la sentencia No.6888-97 dijo:

"Esta Sala mediante sentencia 6469-97 declaró que todas las funciones que tienen que ver con los permisos de funcionamiento de negocios comerciales es municipal, consecuentemente, todo lo que atañe a la apertura de negocios dedicados a actividades lucrativas debe tramitarse ante la municipalidad de la jurisdicción correspondiente. Esta materia ha sido suficientemente tratada en los votos de esta Sala números 6763-97, 6764-97, 6765-97 y 6766-97, cuando dijo:

"... Dada la jurisprudencia que se ha transcrito, que modifica la anterior de esta Sala Constitucional sobre el tema, las actuaciones del Gobernador de la Provincia de San José, en procura de obligar a los negocios comerciales a obtener permisos suyos de funcionamiento, como requisito previo para abrir al público los establecimientos comerciales, o bien a obtener la renovación anual de esos permisos de funcionamiento, resulta ilegítima por la invasión que tal proceder hace de las competencias municipales y consecuentemente, se tiene por comprobada la infracción de los derechos fundamentales de la parte recurrente, lo que conduce a que este amparo deba ser declarado con lugar con las consecuencias de ley."

De lo que antecede se vislumbra que, la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de amparo únicamente en virtud de que las gobernaciones ya no tienen competencia para extender permisos de funcionamiento de salas de juegos electrónicos.

Por otra parte, con respecto a la indebida interpretación del artículo 4 del Reglamento para Máquinas de Juego que argumentaba

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

el recurrente, señor Murolo Vargas, la Sala concluye:

"(...) en cuanto a la categorización del local comercial y su actividad, y por ende la normativa aplicable en su caso, no corresponde ser ventilado en esta sede por ser materia de mera legalidad."

A pesar de lo anterior, y sin ánimo de interpretar una posible contradicción, debemos señalar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya se había pronunciado sobre el fondo del asunto en torno del cual gira la presente consulta, a saber mediante el voto N° 3054-96 de las 11:48 horas del 21 de junio de 1996 que fue parcialmente transcrito líneas atrás.

III.-

CONCLUSION.

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría General de la República concluye que resulta aplicable la normativa que regula el funcionamiento y específicamente el horario que establece el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 8722-G a los establecimientos o salas de juegos electrónicos o con máquinas electrónicas de juego o de máquinas de juegos de vídeos (máquinas de vídeo juegos)." (Dictamen C-268-2000 del 3 de noviembre del 2000)

También se ha precisado el concepto de "juegos de azar" y la relación de éstos con máquinas tragamonedas, en los siguientes términos:

"1. LOS JUEGOS DE AZAR

Los juegos son parte de la naturaleza lúdica del hombre, tal y como en anteriores ocasiones lo ha señalado esta Procuraduría (ver dictamen C-138-94 del 24 de agosto de 1994). Los juegos se caracterizan básicamente por depender de la habilidad intelectual o física de las partes o por estar determinados por el azar o el acaso, aun y cuando existen formas mixtas de juegos en los que tanto la habilidad del hombre como el azar intervienen en el resultado final (Avelino León Hurtado, *El Objeto en los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 61). Ahora bien, esta distinción básica entre habilidad y azar es importante en tanto tradicionalmente ha marcado la pauta entre la licitud o ilicitud de los juegos.

Mientras que el juego en el que se requiere de la habilidad del hombre ha sido fomentado, ya que permite ejercitar y desarrollar destrezas intrínsecas al ser humano, los juegos que dependen de la suerte o del azar han sido reprimidos en diversos ordenamientos jurídicos bajo la consideración de que fomentan las cualidades negativas del hombre tales como el ocio y la avaricia.

La prohibición de los juegos de azar es un asunto de larga data. Desde tiempos del derecho romano, pasando por el medieval, se castigaba fuertemente a quienes transgredían las prohibiciones establecidas. En el fondo, se trata de un problema ético según el cual los juegos de azar atentan contra la moral y las buenas

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

costumbres:

" El objeto jurídico de esta acriminación es proteger exclusivamente las buenas costumbres contra una actividad que, estimulada por el ocio y estimulándolo a su vez, fomenta la avidez del dinero y rebaja la dignidad del hombre alejándolo del trabajo y del cultivo del espíritu..." (Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Vol. V, Universidad de Palermo, Editorial TEMIS, Bogotá, 1989, p. 294)."

De allí que la intervención del Estado, en materia de los juegos de azar se ha orientado en general a censurarlos, aun y cuando existen excepciones que se han perfilado específicamente en diversos ordenamientos jurídicos.

El legislador costarricense no se apartó de la concepción arriba expuesta, sino que más bien siguió el modelo francés al establecer la ilicitud de los juegos de azar. En efecto, la Ley de Juegos, Ley No. 3 del 31 de agosto de 1922 y sus reformas, dispuso:

" Artículo 1.-

Son prohibidos todos los juegos en que la pérdida o la ganancia dependa de la suerte o del acaso y no de la habilidad o destreza del jugador. Son también prohibidos aquellos en que intervenga el envite.

Artículo 2.-

Son permitidos los juegos carteados o sea aquellos donde no haya envite, y los que por su índole contribuyen a la destreza y ejercicio del cuerpo ."

La normativa anterior ha sido analizada con profundidad en pronunciamientos anteriores realizados por esta Procuraduría. Ya desde 1973 se hizo referencia a la interpretación misma de estas normas para llegar a la siguiente conclusión:

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

" De todo lo argumentado, queda claro que de acuerdo con el espíritu de la ley, son permitidos todos los juegos que propendan a ejercitar el cuerpo..., así como todos aquellos que requieren habilidad o destreza del jugador en los que -aunque medie dinero en ellos- éste sea en sumas fijas que se apuesten, sin haber posibilidad de aumentar éstas en el transcurso del juego completo, o sea de la mano que se está jugando."

(Dictamen 28-73 del 11 de junio de 1973).

En desarrollo de lo anterior, es que certeramente se ha indicado que el ordenamiento jurídico costarricense lo que prohíbe son determinados juegos de azar en donde se han realizado apuestas:

"... únicamente deben ser considerados prohibidos aquellos juegos de azar cuando medie dinero en ellos y que, en forma concomitante, se presente alguna de las siguientes circunstancias: (a) que la ganancia o la pérdida dependan únicamente de la suerte, sea, sin que tenga ningún peso específico la habilidad del jugador; o, (b) que en una misma "mano" o ronda se puedan aumentar las apuestas inicialmente pactadas (envite) " (C-138-94 del 24 de agosto de 1994).

Mediante Decreto No. 3510-G del 24 de enero de 1974 y sus reformas se reglamentó la Ley de Juegos a fin de definir los juegos permitidos y prohibidos:

" Artículo 2.-

Para tales efectos se tendrán como juegos permitidos los siguientes: billar, brisca, burro, canasta, damas o tablero, dominó, patona o casino, ron, tiro al blanco, tresillo, tute, juegos en los cuales no interviene ni el envite ni el acaso en forma directa o indirecta.

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

Artículo 3.-

Son juegos prohibidos: Baccarat, Bingo (salvo los autorizados por ley), Brujas o Jaulas, Carreras de Caballos (con apuestas), dados (en sus diversas modalidades), Juegos de Gallos, Lotería (salvo las autorizadas por ley), Más Menos y Completo, Monte, Pocker, Rifas Particulares, Ruletas y sus diversas modalidades, Treinta, Treinta y Uno, y Treinta, Cuarenta y Veintiuno y su modalidad de Black Jack."

De la anterior normativa se deriva claramente que el legislador costarricense censuró los juegos en los que medie dinero, de modo tal que la ganancia o la pérdida dependa exclusivamente del azar, la suerte o el acaso. Por el contrario, son permitidos los juegos que dependan de la habilidad del hombre, independientemente de que se realicen apuestas sobre los mismos. No obstante lo anterior, la misma ley ha permitido la existencia de excepciones a la prohibición genérica de los juegos de azar, tal y como sucede con las loterías y los bingos mediante los cuales se recaudan dineros destinados a causas de interés social. En este caso, aun y cuando los mencionados juegos se encuadran dentro de la categoría de los clasificados como prohibidos, existen fines superiores que han dado lugar a su permisión; específicamente, el beneficio del todo social que se alcanza con los dineros que se recaudan, en tanto se orientan a fines de beneficencia pública.

Ahora bien, la constitucionalidad de la prohibición de los juegos de azar establecida en la Ley No. 3 y reglamentada mediante el Decreto No. 3510-G, ha sido reconocida expresamente por la Sala Constitucional que al efecto ha indicado:

II. Ya la Sala ha resuelto sobre la constitucionalidad de la Ley No. 3 y el Reglamento ahora impugnados. Se ha indicado por este Tribunal que un principio de orden público, íntimamente relacionado con las buenas costumbres, hace necesario regular el juego y proscribir aquél en el que las personas puedan resultar

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

directa y hasta inconscientemente afectadas. Puede verse sobre este tema la sentencia No. 3985-96, en la que la Sala entiende que dentro del poder de policía, es perfectamente legítimo para el Estado imponer prohibiciones respecto de actos que se estiman contrarios a las buenas costumbres, caso en el cual, incluso, la actuación del Estado se inscribe dentro de las prescripciones del artículo 28 de la Constitución Política, aunque la acción no señala este artículo constitucional como violado. También hacen relación al tema aquí resuelto, las números de la Sala 2623-95 y 3242-95. La protección del patrimonio de las personas hace no solo conveniente, sino necesario, la existencia de este tipo de normativa, y en ese sentido la legislación impugnada no es atentatoria del fuero privado de las personas, al menos de modo ilegítimo, pues es deber de tutela del Estado, actuar como viene expuesto. No hay, pues, inseguridad en los términos que propone la acción, sino todo lo contrario, para dar seguridad a las personas, concebidas como universo poblacional, es que puede también entenderse como legítimo que se restrinja una actividad comercial de un número menos numeroso de personas. Se trata, en otras formas, de encauzar el bien común, principio también recogido aunque tímidamente, en el propio artículo 28 Constitucional, que con claridad se refiere a las buenas costumbres como criterio que permite a la ley intervenir en las actividades privadas. " (Voto No. 4167-96 de las 10:30 horas del 16 de agosto de 1996).

