

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY Nº 7356

Señores  
Magistrados  
Sala Constitucional  
Corte Suprema de Justicia  
Asunto: INTERPOSICIÓN DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La suscrita, **ROSA ELENA SÁNCHEZ ZUMBADO**, ciudadana costarricense, mayor de edad, cédula 2-0604-0476, en su calidad de Presidente con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma de la **ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DE COSTA RICA**, cédula jurídica 3-002-405107, inscrita al tomo 544, asiento 18155 del Registro de Asociaciones, con personería jurídica vigente a la fecha (la cual se adjunta), y actuando con la finalidad de conseguir el objeto social de la indicada asociación; de conformidad con el artículo 10 de la Constitución Política y los numerales 73 y 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se apersona ante su autoridad para interponer formal **acción de inconstitucionalidad contra la Ley Nº7356 de 24 de agosto de 1993** que establece el “Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y la Distribución al Mayoreo de Petróleo Crudo, sus Combustibles Derivados, Asfaltos y Naftas”, y otras normas conexas que resultan manifiestamente contrarias a la Constitución Política de la República de Costa Rica en sus artículos 1, 2, 11, 28, 46, 50, 56 y 121 inciso 13), así como al espíritu, la letra y los principios de la misma Constitución, y que lesionan de forma constante el patrimonio y bienestar del consumidor, y de la ciudadanía en general, según lo que se expondrá a continuación.

### ASPECTOS DE FORMA

#### I. Aspectos formales de admisibilidad

##### a) Legitimación activa directa

Interponemos esta acción al amparo de los artículos 1, 3 y 75, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esta última norma posibilita la legitimación directa al disponer que no es necesario el supuesto de un asunto judicial previo admitido para tramitar una acción inconstitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 54 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472. En virtud de la norma citada, las organizaciones de consumidores están legitimadas para iniciar como parte, en calidad de coadyuvantes, en procedimientos ante la Comisión Nacional del Consumidor y ante los Tribunales de justicia, en defensa de los derechos y los intereses legítimos de sus asociados. Asimismo, este Honorable Tribunal ha resuelto en anteriores ocasiones respecto de la legitimación de las asociaciones de consumidores: “(...) Los actores ostentan legitimación suficiente para demandar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, sin que para ello resulte necesario que cuenten con un asunto previo que les sirva de base para esta Acción. Lo anterior porque acuden en defensa de un interés que atañe a la colectividad nacional en su conjunto, como lo son los intereses económicos de los consumidores, que a su juicio están siendo afectados por las disposiciones legales que se impugnan. La actividad del comerciante – que involucra al gran público consumidor trasciende su naturaleza privada al ir más allá del sujeto que la realiza en tanto afecta a terceros – el público consumidor – cuyos intereses

están protegidos y garantizados constitucionalmente. La Asociación actora se encuentra legitimada para accionar en forma directa, a la luz de lo que dispone el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Se trata, en efecto, de materia cuya constitucionalidad procede revisar en esta vía (...)” (sentencia N.° 4393-2011 de las nueve horas treinta minutos del primero de abril de dos mil once).

Cabe señalar que el criterio de la Sala en estos casos se ajusta a la letra de la ley “cuando se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto” (énfasis añadido), caso en el que la acción de inconstitucionalidad se vuelve el único medio procesal razonable para amparar estos intereses y derechos constitucionales.

Esta acción se interpone en defensa de la libertad de comercio, libertad de industria, libertad de elección de trabajo y del patrimonio de la ciudadanía costarricense en su conjunto, pues se plantea contra prácticas del Estado cuyos efectos son, en la práctica, dañinos para el desarrollo económico e incluso confiscatorios. Además, se dirige contra el perjuicio ambiental resultante de los efectos de la ley impugnada.

Es bien sabido que la Constitución misma, por definición, es el límite máximo de las potestades de un Estado republicano democrático, y contiene la infranqueable barrera de libertades y derechos mínimos de la ciudadanía que ese Estado se obliga a respetar. Los accionantes estimamos que esa barrera ha sido sistemáticamente eludida por el Estado mediante “reformas” y cambios que, a través del tiempo y de forma gradual, han buscado utilizar su poder para irse apoderando arbitrariamente del patrimonio de los costarricenses.

De igual forma, esta acción también se plantea en defensa del principio pro libertate. Los accionantes afirmamos que, por ser de alcance general las normas impugnadas, estamos en presencia de intereses difusos y colectivos, donde a la totalidad de la ciudadanía (y particularmente a quienes poseemos medios de transporte o realizamos actividades económicas que demandan el uso de hidrocarburos) se nos lesionan libertades del máximo rango jurídico.

