

I. Estudios

p11

Ibler, M.

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

p22

Alcaraz, H.

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

p40

Leiva Poveda, J.

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

p66

Echandi Gurdíán, M. L.

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

**REVISTA
DE
DERECHO PÚBLICO
No. 13**

**Enero/Julio
2021**

Consejo Editorial

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

Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

PRESENTACIÓN

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

SOBRE LA REVISTA

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

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

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

COMITÉ EDITORIAL

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

LISTA DE COMPROBACIÓN PARA LA PREPARACIÓN DE ENVÍOS

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

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

DIRECTRICES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los artículos se pueden consultar gratuitamente en la página web:

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

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

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

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

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

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

Las directrices para autores se pueden consultar en:

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

Responsabilidades del Comité Editorial

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

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

Responsabilidades de las personas que envíen contribuciones

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

Comité editorial

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

SUMARIO DEL NÚMERO 13

Enero-Julio 2021

I.- ESTUDIOS

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

II.- RECENSIONES

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

ESTUDIOS

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

Por María Lourdes Echandi Gurdíán¹

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

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

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

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

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

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Art. 5 Ley No.7593.

5 Art. 1 Ley No.7593.

6 Art. 48 Ley No.7593.

7 Art. 61 Ley No.7593.

8 Art.59 Ley No.7593.

9 Idem.

10 Idem.

11 Art. 1 Ley No.7593.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 Art. 41 Ley No.7593.

17 Art. 38 Ley No.7593.

18 Art. 6 d) Ley No.7593.

19 Art.53 o) Ley No.7593.

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

21 Art. 44 Ley No.7593.

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

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

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

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

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

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

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

23 Art. 73 d) Ley No.7593.

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

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

26 Arts. 47 y 48 Ley No. 8642.

27 Art. 69 Ley No.8642

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

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

30 Art. 2 Ley No. 7558.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Art. 115 Ley No. 7558.

33 Art. 119 Ley No. 7558.

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

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

36 Art. 33 Ley No. 7523.

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

38 Idem.

39 Art. 28 Ley No. 8653.

40 Art. 29 Ley No. 8653.

41 Art. 1 Ley No. 7558.

42 Art. 169 Ley No. 7732.

Banco Central de Costa Rica⁴³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

50 Art 171 g) Ley No. 7732.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según DU MARAIS⁵⁶ tales principios se pueden resumir así:

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

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

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

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

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

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

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

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

2.- Garantías de legitimidad democrática del regulador

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A.- Principio de reserva legal

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

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

60 Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

65 *Idem.*, pág. 894.

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

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

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

Se trata, para SANTAMARÍA PASTOR, de lo siguiente:

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

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

B. Principio de prohibición de exceso y proporcionalidad

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

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

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

66 Idem., pág. 891.

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

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

ble y desproporcionada...”⁶⁹.

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

C.-Principio de menor onerosidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

71 Ibidem.

72 Ibidem.

73 Ibidem, pág. 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

75 Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.

76 En ese fallo se consideró lo siguiente:

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

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

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

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

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

77 En ese fallo, la Sala Constitucional señaló:

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

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

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

79 En esa sentencia, se indicó:

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

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

BIBLIOGRAFÍA

1.-Libros y artículos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.-Normativa

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

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

80 Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.- Resoluciones Consejo Constitucional francés

Conseil Constitutionnel No. 88-248 DC.