2. LAS MAQUINAS TRAGAMONEDAS

De conformidad con las disposiciones de la Ley de Juegos, Ley No. 3, es que el Poder Ejecutivo emite el Reglamento de Máquinas para Juegos, Decreto No. 7881-G del 3 de enero de 1978, que en lo que interesa dispone:

" Artículo 1.-

Son absolutamente prohibidos los juegos y diversiones que se realicen en máquinas en que la ganancia del jugador depende,

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

únicamente de un mecanismo automático incontrolable o de la suerte. Entre tales máquinas se consideran las llamadas traganíqueles y otras similares.

Artículo 2.-

Son permitidas en forma restringida, las máquinas que simulen juegos deportivos o de destreza, en las que el jugador participe con su habilidad y mediante el pago de monedas o fichas ."

El Reglamento de Máquinas para Juegos es claro en prohibir las máquinas tragamonedas, anteriormente denominadas máquinas traganíqueles. En efecto, aun y cuando estas máquinas no hayan sido expresamente señaladas como juegos prohibidos en el Reglamento de la Ley de Juegos, lo cierto es que cumplen con todos los requisitos establecidos en la Ley para los juegos prohibidos. Se trata, en este caso, de máquinas en las cuales al insertar una o más monedas se inicia el funcionamiento de la máquina el cual se encuentra fuera del control del jugador, de modo tal que la ganancia o la pérdida que se obtiene depende del azar o de la suerte y no de la habilidad o destreza del jugador:

" El mecanismo interno de la máquina se compone de tres cilindros ajustados a roles que les permiten dar una infinidad de giros sobre su propio eje hasta que por inercia cada uno va parando y marcando el dibujo, ficha, número o letra; en caso de que los tres cilindros repitan figura, el jugador gana. Es claro que el jugador solo participa accionando una palanca (en las más antiguas) o un botón (en las más modernas) nada más y el resto es un mecanismo totalmente incontrolable."

(Marjorie Vargas Sequeira y otros, Casinos y Máquinas de Juegos: Proyecto de Regulación, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991, p. 42).

La regulación específica de las máquinas tragamonedas permite no

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

sólo diferenciarlas como una categoría de las máquinas de juegos en general, sino específicamente de la lotería, de modo tal que resulta incorrecta la equiparación que de ambos conceptos parece realizar realiza la Junta de Protección Social en la consulta formulada a esta Institución, en tanto se trata de juegos diferentes.” (Dictamen C-220-2000 del 14 de setiembre del 2000)

B. Antecedente de la Sala Constitucional sobre el otorgamiento de patente comercial a máquinas de juegos.

Cita el Concejo Municipal de Valverde Vega un antecedente de la Sala Constitucional que se relaciona con el objeto de su consulta. Nos parece igualmente oportuno citar las consideraciones que realizó el Alto Tribunal en esa oportunidad, pues sirven para precisar el alcance de lo que luego se dirá:

“I.-

Objeto del recurso y cuestión previa. Se reclama contra la negativa del Jefe de la Unidad Administrativa de Patentes de la Municipalidad de Tibás de otorgar patente a la empresa de la recurrente para el funcionamiento de máquinas conocidas como “saca peluches” y “pinball”. Se obvia el requisito de certificación de personería de la amparada por cuanto fue acreditada en el expediente administrativo cuya copia certificada ha aportado el recurrido.

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

II.-

Según el informe rendido bajo juramento por el Jefe de la Unidad Administrativa de Patentes, Jorge Rojas Arias, se tiene por acreditado que la negativa del otorgamiento de patentes a la empresa de la recurrente obedece al criterio de que no es posible autorizar una actividad no permitida por ley expresa (f. 33) y que según el artículo 1 de la Ley de Juegos y el Reglamento de esa Ley, publicado mediante Decreto Ejecutivo #3510-G de 24 de enero de 1974 no se incorporan las máquinas saca peluches y pinball dentro de los juegos no permitidos; tampoco se enmarcan dentro de los permitidos; pero, adicionalmente, se debe considerar el Reglamento de Máquinas para Juegos emitido por Decreto Ejecutivo #8722-G de 13 de junio de 1978, según el cual "son absolutamente prohibidos los juegos y diversiones que se realicen en máquinas en que la ganancia del jugador depende, únicamente, de un mecanismo automático incontrolable o de la suerte. Entre tales máquinas se consideran las llamadas traganíqueles y otras similares". En las máquinas en cuestión, la ganancia depende de un mecanismo automático que es imposible de controlar, para quien pone en ejecución el aparato, de la misma manera que funcionan mediante la introducción de una moneda o ficha, lo cual puede considerarse dentro de la clasificación de "otras similares". La Municipalidad ha analizado cuidadosamente la norma y ha procedido a comparar cada uno de los términos entre lo establecido en la ley y la realidad, no presumible, sino observada en el aparato que funciona en muchos de los establecimientos comerciales ubicados en el Cantón, sin ninguna autorización ni control, por lo que en aras de que la Corporación Municipal ejerza su deber de policía, se requiere normalizar la situación en el caso de que esto sea posible, refiriéndose a otro tipo de actividades y, si no es permitido, considerando lo expuesto en la legislación, deberán retirarse las máquinas del comercio que se ubica en el Cantón de Tibás, por falta de regulación expresa, debido a que el Municipio está obligado a observar lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley

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

General de la Administración Pública, en cuanto al principio de legalidad (f. 29).

III.-

Aunque, en general, este Tribunal ha venido excluyendo de la materia de amparo las discusiones sobre la procedencia o improcedencia del otorgamiento de patentes, por considerar que se trata de un asunto de mera legalidad, en el presente caso, en cambio, como el propio informe del recurrido acredita que la negativa del permiso de funcionamiento y otorgamiento de patente a la amparada no obedece a cuestiones de mera legalidad, sino que se fundamenta en una inversión o, mejor dicho, perversión, del principio constitucional de legalidad, que conduce a una interpretación violatoria de los derechos fundamentales de la amparada, lo cual es materia de amparo, se entra a conocer del fondo del asunto. Porque, en efecto, la consideración del recurrido, en el sentido de que la Municipalidad, en virtud del principio de legalidad, no puede otorgar la patente por cuanto el funcionamiento de las máquinas conocidas como "saca peluches" y "pinball" no se encuentra expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico confunde e invierte los principios fundamentales de libertad para los particulares y de sujeción a la legalidad para el Estado y los sujetos públicos, contenidos en los artículos 28 y 11 constitucionales.

IV.-

Sobre el particular, se reitera lo expresado por esta Sala, en cuanto que:

"El artículo 28 de la Constitución Política recoge así el principio y derecho general libertad:

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

"Artículo 28

"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

"Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley..."

.

XII - Es decir: de conformidad con el párrafo 1, las personas -léase "privadas"- están facultadas para hacer todo aquello "que no infrinja la ley", expresión totalmente equivalente al llamado principio de libertad, según el cual, para el ser humano, "todo lo que no está prohibido está permitido". Por ello, nadie puede ser privado de hacer lo que la Constitución o la ley no prohíban o, por lo menos, lo que no habiliten expresa y taxativamente a prohibir.

XIII - Pero es que el mismo artículo 28, en su párrafo 2, todavía llega a más: a armonizar aquel principio general de libertad, todavía meramente formal, con una concepción materialmente democrática que lo llena de contenido, colocando en su base lo que puede llamarse el "sistema de la libertad". Según éste, ya el ser humano, no sólo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, que pueden resumirse en el concepto de "bien común" rectamente entendido.

XIV - Por otra parte, tanto el principio como el sistema de la libertad imponen una serie de consecuencias formales y materiales

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

directamente aplicables al caso en estudio, vinculadas todas ellas al "principio general de legalidad", que es su contrapartida necesaria, consagrado y recogido especialmente en los artículos 11 de la Constitución y de la Ley General de la Administración Pública, así:

"Artículo 11 (Constitución Política)

"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública";

"Artículo 11 (Ley Gral. de la Admón. Pública)

"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 reglado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa";

principio de legalidad condicionado, a su vez, en relación con el régimen de las libertades y derechos fundamentales, por el de "reserva de ley", derivado de aquél, según el cual, conforme a la misma Ley General:

"Artículo 19

"1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

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

"2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia".

XV - 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 procedimiento 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"; y

c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, 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" (Sentencia #3550-92 de 16:00 hrs. de 24-XI-1992).