Nos encontramos así, nuevamente, en el supuesto de legitimación que ya ha sido plenamente aceptado por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica a través de sus distintas Salas, al actuar dentro del ámbito de la defensa de los consumidores. Ha dicho, por ejemplo, la Sala Primera de la Corte:

“Las organizaciones de consumidores pueden interponer denuncias en sede administrativa, ante la Comisión Nacional del Consumidor, además de accionar en sede jurisdiccional, sea como parte o en calidad de coadyuvantes, con fundamento en la defensa de un interés supraindividual, el cual es en esencia un interés difuso, del cual deriva su legitimación (cardinales 32.b, f y g, 54 y 56 Ley del Consumidor y 46 Constitución Política). En la especie, la demanda de una asociación de consumidores se fundamenta en el alegado menoscabo de unos consumidores a partir de actos de entidades financieras, al obtener préstamos en Unidades de Desarrollo, sin que resulte necesario que la acción solo pueda ser planteada en forma exclusiva por los suscriptores de ese tipo de créditos, puesto que también puede ser incoada por las organizaciones de consumidores creadas con esa finalidad. Se está ante un interés difuso, para la defensa de intereses colectivos de los consumidores, por la eventual afectación a sus intereses económicos” (sentencia N.° 973-F-2003).

Además, entablamos la defensa del sistema de derechos, libertades y garantías constitucionales en su conjunto. Lo anterior, por cuanto estimamos que el Estado, a menudo bajo la pretensión de una “emergencia” internacional, ha implementado medidas “temporales” que luego no son derogadas al pasar

la situación que supuestamente las originó, sino que más bien adquieren carácter permanente mediante formalizaciones legislativas. Todo ello termina por ser una burla a la Constitución.

Estimamos, además, que por la magnitud en que se está alterando el régimen de libertades y derechos constitucionales, la única vía procesal pertinente que nos queda como ciudadanos es la acción de inconstitucionalidad contra esta línea interpretativa, según se expondrá con mayor detalle en el apartado que corresponde.

En suma, los accionantes no pretendemos poseer una simple “legitimación popular” que no tiene asidero en el ordenamiento jurídico costarricense, sino bajo el caso de intereses difusos y colectivos de magnitud constitucional, que por disposición de la misma Carta Magna en su artículo 10 no pueden ser atendidos mediante otras vías procesales. Al respecto, esta misma Sala, en el voto N° 7730-2000 del 30 de agosto del 2000, ha afirmado:

“...Y en este orden de ideas, la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al incorporar institutos como el interés difuso y el derecho reaccional, interpretan “pro libertate y pro homine” la normativa procesal vigente en materia de legitimación activa, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos y libertades de los habitantes de la República” (énfasis añadido).

Invocamos, por último, la legitimación general establecida en el artículo 50 de la Constitución para lo relacionado con el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

### **b) Requisitos formales de admisión**

De conformidad con los requerimientos demandados por la ley, esta acción de inconstitucionalidad se presenta con toda formalidad ante la Secretaría de la Sala, mediante escrito debidamente autenticado por un abogado. Se exponen sus fundamentos en manera extensa, clara y precisa, con cita de las normas o principios que se consideran vulnerados por las leyes que se impugnan, en contra de la libertad ciudadana, con la esperanza de que estos sean valorados a profundidad por los altos jueces constitucionales.

## **II. Aspectos sustantivos de admisibilidad**

En línea con el ya citado párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es indispensable que el punto jurídico discutido guarde una relación causal con la pretensión de la acción de inconstitucionalidad, en relación con los derechos de la ciudadanía.

### **a) Razonabilidad del medio procesal empleado**

Como se sugirió en el apartado anterior, el artículo 10 de la Constitución Política establece que compete a la Sala Constitucional determinar si una norma de rango inferior es contraria a la Carta Fundamental, y ordenar su anulación y exclusión del ordenamiento jurídico costarricense. El artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla este punto, al indicar que una de sus finalidades es garantizar la “uniforme interpretación y aplicación” de la Constitución, “así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

De crucial importancia para esta acción es el artículo 3 de la misma Ley, que indica que debe tenerse por infringida la Constitución Política “cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales” (énfasis añadido).

Es evidente que una ley de carácter ordinario, aunque haya cumplido formalmente con las formalidades de su emisión por el Poder Legislativo, es revisable en cuanto a su contenido en la vía constitucional, que se convierte a su vez en la única instancia jurídica donde puede ejercerse esa revisión.

El punto jurídico que se plantea en esta acción, pertenece ineludiblemente a la esfera de los derechos y libertades fundamentales, y versa precisamente sobre la uniforme interpretación y aplicación de la Carta Fundamental de nuestra República, de la cual—según ha expresado en el pasado esta misma Sala—“debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y a la persona humana” (Voto Nº 7730-2000 de 30 de agosto de 2000, énfasis añadido).

### **b) Defensa de intereses colectivos**

Como se señaló al abordar los aspectos formales de la legitimación, los accionantes acudimos ante la Sala en representación de los intereses de los consumidores, y—tal como lo ha reconocido la jurisprudencia citada—al amparo de la defensa de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto: hablamos de varias de las libertades garantizadas en la Constitución Política, del principio de limitación del poder político y del principio pro libertate, todos los cuales son pilares fundamentales de un sistema republicano de base democrática.

Al respecto, afirmamos que desde hace décadas la doctrina más autorizada del constitucionalismo dentro y fuera de nuestro país reconoce el carácter normativo de la Carta Política, así como la eficacia directa de sus contenidos. Por ende, no se configura como un conjunto normativo puramente programático cuyos límites obliguen únicamente al legislador, o que sólo pueda hacerse efectivo (o ser infringido) a través de los actos de este último. De ello podemos colegir que las libertades ciudadanas y los límites al poder político que establece la Constitución, son de aplicación directa y general a favor de toda persona en nuestro país (razón por la que existen los recursos de amparo y hábeas corpus, por ejemplo, así como los propios Tribunales Constitucionales). En consecuencia, los abusos que se puedan cometer por parte del poder político al sobrepasar sus límites, ameritan sin ninguna discusión que la ciudadanía cuente con los mecanismos procesales necesarios para hacer valer sus derechos a través del principio de supremacía constitucional.

Los abusos y excesos del poder político suelen derivarse de la interpretación que este haga de las normas jurídicas, especialmente si subyace la introducción solapada de cambios drásticos en la forma de entender o aplicar normas, que no serían aceptables mediante la dinámica política y legislativa ordinaria. Es indispensable que el proceso de interpretación, que según el autor Almendras Carrasco implica el circunscribir una o varias normas de alcance general a casos concretos, no se convierta en un pretexto para subvertirlas y darles un efecto contrario al estipulado por el marco constitucional. De ahí el comentario del tratadista Linares Quintana, afirmando que “la Constitución más perfecta podría fracasar si su interpretación es defectuosa”. De allí que, de no admitirse la posibilidad de invocar como interés de la colectividad en su conjunto la seguridad jurídica y la supremacía constitucional, en cuanto a las garantías más esenciales consagradas en ella, perdería sentido no solamente el carácter normativo que toda la

doctrina y la jurisprudencia reconocen a una Constitución republicana, sino la existencia misma de la jurisdicción constitucional.

### **c) Legitimación popular en materia ambiental**

De conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política, toda persona está legitimada para interponer las acciones judiciales que estime pertinentes para denunciar los actos u omisiones de cualquier sujeto—privado o público—que perjudiquen el derecho ciudadano a un ambiente sano.

Según se expondrá en las próximas páginas, la ley que aquí se impugna no sólo tiene graves consecuencias jurídicas, económicas y sociales, sino que representa también un serio obstáculo a la iniciativa privada en la búsqueda de nuevas fuentes de energía. Al ser este un resultado contrario al interés general en materia de ambiente, consideramos que este obstáculo sólo puede ser removido mediante la intervención de esta Sala en procura de la inmediata anulación de las normas que la producen, lo cual brinda una legitimación de principio a los accionantes para requerir dicha intervención mediante la vía procesal idónea.

Por lo expuesto, los accionantes consideramos cumplidos los criterios de legitimación establecidos por el artículo 75, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, motivo por el que se genera el deber jurídico de acoger esta acción para su conocimiento por el fondo.

## **ASPECTOS DE FONDO**

### **I. Objeto de la impugnación**

De conformidad con el artículo 10 de la Constitución Política, y los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional anteriormente citados, el objeto de la impugnación es la Ley Nº 7356 de 24 de agosto de 1993 que establece, en favor de Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (Recope S.A.), el “Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y la Distribución al Mayoreo de Petróleo Crudo, sus Combustibles Derivados, Asfaltos y Naftas”, así como cualesquiera otras normas conexas en cuanto a sus efectos y fines.

Estamos conscientes que de la Ley Nº 7356 es constitucional por la forma, pero es inconstitucional por el fondo. Es decir, dicha ley cumplió con los requisitos formales que la Carta Magna establece para su aprobación. Sin embargo, como demostraremos en el desarrollo de este documento, la Ley Nº7356 es inconstitucional por el fondo porque es contraria a la Constitución Política de la República de Costa Rica en sus artículos 1, 2, 11, 28, 33, 46, 50, 56 y 121 inciso 13), así como al espíritu, la letra y los principios republicanos de la misma Constitución.