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

V.-

Las anteriores consideraciones debe ser plenamente observadas al desplegarse toda actividad administrativa y a la luz de esa doctrina resulta completamente contraria a la Constitución y a los derechos fundamentales de la recurrente interpretar que del artículo 1 del Decreto Ejecutivo #8722-G de 13 de junio de 1978 se desprende que el funcionamiento de las máquinas de la empresa amparada no está permitido por el ordenamiento o, peor aún, como en realidad lo ha hecho la Municipalidad, que tales máquinas se encuentran prohibidas. La Unidad Administrativa de Patentes de la Municipalidad de Tibás ha de tener en cuenta, en primer lugar, que la actividad desarrollada por la recurrente responde al ejercicio de un derecho fundamental propio de su titular, reconocido en los artículos 45 y 46 de la Constitución. Lo único que la Municipalidad efectúa al otorgar la licencia es la remoción de un obstáculo legal para ese ejercicio. Por ello, a la amparada no puede aplicarse el principio de legalidad contenido en el artículo 11 constitucional y explicitado en el 11 de la Ley General de la Administración Pública en la forma en que pretende el recurrido. Así, la afirmación de que en virtud de ese principio "no es posible autorizar una actividad no permitida por ley expresa" (f. 33) resulta evidentemente violatoria tanto del artículo 11 cuanto del 28, porque lo que se desprende del principio de legalidad y del principio de libertad es, precisamente, todo lo contrario: la actividad no prohibida por ley expresa está permitida y, por ende, si está sujeta, por ley, al cumplimiento de ciertos requisitos legales para su ejercicio, debe autorizarse, cuando se cumplen tales requisitos. Consecuencia de ello es que en esta materia opera el silencio administrativo, salvo ley en contrario.

VI.-

Por lo anterior, la Sala otorga amparo a la recurrente y declara

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

que la denegatoria de licencia a la recurrente por cuanto la actividad cuya autorización solicita no se encuentra permitida por ley expresa viola sus derechos fundamentales reconocidos en los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política, así como del principio constitucional de legalidad. Procede ordenar a la Unidad Administrativa de Patentes de la Municipalidad de Tibás que previo cumplimiento de los requisitos legales por parte de la amparada le otorgue las patentes respectivas.

Por tanto:

Se declara con lugar el amparo y se declara que la denegatoria de licencia a la recurrente por interpretarse que la actividad cuya autorización solicita no se encuentra permitida por ley expresa viola sus derechos fundamentales reconocidos en los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política, así como del principio constitucional de legalidad y se ordena a la Unidad Administrativa de Patentes de la Municipalidad de Tibás que previo cumplimiento de los requisitos legales por parte de la amparada le otorgue las patentes respectivas. Se condena a la Municipalidad de Tibás al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados por los hechos que han dado lugar a esta declaratoria, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.-

" (Voto 2307-2003 de las diecisiete horas con veintiséis minutos del dieciocho de marzo del dos mil tres)

C.Sobre la asimilación que hace la Municipalidad de Valverde Vega de las "máquinas tragamonedas" como "juegos de azar".

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

Atendiendo al contenido del acuerdo adoptado por el Concejo Municipal de Valverde Vega, y que fuera transcrito al inicio del presente dictamen, se aprecia que la Corporación realiza una equiparación de conceptos que nos resulta cuestionable. Específicamente, nos referimos a que cierto tipo de máquinas de juegos (tal el caso de las denominadas "pin ball") son del tipo casino, o lo que es igual, que son máquinas donde el jugador está sujeto únicamente al azar para lograr un resultado positivo. Esta equiparación no resulta válida si las máquinas que interesan requieren de la habilidad o destreza del jugador para funcionar. En este caso particular, la máquina se encuentra cubierta por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N° 7881 del 3 de enero de 1978 (reformado íntegramente por el Decreto Ejecutivo N° 8722 del 13 de junio de 1978):

"Artículo 2°.-

Son permitidas en forma restringida, las máquinas que simulen juegos deportivos o de destreza, en las que el jugador participe con su habilidad y mediante el pago de monedas o fichas."

Consecuencia de lo anterior, las autorizaciones que corresponde otorgar a la Municipalidad deben respetar las restricciones que contiene éste Decreto Ejecutivo, específicamente las que de seguido se transcriben:

"Artículo 3°.-

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

Queda absolutamente prohibida la participación de los menores de doce (12) años en esta clase de juegos, así como el uso de monedas o fichas de un valor mayor de un colón (₡ 1.00)”

“Artículo 4º.-

Estas máquinas podrán funcionar de las dieciséis horas a las veintidós horas en días lectivos y de las trece a las veintitrés horas los días de asueto escolar, los domingos y días feriados.”

“Artículo 5º.-

Es permitida la participación en esta clase de juegos de los mayores de doce años y menores de dieciocho hasta las veinte horas.”

“Artículo 6º.-

Los propietarios de negocios en donde estén ubicadas estas máquinas, están obligados a exhibir carteles a la vista del público señalando las disposiciones contenidas en los artículos 4º y 5º anteriores.”

“Artículo 7º.-

Es prohibida la instalación de máquinas para juegos de cualquier

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

clase de las mencionadas en este reglamento, en lugares en donde se expendan licores."

Precisamente, al tenor de la anterior normativa, se disipan varias interrogantes contenidas en la consulta que se nos formula. En primer término, que no se ha regulado la obligación de que todas las máquinas que pueda autorizar la Municipalidad deban estar ubicadas en un solo lugar o espacio físico. Es inferible que el tema de su ubicación queda a la decisión del propietario del establecimiento comercial. Sin embargo, sí nos parece oportuno citar nuestra opinión en cuanto al respeto de las distancias mínimas que deben mediar entre estos locales y otros sitios, atendiendo a la regulación de la Ley de Juegos y su Reglamento:

"Por otra parte, cabe preguntarse si existiendo un reglamento específico para la instalación y el funcionamiento de máquinas de juego, resulta aplicable a actividades relacionadas con ese reglamento (como es el caso de los juegos de video) las disposiciones contenidas en el "Reglamento a la ley de Juegos". Ello es importante porque la distancia mínima que debe guardarse entre un local de juego y templos religiosos, centros de salud, o centros de enseñanza debidamente autorizados, está contemplada en el Reglamento a la Ley de Juegos y no en el Reglamento de Máquinas para Juegos.

A nuestro juicio, la respuesta a esa interrogante debe ser positiva. Nótese que el Reglamento a la Ley de Juegos constituye normativa de carácter general, de suerte que sus preceptos sólo podrían dejar de ser aplicados si las disposiciones de carácter especial recogidas en el Reglamento de Máquinas para Juegos

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

contuviesen preceptos contradictorios o incompatibles con aquellos, lo cual no ocurre en este caso. Además, debe tenerse presente que todo este tipo de disposiciones tiende a proteger a la persona de una actividad que si bien es tolerada, no es incentivada por el Estado, por ser "potencialmente dañina", de manera tal que los criterios de interpretación deben ser restrictivos al momento de valorar la procedencia o no de aplicar una prohibición o restricción determinada.

La Sala Constitucional, en su resolución n° 1482-94 de las 18:21 horas del 21 de marzo de 1994 -tratándose específicamente de una solicitud para operar dos salas de juegos de nintendo- se pronunció a favor de aplicar a ese tipo de actividades el Reglamento a la Ley de Juegos:

"Si el negocio del recurrente no reúne el requisito de distancias respecto a templos religiosos, centros de educación o de salud, establecido por el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Juegos, que deberá ser más de 50 metros en capitales de provincia y más de 80 metros en el resto del país; la actuación del recurrido de denegar el permiso para la instalación y operación de máquinas de juegos, se encuentra totalmente ajustada a derecho y ha sido dictada en pleno uso de sus potestades, resolución que además ha sido confirmada en todos sus extremos por el Ministerio de Gobernación (folio 35 del expediente administrativo) y que tiene precisamente su fundamento en las inspecciones oculares practicadas, las cuales constan a folios 27, 33 y 34 del expediente administrativo. De este modo, si el negocio del recurrente no se ha ajustado a los requisitos exigidos por la ley, la negativa administrativa ha sido ajustada a derecho y en consecuencia procede declarar sin lugar el presente recurso de amparo". (Dictamen C-036-2000 del 24 de febrero del 2000)

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

La segunda interrogante que se disipa es la que se refiere a la posibilidad de que menores de edad utilicen éste tipo de máquinas. Como se aprecia de los artículos citados, los menores de doce años no pueden jugar en las máquinas, mientras que los jóvenes comprendidos entre los doce años y los dieciocho años tienen que restringir la utilización a un horario específico.

Por último, el tema del horario en que pueden ser utilizadas estas máquinas, también queda resuelto en la normativa citada.

Dicho lo anterior, nos resta analizar la interrogante que se relaciona con la obligatoriedad o no de extender las patentes que se requieren para las máquinas puedan operar conforme a derecho. En este sentido, del Voto de la Sala Constitucional que se reseñó en las páginas precedentes -y que se refería al caso de la Municipalidad de Tibás- no es factible concluir que, ante la sola gestión del interesado, la Corporación deba extender la autorización. Por el contrario, el Alto Tribunal es claro en señalar la necesaria verificación de todos los requisitos legales que supone este tipo de gestiones del administrado, requisitos que han sido reseñados en los párrafos precedentes.

Aunado a lo anterior, no está de más recordar al Concejo lo preceptuado en el artículo 81 del Código Municipal:

“ARTÍCULO 81.-

La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá

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

ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.”

Sobre esta disposición, hemos manifestado en ocasiones anteriores:

“A pesar de lo anterior, y atendiendo la mención que se hace del artículo 81 del Código Municipal, esta Procuraduría General se permite reseñar un criterio que puede servir de guía a la Municipalidad consultante. El mismo está contenido en el dictamen C-271-2000 del 8 de noviembre del año 2000, y que, en lo indicado, concluyó:

“III.-

SUPUESTOS EN LOS QUE CABE DENEGAR UNA SOLICITUD DE LICENCIA PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL

La consulta que nos ocupa tiene por objeto determinar si el Concejo Municipal de Heredia puede, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y argumentando razones de interés público, rechazar los permisos para la celebración de ferias comerciales en el Palacio de los Deportes.

Sobre el particular, debemos señalar que si bien el ejercicio del comercio no es un derecho absoluto, sólo puede ser objeto de regulación -y aún de restricciones cuando se encuentren de por

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

medio intereses superiores-- siempre que no se traspasen los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. Así lo ha reconocido en la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, en sentencia n.º 1195-91, de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991, señaló:

"I.-

El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que «Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria». En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que «Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley». Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, «...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así una verdadera «reserva constitucional» en favor del individuo a quien garantiza su

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

libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público». (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17:00 Hrs. del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

«1.-

El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes .

2- Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia».

En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que «...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los «decretos» o «decretos reglamentarios» dictados por el Poder Ejecutivo, y los «reglamentos autónomos», dictados por el mismo Poder Ejecutivo, o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía». En consecuencia, el artículo 28 Constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden público o que perjudiquen a terceros serán susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el Poder Ejecutivo por vía de Decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la Ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho."

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

(Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Como bien apunta la Sala, la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado; no obstante, por tratarse de un derecho fundamental, sólo podría limitarse mediante ley formal y en aquellos casos en que su ejercicio sea contrario a la moral, al orden público o perjudique a terceros.

Congruente con lo anterior, el artículo 81 del Código Municipal se encarga de establecer las causas o motivos por los cuales se puede denegar una licencia municipal:

"La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes".

De la norma transcrita se desprende, expresamente, que una solicitud para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial sólo podría ser denegada por la Municipalidad respectiva si se presenta alguno de los siguientes supuestos: a) que la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres; b) que el establecimiento no reúna los requisitos legales y reglamentarios; y c) que la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado que

"La negativa motivada a otorgar una patente o licencia no constituye, por sí sola, una lesión a algún derecho fundamental del interesado, pues, aparte y además del razonamiento expuesto en los párrafos anteriores, es dable señalar que el otorgamiento o no

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

de un permiso, fundamentalmente, obedece al cumplimiento de una serie de requisitos por parte del interesado, hecho este último que determina, en forma definitiva, la decisión de un sentido o en otro, previo bastateo de las condiciones del solicitante y las circunstancias de tiempo y lugar, de tal modo que si el petente no los cumple o las circunstancias apuntadas no lo permiten, no podría en consecuencia concederse el permiso, sin que la negativa, en su caso, pueda estimarse como una pena o represión, ya que afirmar lo contrario implicaría negarle a la administración la facultad de control sobre la actividad, pudiendo cualquier persona desempeñarla en la forma que mejor le plazca y donde lo estime conveniente, lo que resultaría atentatorio de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y la propia vida en sociedad" (Sentencia n.º 6747-93, de las 15:12 horas del 22 de 1993).

En otra sentencia posterior, la misma Sala indicó:

"(...) a fin de que se extienda una licencia municipal es claro que el administrado debe contar con una serie de requisitos establecidos por ley, por ello, el hecho de que en este caso concreto no se le haya otorgado la patente solicitada en razón de que la zona en que se encuentra es residencial, no es violatorio de sus derechos fundamentales, pues existen disposiciones que regulan la actividad comercial que pretende desarrollar y corresponde a la Administración velar porque se cumplan las condiciones adecuadas en los locales comerciales, sin que ello coarte el derecho del libre ejercicio del comercio, derecho que, en todo caso, no es absoluto y que puede ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentran de por medio intereses superiores, como lo son, el problema de ubicación y posibles ruidos en áreas residenciales." (Voto n.º 960-96, de las 9:33 horas del 26 de febrero de 1996).

De las resoluciones transcritas se desprende que para obtener una

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

licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el interesado deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal deberá valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito.

Y si bien, la valoración de conceptos jurídicos indeterminados como "moral", "orden público" y "buenas costumbres" permite cierta discrecionalidad administrativa, es criterio de la Procuraduría General de la República que el otorgamiento de licencias municipales es, en tesis de principio, una potestad reglada. Es decir, en el tanto el interesado en ejercer una determinada actividad comercial reúna los requisitos que establece el ordenamiento jurídico y las circunstancias de tiempo y lugar donde pretenda desarrollarla lo permitan, no podría la Administración Municipal denegarla.

Por lo demás, en el supuesto en que presente una de las causales por las que cabe denegar una licencia comercial, la municipalidad respectiva deberá comunicarlo al interesado mediante acto debidamente motivado, en el cual deberá hacer constar las razones de hecho y de derecho por las que deniega la solicitud."

En un reciente dictamen se reiteraron estos criterios del siguiente modo:

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

"De las resoluciones transcritas (se refiere a los votos de la Sala Constitucional números 960-96 y 6774-93, ya reseñados en la anterior cita) se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el establecimiento deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal tendrá que valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese, a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de comercio, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito, salvo que una norma legal disponga un requisito adicional." (Dictamen C-259-2002 del 30 de setiembre del 2002)

Destaca este Organo Asesor la importancia que tiene la obligación de motivar (en la inteligencia del artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública) adecuadamente el acto administrativo que llegue a resolver, negativamente, la petición de un administrado tendente a que se le autorice una patente, cuando para tal fin ha cumplido los requisitos contenidos en el Ordenamiento Jurídico. Ello por cuanto, en casos donde se involucren conceptos jurídicos indeterminados como lo son "moral" y "buenas costumbres" que recoge el artículo 81 del Código Municipal, es obligación de la Municipalidad acreditar y razonar adecuadamente el porqué de una determinada petición podría poner en peligro a los mismos. De ello se deriva que no exista una regla predeterminada para situaciones similares o análogas,

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

siendo, antes bien, una obligación que recae en la Corporación Municipal el analizar, en cada caso, las particularidades y características de la petición, y en aplicación de los parámetros elementales de justicia, la lógica y la conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) al tomar la decisión que, para ese caso en concreto, mejor satisfaga aquellos bienes tutelados." (Dictamen C-306-2002 del 12 de noviembre del 2002)

III. Conclusión.

Atendiendo a los diferentes puntos consultados, se concluye lo siguiente:

1. Las denominadas máquinas "pin ball", en la medida que requieren, para su utilización, de habilidad o destreza del jugador, no se encuentran comprendidas en el concepto de "máquinas traganíqueles" que contempla el artículo 1º del Reglamento de Máquinas para Juego; por ende no son máquinas cuyo funcionamiento y utilización por particulares represente un quebranto para el Ordenamiento Jurídico en lo que atañe a juegos.

2. Las regulaciones atinentes al horario de juego, requisitos de edad mínima para utilizar las máquinas y ubicación de ellas, se encuentran recogidas en el Reglamento de Máquinas para Juego y el Reglamento de la Ley de Juegos.

3. La Municipalidad de Valverde Vega no está obligada a extender la correspondiente patente comercial para la operación de estas máquinas con la sola petición del administrado. Deberá atender los diferentes requisitos que para tal tipo de autorización establece el Ordenamiento Jurídico.

4. El rechazo de una solicitud de otorgamiento de patente comercial deberá ser debidamente motivado cuando la Corporación Municipal acuda a la competencia otorgada en el artículo 81 del Código Municipal.

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹¹

Razonabilidad y proporcionalidad de la medida reglamentaria

Ahora bien, los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo y la libertad de comercio, no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados. Primero, en cuanto sujetos a las reglas de convivencia social, dado que deben coexistir con los de los demás. Segundo, por cuanto así lo impone su naturaleza, es decir, su contenido específico. Los límites constituyen las fronteras del derecho más allá de lo cual no se tiene, las limitaciones hacen a su ejercicio respecto de los otros.

En ese sentido, es posible limitar el ejercicio de los derechos fundamentales en aras de tutelar los derechos de terceros, la

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

moral o el orden público. Estas limitaciones se encuentran previstas en la norma 28 constitucional. El control constitucional de su cumplimiento se ejerce acorde con el principio de razonabilidad y dentro de este el de la proporcionalidad. La norma es razonable cuando su hipotética contravención de la igualdad se justifica suficientemente. (6)

Un acto limitativo de derechos fundamentales es razonable cuando cumple una triple condición: necesidad, idoneidad y proporcionalidad. En la primera la existencia de un hecho hace preciso la medida de diferenciación para proteger un interés público imperativo. La segunda importa un juicio sobre si la restricción satisface en mejor manera que otra ese interés. La última cuantifica si la limitación es mayor que el beneficio obtenido.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹²

Por otra parte, no está de más recordar que el ejercicio de este tipo de competencias discrecionales de las municipalidades no está exclusivamente referido a la materia de patentes de licores. En el Código Municipal encontramos una norma de similar naturaleza, el artículo 81, sobre el cual hemos indicado:

“A pesar de lo anterior, y atendiendo la mención que se hace del artículo 81 del Código Municipal, esta Procuraduría General se permite reseñar un criterio que puede servir de guía a la Municipalidad consultante. El mismo está contenido en el

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

dictamen C-271-2000 del 8 de noviembre del año 2000, y que, en lo indicado, concluyó:

"III.-

SUPUESTOS EN LOS QUE CABE DENEGAR UNA SOLICITUD DE LICENCIA PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL

La consulta que nos ocupa tiene por objeto determinar si el Concejo Municipal de Heredia puede, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y argumentando razones de interés público, rechazar los permisos para la celebración de ferias comerciales en el Palacio de los Deportes.

Sobre el particular, debemos señalar que si bien el ejercicio del comercio no es un derecho absoluto, sólo puede ser objeto de regulación -y aún de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores-- siempre que no se traspasen los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. Así lo ha reconocido en la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo, en sentencia n.º 1195-91, de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991, señaló:

"I.-

El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que «Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria». En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de

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

tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que «Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley». Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, «...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así una verdadera «reserva constitucional» en favor del individuo a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público». (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17:00 Hrs. del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

«1.-

El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes .

2- Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia».

En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que «...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los «decretos» o «decretos reglamentarios» dictados por el Poder Ejecutivo, y los

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

«reglamentos autónomos», dictados por el mismo Poder Ejecutivo, o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía». En consecuencia, el artículo 28 Constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden público o que perjudiquen a terceros serán susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el Poder Ejecutivo por vía de Decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la Ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho."

(Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Como bien apunta la Sala, la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado; no obstante, por tratarse de un derecho fundamental, sólo podría limitarse mediante ley formal y en aquellos casos en que su ejercicio sea contrario a la moral, al orden público o perjudique a terceros.

Congruente con lo anterior, el artículo 81 del Código Municipal se encarga de establecer las causas o motivos por los cuales se puede denegar una licencia municipal:

"La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes".

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

De la norma transcrita se desprende, expresamente, que una solicitud para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial sólo podría ser denegada por la Municipalidad respectiva si se presenta alguno de los siguientes supuestos: a) que la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres; b) que el establecimiento no reúna los requisitos legales y reglamentarios; y c) que la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha señalado que

"La negativa motivada a otorgar una patente o licencia no constituye, por sí sola, una lesión a algún derecho fundamental del interesado, pues, aparte y además del razonamiento expuesto en los párrafos anteriores, es dable señalar que el otorgamiento o no de un permiso, fundamentalmente, obedece al cumplimiento de una serie de requisitos por parte del interesado, hecho este último que determina, en forma definitiva, la decisión de un sentido o en otro, previo bastateo de las condiciones del solicitante y las circunstancias de tiempo y lugar, de tal modo que si el petente no los cumple o las circunstancias apuntadas no lo permiten, no podría en consecuencia concederse el permiso, sin que la negativa, en su caso, pueda estimarse como una pena o represión, ya que afirmar lo contrario implicaría negarle a la administración la facultad de control sobre la actividad, pudiendo cualquier persona desempeñarla en la forma que mejor le plazca y donde lo estime conveniente, lo que resultaría atentatorio de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y la propia vida en sociedad" (Sentencia n.º 6747-93, de las 15:12 horas del 22 de 1993).

En otra sentencia posterior, la misma Sala indicó:

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

"(...) a fin de que se extienda una licencia municipal es claro que el administrado debe contar con una serie de requisitos establecidos por ley, por ello, el hecho de que en este caso concreto no se le haya otorgado la patente solicitada en razón de que la zona en que se encuentra es residencial, no es violatorio de sus derechos fundamentales, pues existen disposiciones que regulan la actividad comercial que pretende desarrollar y corresponde a la Administración velar porque se cumplan las condiciones adecuadas en los locales comerciales, sin que ello coarte el derecho del libre ejercicio del comercio, derecho que, en todo caso, no es absoluto y que puede ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentran de por medio intereses superiores, como lo son, el problema de ubicación y posibles ruidos en áreas residenciales." (Voto n.º 960-96, de las 9:33 horas del 26 de febrero de 1996).

De las resoluciones transcritas se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el interesado deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal deberá valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito.

Y si bien, la valoración de conceptos jurídicos indeterminados como "moral", "orden público" y "buenas costumbres" permite cierta discrecionalidad administrativa, es criterio de la Procuraduría General de la República que el otorgamiento de licencias municipales es, en tesis de principio, una potestad

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

reglada. Es decir, en el tanto el interesado en ejercer una determinada actividad comercial reúna los requisitos que establece el ordenamiento jurídico y las circunstancias de tiempo y lugar donde pretenda desarrollarla lo permitan, no podría la Administración Municipal denegarla.

Por lo demás, en el supuesto en que presente una de las causales por las que cabe denegar una licencia comercial, la municipalidad respectiva deberá comunicarlo al interesado mediante acto debidamente motivado, en el cual deberá hacer constar las razones de hecho y de derecho por las que deniega la solicitud."

En un reciente dictamen se reiteraron estos criterios del siguiente modo:

"De las resoluciones transcritas (se refiere a los votos de la Sala Constitucional números 960-96 y 6774-93, ya reseñados en la anterior cita) se desprende que para obtener una licencia o autorización municipal para el ejercicio de una actividad comercial, el establecimiento deberá cumplir no sólo con los requisitos que al efecto disponga el ordenamiento jurídico; sino que, además, la Administración Municipal tendrá que valorar las circunstancias de tiempo y lugar donde se pretenda desarrollar la actividad comercial que interese, a fin de determinar si es permitida.

Ahora bien, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de comercio, las municipalidades no podrían limitar o denegar una licencia comercial por causas ajenas a las que expresamente establece el artículo 81 del Código Municipal, antes transcrito, salvo que una norma legal disponga un requisito

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

adicional.” (Dictamen C-259-2002 del 30 de setiembre del 2002)

Destaca este Órgano Asesor la importancia que tiene la obligación de motivar (en la inteligencia del artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública) adecuadamente el acto administrativo que llegue a resolver, negativamente, la petición de un administrado tendente a que se le autorice una patente, cuando para tal fin ha cumplido los requisitos contenidos en el Ordenamiento Jurídico. Ello por cuanto, en casos donde se involucren conceptos jurídicos indeterminados como lo son “moral” y “buenas costumbres” que recoge el artículo 81 del Código Municipal, es obligación de la Municipalidad acreditar y razonar adecuadamente el porqué de una determinada petición podría poner en peligro a los mismos. De ello se deriva que no exista una regla predeterminada para situaciones similares o análogas, siendo, antes bien, una obligación que recae en la Corporación Municipal el analizar, en cada caso, las particularidades y características de la petición, y en aplicación de los parámetros elementales de justicia, la lógica y la conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) al tomar la decisión que, para ese caso en concreto, mejor satisfaga aquellos bienes tutelados.” (Dictamen C-306-2002 del 12 de noviembre del 2002)

Viene de lo expuesto la posibilidad de hacer una serie de aclaraciones que son de interés para la presente opinión jurídica:

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

1. Las municipalidades podrán aplicar la excepción de la distancia mínima que contempla el inciso d) del artículo 9 del Reglamento a la Ley de Licores en aquellos casos de restaurantes declarados por el Instituto Costarricense de Turismo como "de interés turístico".

2. La declaratoria realizada por el Instituto Costarricense de Turismo no vincula a la Municipalidad.

3. A los efectos de resolver la petición, deberá el ente corporativo motivar adecuadamente la decisión que llegue a adoptar, pues implica una restricción a un derecho fundamental.

4. No se aprecia que la potestad discrecional que se faculta a la municipalidad en el precitado inciso d) violente el principio de seguridad jurídica o de regulación mínima, en tanto el deber de motivación obliga a la corporación a hacer explícitas las razones y los criterios en los que sustentaría la eventual denegatoria de la excepción de distancias. Obviamente, ese criterio podrá ser revisado por la autoridad judicial correspondiente, tal y como lo facultan de modo expreso los artículos 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública.

5. Atendiendo a la naturaleza de la petición que está implícita en el caso del inciso d) que se analiza, es dable afirmar que resultaría de difícil concreción un manual o reglamento que venga

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

a prever todos los supuestos en que cabe la aprobación de una solicitud que formule un restaurante de interés turístico para que se le exceptione de las distancias que prescribe el Ordenamiento Jurídico. Nótese, a modo de ejemplo, que si bien el negocio comercial puede significar un mecanismo de fomento de la actividad turística y, por demás, de oportunidades laborales para quienes en él trabajen, también lo es que la ubicación propuesta sea una en la que ya existen otros lugares autorizados para la venta de licores (incremento de la oferta), o bien, que se planea ubicarlo contiguo a una iglesia, un centro educativo, o una instalación deportiva. Es claro que en esos casos hipotéticos, la Municipalidad deberá proceder a un examen exhaustivo de las condiciones espaciales y de infraestructura propuestas, así como de la cantidad de personas que utilizan los lugares reseñados en el inciso a) y de la magnitud de las operaciones que realizará el negocio. Ciertamente, en ese tipo de casos, se revela con claridad la importancia de que se obligue a la Municipalidad a ponderar todos esos factores en una forma razonada y lógica, a través del acto administrativo que resuelva la gestión.

6. Por último, obsérvese que, tal y como está redactada la norma que se glosa, la sola circunstancia de la declaratoria de interés turístico no viene a implicar una autorización indefinida e inmodificable para el restaurante. La norma contempla el hecho de que la actividad principal de ese local se convierta en una exclusivamente dirigida a la venta de licor. En tal caso, se autoriza a la revocatoria de la ubicación concedida. Es claro, para esta Procuraduría General, que tal atribución se indica como una medida de garantía de que el local efectivamente va a tener una actividad principal dirigida a la venta de comida, con determinadas características de calidad y servicios, que lo hacen promocionable para los turistas que visitan al país. Pero ni aún esa circunstancia podría desconocer el hecho de que, ante un

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

incremento de la actividad secundaria de venta de licores, al punto que supere a la principal de la comida, deba revocarse la autorización en aras de respetar los parámetros legítimos y constitucionalmente válidos que contiene el inciso a) del precitado artículo 9, evitando así el fraude de ley y haciendo efectivo el principio jurídico de la buena fe (artículos 20 y 21 del Código Civil).

III. Conclusion.

La competencia discrecional que contempla el inciso d) del artículo 9 del Reglamento a la Ley de Licores debe ser aplicada de forma tal que la resolución que adopte la municipalidad en torno a una petición para que se de una excepción a las distancias mínimas que en ese mismo artículo se regulan revele el proceso lógico y razonable a través del cual el ente corporativo resuelva la aceptación o denegación de la solicitud. En otras palabras, se trata de un acto que debe ser debidamente motivado (artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública), en aras de tutelar los derechos del administrado, el que, de considerar que se han incumplido los principios básicos aplicables al ejercicio de la potestad discrecional, puede acudir a la vía jurisdiccional para discutir la legalidad de la decisión adoptada.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA]¹³

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

V.-RAZONABILIDAD DE LA NORMA JURÍDICA.- En la sentencia número 9874-99 de las 15:45 horas del 15 de diciembre en curso, la Sala expresó:

"VIII.-

ANÁLISIS DE LAS NORMAS IMPUGNADAS.- El examen sobre la inconstitucionalidad de las normas requiere de la aplicación de principios lógicos jurídicos que garanticen la objetividad y precisión técnico científica necesaria para determinar la incongruencia de la norma respecto del Derecho de la Constitución. El debido proceso sustantivo constituye el instrumento idóneo a tal efecto, en tanto exige una valoración sustancial o de fondo de las normas impugnadas, es decir, un análisis sobre la razonabilidad técnico y jurídica de los textos normativos. Como lo ha indicado la Sala en reiterados pronunciamientos, los elementos que integran la razonabilidad en sentido técnico son esencialmente idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se traduce como la adecuación del medio al fin, es decir, que la norma debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad se refiere a la índole o magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho o libertad, de manera que entre una variedad de medios posibles el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. La proporcionalidad significa que, aunque el medio elegido sea el que represente una limitación menor, esta limitación debe ser proporcionada, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido esencial el derecho en cuestión. Finalmente, la razonabilidad jurídica exige la confrontación del acto, cuya razonabilidad técnica ha sido examinada, con el Derecho de la Constitución..."

A juicio de la Sala, todos los argumentos de la acción, aunque susceptibles de análisis individual, se subsumen en el gran tema que se desarrolla en este considerando, es decir, y como lo afirma la Municipalidad de San José, se debe evaluar la razonabilidad de

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

la limitación que imponen las normas cuestionadas y para ello, resulta imprescindible analizar los argumentos de la acción, de la siguiente manera: a) como se ha dicho en el expediente, una ley puede permitir una conducta en términos generales y prohibirla en forma especial, dadas excepcionales circunstancias. En el presente caso, esa conclusión funcionaría a manera de silogismo así: la ley enumera los juegos permitidos -incluyendo el juego de dardos- y permite el funcionamiento de establecimientos de venta de licores; los juegos, aun los permitidos por ley, los espectáculos o diversiones, son incompatibles con el funcionamiento de los establecimientos de ventas de licores, porque atentan contra el orden público; en consecuencia, los juegos permitidos, los espectáculos o diversiones, quedan prohibidos en esos establecimientos. Este razonamiento conduciría hacia una evidente antinomia, que surge entre las dos leyes y por su lado, la Procuraduría General de la República, señala que ya la Sala se ha pronunciado sobre el tema en sentencia 5547-95; b) otro punto expuesto en la acción lo es la inconstitucionalidad sobreviniente, que si bien no se explica en detalle y con la profundidad deseada, se proclama como una posible vía para alcanzar la inconstitucionalidad alegada. Se combate el tema con el fenómeno real de la evolución de las sociedades, las formas de pensamiento y las nuevas reglas que rigen las relaciones sociales, para explicar que los conceptos de moral y buenas costumbres, como conceptos jurídicos indeterminados que son, no hacen automática la inconstitucionalidad de la norma, sino que lo convierten en un problema de interpretación; c) desde el punto de vista de la razonabilidad de la norma, la Procuraduría General de la República la estima inconstitucional, "porque no existe una relación proporcionada entre el fin que se pretende -la protección de la moral, las buenas costumbres y el orden público- con el medio utilizado para ello, sea la prohibición de los juegos lícitos en los locales de expendio de licores, ya que la realización de los mismos no aminora o pone en peligro el fin que persigue el legislador". Ahora bien, sobre el contenido concreto de las normas

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

impugnadas, la Sala llega a las siguientes conclusiones: el artículo 22 de la Ley sobre la Venta de Licores resulta irrazonable por excesivo, en cuanto se entiende y se aplica como una prohibición absoluta. Si bien es cierto que la Sala en Sentencia No. 5547-95, examinando la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas en los casinos, ha señalado que existe una incompatibilidad entre juego y licor en un mismo local, para señalar que es razonable la medida, pronunciamiento éste que se emitió en el contexto único del funcionamiento de los casinos, la limitación que prohíbe los juegos permitidos en los locales que expenden licor, se vuelve excesiva y por ello inconstitucional, cuando se entiende que es absoluta. El sistema jurídico permite restricciones, pero se deben sustentar en una necesidad social y llenar los requisitos básicos de satisfacción del interés público: que se cause la menor limitación al ejercicio de la libertad, que sea proporcionada al interés que la justifica y que se ajuste estrictamente al logro del fin que se persigue, lo que convierte la limitación o restricción en una clara excepción a la norma general de la libertad (artículo 28 de la Constitución Política). Es por lo anterior que la Sala considera que si existen juegos permitidos por la Ley, su ejercicio debe ser regulado por la autoridad administrativa correspondiente, en este caso, por las Municipalidades del país, con los objetos de proteger el orden público, la armonía que debe reinar entre las personas que asisten a un local de esa índole, puesto que no todos compartirán el interés por el juego y la paz social en el ejercicio de la libertad. Pero si en lugar de una norma reguladora, lo que se tiene es una absolutamente prohibitiva, ésta termina por ser excesiva e irrazonable y por ello inconstitucional, como ahora se declara, lo que conduce que el artículo 16 del Reglamento, por la misma razón, resulte también inconstitucional. Adviértase que no se brinda, con los presupuestos que ofrece el régimen jurídico aplicable, ninguna posibilidad de regulación del ejercicio de las actividades autorizadas por la ley y ello conduce, en consecuencia, a que por la vía reglamentaria, se desaplique la ley

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

de los juegos permitidos, dejándola sin ninguna protección frente a las autoridades locales. En razón de lo expuesto y como se ha dicho, lo procedente es la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 22 de la Ley sobre la Venta de Licores y 16 del Reglamento a esta misma Ley. De conformidad con lo que establece el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por conexión o consecuencia, deben declararse inconstitucionales, también, el artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 3510 de 24 de enero de 1974 (Reglamento a la Ley de Juegos) y el artículo 6 del Decreto Ejecutivo No. 20.224 de 15 de enero de 1991, en tanto disponen que en los lugares en los que se realicen juegos no puede existir la venta de licor, normativa que entendida en términos absolutos resulta desproporcionada, salvo que las Municipalidades, como reiteradamente se ha dicho, reglamenten las actividades para que se satisfaga el interés público, se proteja a los menores de edad, los que de todas maneras no pueden ingresar a esos establecimientos y los derechos de terceros, todo ello, de la misma manera que se ha expuesto en esta sentencia y en la jurisprudencia específica, en cuanto a las actividades de los casinos, la que se mantiene incólume.

VI.-

Conclusiones.- En síntesis, la Sala coincide con el análisis que ha hecho la Procuraduría General de la República, en el sentido que las normas cuestionadas son inconstitucionales. Pero al declararlo así, ello no quiere decir que, por virtud de esta sentencia, queden expresamente autorizados los locales en los que se vende licor, para instalar y permitir el funcionamiento de todos y cualesquiera de los juegos permitidos por la ley. Las autoridades municipales están llamadas a dictar la normativa necesaria para hacer compatible la disposición de la ley que permite juegos, con los diversos intereses que están involucrados, como por ejemplo el del ingreso a esos sitios de los menores de edad -ejercicio de los principios y protecciones que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño-, la protección y

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

regulación del orden público, la protección de la seguridad de las personas y de los derechos de terceros. Debe advertirse, por último, que esta sentencia en nada modifica las anteriores que se haya emitido sobre el tema; siguen siendo las Municipalidades del país, los entes encargados de fiscalizar el correcto funcionamiento de los locales comerciales sujetos a licencia municipal, en especial en los que se vende licor y como parte de estas competencias, dictar las normas necesarias para que no se permita en esos lugares el acceso a los menores de edad y a que pueda existir una adecuada división de actividades para garantizar la integridad física de las personas que asisten a esos negocios comerciales. En definitiva, que el funcionamiento o no de los juegos permitidos por ley, debe resolverse, en cada caso, valorando las condiciones del local, la actividad de que se trata, los horarios de funcionamiento, la posibilidad de ingreso a menores, que de por sí es incompatible con la venta de licores y demás circunstancias según lo dicho en esta sentencia, materia toda que es susceptible de ser reglamentada por cada Municipalidad. " (Resolución N° 10000-99 de las quince horas tres minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. El subrayado no está contenido en el original)

En esta misma línea de razonamiento, ha establecido la Sala Constitucional en torno a restricciones que se imponían en cuanto a los establecimientos en donde se desarrollan juegos permitidos, así como sus horarios de funcionamiento:

"IV. Sobre el objeto de la acción. El objeto de esta acción ha quedado reducido (...) a establecer si los artículos 6, 7 y 13 del Reglamento a la Ley de Juegos, Decreto Ejecutivo Número 3510-G del 24 de enero de 1974, son constitucionales, o sí por el contrario,

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

son producto de una extralimitación del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, con violación de los principios constitucionales de reserva de ley, legalidad y tipicidad.

Los artículos en cuestión disponen: "Artículo 6. Queda prohibida la realización simultánea de dos o más juegos dentro del mismo local. Cada modalidad o juego deberá realizarse en local separado. Cuando se instalen juegos anexos o contiguos a restaurantes, sus divisiones serán móviles, de tal manera que permitan visibilidad amplia de todos los locales en el mismo recinto." "Artículo 7. Los locales en que se realicen los juegos que este Reglamento permite, no podrán ser abiertos antes de las dieciocho horas y cerrarán de acuerdo con el horario señalado en la Ley sobre Venta de Licores, artículos 27 y 35, según las diversas patentes otorgadas. Cuando se establezcan juego en billares públicos, además de cumplir con los requisitos del presente reglamento, la hora de apertura y cierre será la que indica el artículo 13 de la Ley de Juegos." "Artículo 13. Las transgresiones al presente Reglamento serán sancionadas conforme lo estipulan los artículos 305, 392 inciso 7) y 8), 394 incisos 2), 3) y 4) y 401 inciso 5) del Código Penal y los artículos correspondientes a la Ley de Juegos."

V. Sobre la potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo ha sido interpretada por esta Sala en diferentes sentencias. Así, por ejemplo, en la sentencia número 243-93 de las quince horas y cuarenta y cinco minutos del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y tres, se dijo: " La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia

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

Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica, que en nuestro caso, ha sido recogida por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública.

Dentro de los Reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina "Reglamento Ejecutivo", mediante el cual ese Poder en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias, el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía. Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en Legislador." También en la sentencia número 5227-94 de las quince horas seis minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, se expresó en lo que interesa: "... que a dicho ente estatal se están arrogando facultades de imperio, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105, 121 inciso 1.), 123 a 129, y 140 inciso 18.) de la Constitución Política, únicamente la Asamblea Legislativa tiene asignadas competencias legislativas. En relación con lo anterior, es dable especificar el ámbito propio del reglamento, para así poder determinar la posible violación alegada. La potestad reglamentaria, propia de la

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

Administración Pública, viene reconocida en la misma Constitución Política, sin embargo, no define el dominio propio de la ley y el reglamento, por lo que se ha interpretado que el de la ley es ilimitado, dejando una esfera estrecha y subordinada a la ley para el reglamento. Así, el artículo 140 incisos 3.) y 18.) de la Carta Magna, regula la potestad reglamentaria como atribución del Poder Ejecutivo, no obstante que es en extremo conciso." Como puede verse, la Sala ha sido consistente en sostener el principio esencial de la potestad reglamentaria de parte del Poder Ejecutivo, supeditando el reglamento a la ley dentro del orden jerárquico de las normas por ser un poder normativo complementario del poder legislativo.

V. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 6: Este artículo norma supuestos no contemplados por el legislador, innovando en materia que éste último -por cualquier razón- no reguló. Así, en la Ley de Juegos, Número 3 de 31 de agosto de 1922 (que en lo sucesivo se mencionará como la Ley de Juegos), la única referencia que se hace es al lugar donde deben desarrollarse los juegos, y está contenida en el artículo 19 que dispone: "Los billares y demás establecimientos públicos no pueden tener comunicación con el interior de las casas en que se encuentran o con otra contigua: Los Gobernadores y Jefes Políticos harán cerrar el establecimiento de quien desobedezca e impondrán a éste multa de diez a cincuenta colones".

La norma transcrita refiere a los billares y establecimientos públicos donde se practiquen juegos permitidos. Es decir, este artículo establece una prohibición consistente en que esa clase de establecimientos "no pueden tener comunicación con el interior de las casas...", pero nada dice -como sí lo hace el artículo 6 del Reglamento- acerca de otras prohibiciones realmente distintas de la anterior. Ahora bien: más allá de la cuestión más general de si la Ley de Juegos solo es aplicable en los supuestos en que los juegos permitidos se realizan como parte del giro de empresas o

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

establecimientos comerciales, o lo es también cuando los juegos son realizados privadamente y sin fines de lucro, es evidente que no son destinatarios del artículo 19 de la Ley tales empresas o establecimientos, que, al dedicarse a esta actividad, ejercitan una libertad (la de comercio), ciertamente regulado pero lícita. La regulación incide, pues, en la libertad de comercio, y dada su vocación restrictiva y hasta impeditiva, tales limitaciones o prohibiciones están reservadas a la ley. (...) Aplicada esta doctrina al caso del artículo 6 del Reglamento, la consecuencia lógica es la inconstitucionalidad de éste.

IV. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 7. Aquí la Ley de Juegos se limitó a regular solamente el horario de los juegos de billar, excluyendo a otros establecimientos públicos donde se realicen juegos permitidos. El artículo 13 de la Ley dispone : "En las capitales de provincia y demás ciudades, los billares públicos sólo podrán abrirse de las cuatro de la tarde a las once de la noche, en los días de trabajo, y de las doce del día a las once de la noche en los días de fiesta legal. En las otras poblaciones, estos establecimientos se abrirán de las doce del día a las diez de la noche en días feriados, y de las seis de la tarde a las diez de la noche en los días de trabajo. Por cada vez que se contravenga esta disposición, se impondrá al dueño del billar cinco colones de multa. A la tercera reincidencia se cerrará el billar por la policía y quedará el dueño inhabilitado para tener esta clase de establecimientos por sí o por medio de terceros".

Por ello es que este Tribunal estima que resulta excesivo que el Poder Ejecutivo altere el espíritu legislativo por medio del reglamento, estableciendo horarios a otras actividades que no son las contempladas expresamente por la legislación de que se trata, lo cual tiene como consecuencia, entre otros, la violación del citado artículo 28 de la Constitución Política, pues nada obsta para que en los locales de particulares (de personas físicas o jurídicas que hacen de estos juegos una actividad empresarial) se

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

realicen dos o mas juegos a la vez dentro de un mismo recinto, y se prescindan de horarios para su apertura y cierre. El artículo 7 del Reglamento es enumerativo en cuanto a los establecimientos públicos donde se realicen juegos permitidos, porque la parte final es simplemente una norma eco de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley para el caso de los billares. En conclusión, el argumento que la Sala sostiene para tener por inconstitucional el artículo 6 del Reglamento, lo es también para el artículo 7." (Resolución 2623-95 de las quince horas treinta y nueve minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco)

Interpreta esta Procuraduría General que una limitación de alcance general, como sería la que derivaría de la interpretación que propugna el consultante, vendría a significar una limitación a la libertad de comercio que no viene impuesta por el legislador, siendo entonces contraria al Texto Fundamental.

No está de más indicar que los anteriores fallos de la Sala Constitucional se refieren a temas casi idénticos a los que regulan los artículos 4 (horarios) y 7 (ubicación en locales donde se expende licor) del Reglamento de Máquinas para Juegos (Decreto Ejecutivo N° 8722 del 13 de junio de 1978). Sin embargo, hasta tanto ese mismo Tribunal no disponga expresamente su inconformidad con el Texto Fundamental, debemos estar por la vigencia de dicha normativa, de donde las restricciones a la actividad de los centros donde operen máquinas de juegos devienen de obligada observación por parte de las Municipalidades (ver, en sentido, dictamen C-081-2005 del 24 de febrero del 2005). Incluso, se constata que la Sala Constitucional, en una oportunidad, avaló la restricción del horario que dispone el precitado numeral 4 del Decreto Ejecutivo N° 8722 en los siguientes términos:

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

“En este sentido, cabe señalar que, el punto en discusión ya fue del conocimiento de esta Sala, la que, en sentencia número 2982-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del diecinueve de junio en curso, señaló (...) “IV. DE LA RAZONABILIDAD DE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN LA NORMATIVA IMPUGNADA. El otorgamiento de autorizaciones para el funcionamiento de máquinas electrónicas de juego constituye un típico permiso de policía, en razón de lo cual, la Administración ostenta la potestad de fiscalización y control para verificar que el mismo está siendo ejercido conforme a derecho; y en razón de ello es que es revocable cuando el interés público así lo requiera, o por el incumplimiento de las condiciones establecidas en el acto de autorización, que en este caso, están establecidas en un decreto ejecutivo. Las disposiciones impugnadas se refieren en concreto al horario de funcionamiento -señalando que pueden abrirse de las dieciséis horas a las veintidós horas en los días lectivos, y de las trece horas a las veintitrés horas en los días de asueto escolar, domingos y feriados- y usuarios de las máquinas en cuestión - prohibiendo la participación de niños menores de doce años en este tipo de juegos-. Estima esta Sala que tales disposiciones no resultan irrazonables ni desproporcionadas, ya que tienen como objetivo primario la protección del menor, y de todos es sabido que este tipo de juegos es agresivo y violento, y potencialmente dañino para los niños. En este sentido, debe tenerse en cuenta que mediante Ley número 7184, del nueve de agosto de mil novecientos noventa, la Asamblea Legislativa ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, en otras palabras, la incorporó a su ordenamiento jurídico, la cual, en el artículo 4 se señala: _Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y

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

culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional.; en el artículo 19.1 se establece la obligación para los Estados Partes de adoptar: "... todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a cargo.; asimismo en el artículo 31 se establece el derecho a el descanso, esparcimiento, actividades recreativas y culturales, pero no a todas, sino a las que son propias de su edad.

V. CONCLUSION. Con fundamento en las razones dadas, es que la impugnación de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Reglamento de Máquinas para Juegos, decreto ejecutivo número 8722-G, de trece de junio de mil novecientos sesenta y ocho, resultan improcedentes, ya que las disposiciones en ellas contenidas resultan del ejercicio propio de la función administrativa, sin que afecte derecho fundamental alguno; por lo que debe ser rechazada por el fondo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional."_

IV. Al no existir motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión, procede rechazar por el fondo la acción, en el tanto la normativa impugnada no resulta contraria las normas y principios constitucionales considerados infringidos, todo lo contrario, son dados en consonancia con ellos, ya que tienen como objetivo primordial la protección del menor." (Resolución N° 3054-96 de las once horas cuarenta y ocho minutos del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis)

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

No es viable que la Procuraduría General interprete, de manera definitiva, resoluciones de la Sala Constitucional que presentan algún grado de contradicción. Por el contrario, es dable sostener que nuestra labor debe buscar la armonización de las disposiciones contenidas en dichos pronunciamientos. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, reiteramos que las limitaciones para la operación de locales donde se ubican máquinas para juegos (de las que regula el Decreto Ejecutivo N° 8722-G) son, en cuanto al horario de funcionamiento, las que contempla ese cuerpo reglamentario; y en lo que atañe a la restricción de ubicación con respecto a determinados sitios, las que contempla el artículo 8 del Reglamento a la Ley de Juegos, Decreto Ejecutivo N° 3510-G de 24 de enero de 1974. Fuera de esas limitaciones, es cuestionable que una Municipalidad pueda aplicar un criterio adicional y genérico -distancias con respecto a lugares donde se expende licor- para denegar la ubicación de un local destinado a operar máquinas de este tipo.

Resta, por último, analizar el alcance del artículo 81 del Código Municipal. Esta norma, de alcance genérico para toda la actividad sujeta a licencia de los entes corporativos, ha sido interpretada por esta Procuraduría en los siguientes términos:

“De la norma transcrita se desprende, expresamente, que una solicitud para el ejercicio de una actividad lucrativa o comercial que requiera del otorgamiento del permiso, sólo podría ser denegada por la Municipalidad respectiva si se presenta alguno de los siguientes supuestos: a) que la actividad que se pretenda desarrollar sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres; b) que el establecimiento no reúna los requisitos

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

legales y reglamentarios; y c) que la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes." (Dictamen C-259-2002 del 30 de setiembre del 2002. Ver, en igual sentido, C-306-2002 del 12 de noviembre del 2002)

Visto el alcance que tiene el numeral que se analiza, y con sustento en las sentencias de la Sala Constitucional que parcialmente se transcribieron supra, cabe advertir que las Municipalidades podrían regular, vía reglamento, la ubicación de máquinas de juegos y otros juegos permitidos, entrando a considerar factores adicionales como lo sería la necesaria protección de la niñez. De suerte tal que, estando vigentes dicho tipo de fuente del Ordenamiento Jurídico, la solicitud que se formulara por parte de un interesado en desarrollar esta actividad comercial debería necesariamente ajustarse al bloque de legalidad, comprensivo no sólo de las regulaciones emitidas por el Poder Ejecutivo, sino también por la Corporación territorial.

Con fundamento en lo expuesto considera esta Procuraduría que, por vía del artículo 81 del Código Municipal, devenga en cuestionable denegar la licencia municipal a un establecimiento que va a operar juegos permitidos cuando la ubicación espacial de aquel esté a menos de cuatrocientos metros de un local donde se expende licor. Ello por cuanto, como hemos visto, este tipo de restricciones no se contemplan en la normativa vigente, y siendo una afectación a la libertad de comercio, torna en inadmisibles una interpretación analógica que integrara restricciones atinentes a un tipo de actividad (venta de licores) para aplicárselas a otra (salas de juegos). Nótese como, a nivel de Tribunales de Justicia, se ha considerado como infracción del Ordenamiento Jurídico, el

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

establecer requisitos no contemplados en el bloque de legalidad:

VI.-

El asunto de fondo a considerar para la resolución del presente asunto se reduce a determinar si desde el punto de vista estrictamente legal resulta procedente o no el nuevo requisito solicitado por la Administración Territorial, a saber la presentación de permiso forestal de corta de árboles y cambio de uso de suelos, para el otorgamiento de la patente de tajo con quebrador solicitada y si por ende, válidamente puede o no la Municipalidad condicionar el otorgamiento de dicha patente, a la previa presentación de dichos requisitos. Al respecto y por las razones que de seguido se dirán, este Tribunal considera que dicha exigencia resulta jurídicamente improcedente. Veamos: El motivo del acto denegatorio de una licencia municipal, se encuentra perfectamente reglado, puesto que, a socaire del artículo 99 del Código Municipal derogado y artículo 81 del nuevo Código, "La licencia municipal ... solo podrá ser denegada cuando la actividad fuere contraria a la la ley, a la moral o a las buenas costumbres, cuando el establecimiento no hubiere llenado los requisitos exigidos por leyes y reglamentos vigentes, o cuando la actividad, en razón de ubicación física, no estuviere permitida por las leyes, o en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes". Como ya antes resolvió este mismo tribunal, mediante voto No. 4313-95, de las 16:30 horas del 8 de setiembre de 1995, el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, mediante resolución de las 9:50 hrs del 4 de octubre de 1993, le concedió al apelante un permiso de explotación minera (para extracción de arena, piedra y lastre) por un plazo de 25 años y sobre el inmueble donde se ubicaría el tajo con quebradores. Asimismo, el apelante demostró, fehacientemente, que el estudio de impacto ambiental fue aprobado por la Comisión Interinstitucional de Control y Evaluación de Estudios de Impacto Ambiental, en sesión

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

No. 199 del 30 de mayo de 1994, Artículo III, Acuerdo b, resolución que fue ratificada por la Dirección de Geología y Minas (MIRENEM), mediante resolución de las 8:14 hrs del 13 de junio de 1994. Para ello, agrega ahora este Tribunal, se tuvo en cuenta que el proyecto y sitio a explotar no se encuentra en reserva forestal, refugio nacional de vida silvestre ni en zona protectora. Concretamente, se demostró que se encuentra fuera de los límites estipulados por el Decreto Ejecutivo No. 17390-MAG-S, publicado en La Gaceta el día 21 de enero de 1987, para las dos zonas de protección de los acuíferos denominados Zona Protectora Guácimo y Zona Protectora Pococí. Resulta entonces que el concesionario Teodoro Umaña García, pretende desarrollar una actividad extractiva e industrial de sustancias minerales, que por su localización geográfica, según los estudios técnicos pertinentes, está permitida por la ley (artículo 68 de la Ley Forestal No. 7174). Síguese de lo anteriormente expuesto, que el recurrente cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos por el Código de Minería y su Reglamento, con lo cual no se le puede negar el otorgamiento de la patente, y agregamos, tampoco condicionarla a la presentación de más requisitos. (...) Asimismo, tanto el Código Municipal derogado como el actual son explícitos al indicar que "La licencia (sic.) podrá suspenderse por (sic.) incumplimiento de los requisitos ordenados en las leyes para el desarrollo de la actividad. ..." (artículos 100 y 81 bis de dichos Códigos respectivamente). De modo que, a socaire de ello, las Municipalidades pueden y deben también vigilar y denunciar los eventuales incumplimientos.

VIII.-

Como corolario de lo expuesto, al ser disconforme con el ordenamiento jurídico, se impone anular el acuerdo No. 4 tomado por el Consejo Municipal del Cantón de Guácimo, en Sesión Ordinaria No.66, Acta No. 93, celebrada el 15 de noviembre de 1995 y por conexión y como consecuencia el acuerdo tomado en sesión Ordinaria No. 46 celebrada el 28 de agosto de 1996, recordatorio

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

del antes citado. (SECCION TERCERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. N° 001- 2001 de las nueve horas del cinco de enero del dos mil uno.)

Lo anterior no obsta, tal y como ya se indicó, a que la propia Municipalidad reglamente, bajo consideraciones relacionadas con la protección de la niñez, disposiciones específicas para su circunscripción territorial, momento en el cual el artículo 81 del Código Municipal devendría aplicable.

III. Conclusión.

Concluye la Procuraduría General de la República que no es viable aplicar analógicamente las restricciones de ubicación que contempla el artículo 9 inciso a) del Reglamento a la Ley sobre la Venta de Licores (Decreto Ejecutivo N° 17757-G de 28 de setiembre de 1987) para resolver la solicitud de licencia municipal destinada al desarrollo de una sala de juegos permitidos, inclusive si se trata de máquinas de juegos. Además, no se considera conforme al Ordenamiento Jurídico el sustentar una eventual denegatoria de la licencia con fundamento en el artículo 81 del Código Municipal, pues se acredita que existe regulación atinente a las restricciones de ubicación que son aplicables a este tipo de establecimientos comerciales. Lo anterior no obsta a que la propia municipalidad emita reglamentos específicos en que, atendiendo a consideraciones propias a la protección de la niñez, se determinen requisitos específicos para la ubicación de salas de juegos.

FUENTES CITADAS

- 1 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Orden Público. Tomo XXI. Buenos Aires. Driskill S.A. 1982.pp.56.57.
- 2 CABALLENAS Guillermo.Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Moral. Tomo V. 27 Edición.Editorial Heliasta.2001.pp 457.
- 3 PEDRO HABA Enrique. Axiología Jurídica Fundamental: Axiología II, Bases de la valoración en el discurso jurídico.Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2004.pp.237.
- 4 PEDRO HABA Enrique. Axiología Jurídica Fundamental: Axiología II, Bases de la valoración en el discurso jurídico.Editorial de la Universidad de Costa Rica. 2004.pp.238.239.
- 5 Ley N° 7794. Código Municipal . Costa Rica del 30/04/1998.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2000-06636, de las nueve horas con doce minutos del veintiocho de julio del dos mil.
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°N 3550-92,de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.
- 8 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 271 , del 08/11/2000.
- 9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen N° 306 del 12/11/2002.
- 10 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen N° 105 del 12/04/2004
- 11 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen N° 267 del 27/07/2005.
- 12 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Opinión Jurídica : 147 - J del 26/09/2005
- 13 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA .Dictamen : 281 del 05/08/2005.