Además, como también veremos en el desarrollo de este documento, los argumentos que podrían usarse para respaldar la creación del monopolio en favor de Recope, no solo carecen de fundamento sino que, además, no contribuyen a una mejora del bienestar de Costa Rica, sino todo lo contrario. Es decir, las razones para crear el monopolio en favor de Recope no crean ningún bien superior, ni satisface ningún interés público que justifiquen la violación a los derechos consagrados en los artículos ya mencionados.

### **II. Motivos de impugnación**

La ley impugnada, y los cuerpos normativos que la preceden o complementan, deben examinarse primariamente en función de lo que la Constitución Política indica de forma expresa y literal al respecto.

### **a) Infracción al carácter republicano de nuestra Constitución**

La Constitución Política que nos rige desde 1949 establece de forma inequívoca que nuestro país está organizado políticamente como una República. La doctrina reconoce tres principios esenciales como fundamentos de este sistema político: el imperio de la ley (o Estado de Derecho), la igualdad ante la ley, y el carácter esencialmente limitado del poder político frente al individuo.

El carácter republicano de nuestro régimen político está contenido explícitamente en los artículos 1, 2, 11, 28 y 33 de la Carta Fundamental, pero sus implicaciones se extienden en ella de principio a fin. Su consecuencia natural es el absoluto y obligatorio respeto del Estado a los derechos individuales y el ejercicio de la libertad del ciudadano.

“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”; dice el artículo 28. Es prohibido “cualquier acto, ..., que amenace o restrinja la libertad de comercio agricultura e industria”; reza el artículo 46.

Es decir, nuestra Constitución es un escudo que posee el ciudadano frente al poder político, de modo que la persona, como centro de su acción, se vea a resguardo de los abusos que se puedan ejercer desde la investidura política. Se entiende como abuso de poder político una violación al ejercicio de la libertad innecesario y que no contribuya a un bien superior o a un interés público que justifique el acto violatorio. El carácter normativo de la Carta Magna y la aplicación directa de sus contenidos, constituyen un límite material al legislador, y en general a cualquier órgano del Estado que esté en posibilidad de emitir normas jurídicas.

Este límite material se aplica al legislador ordinario, entiéndase la Asamblea Legislativa como órgano al que se delega tal facultad, en todas las etapas del proceso de formación de leyes, entendiéndose estas en sentido estricto como una clase especial de norma jurídica, cuya jerarquía, ámbito y alcance están determinados de antemano por la propia Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) define la ley como

*“... jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, p.19).*

Vemos aquí que la CIDH hace hincapié en que la ley debe tener carácter general, promover el bien común, y ser aprobada según criterios constitucionales y democráticos. De lo anterior podemos colegir que la constitucionalidad de la ley no se limita al plano puramente formal, sino que su contenido debe ajustarse también a lo establecido en la Constitución. Es decir, la Ley no es simplemente un precepto que satisfaga la formalidad de su aprobación que exige la Constitución, sino que toda Ley debe adecuarse al fondo, a la materia constitucional.

Este es el punto de discordia entre la ley aquí impugnada y los principios constitucionales señalados. La Ley N° 7356 resulta una manifestación de exceso en el ejercicio de potestades del Estado, que desemboca



en una constante explotación material, y en un deterioro del bienestar tanto al consumidor, como al ciudadano en general, sin que se justifique tal atropello por un bien superior o interés público.

Todo monopolio creado por Ley atropella los valores democráticos y republicanos porque violenta la libertad de escoger, la libertad de comercio, la libertad de trabajo, la libertad de emprender. Además, todo monopolio creado por ley explota al consumidor porque, como veremos más adelante, en todo monopolio los precios son más altos que los precios que tendríamos en un mercado de libre competencia. Estos precios, innecesariamente más altos, resultan en el enriquecimiento del Estado mediante el expolio al consumidor, ya sea de manera directa o indirecta.

Para una República, el concepto de igualdad ante la ley es esencial. La creación de un monopolio creado por Ley violenta el artículo 33 cuando dice que: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna”. No somos iguales ante la ley que discrimina entre quienes puede comerciar combustibles y quienes no. Por el contrario, la Ley Nº 7356 crea un privilegio en favor del Estado y, en particular, a los burócratas que administran Recope.

Siguiendo con la definición de Ley por parte de la CIDH, el monopolio creado por la Ley Nº7356 solo podría justificarse si contribuyera de alguna manera al bien común. Sin embargo, esto no es así.

Los monopolios creados por ley en manos de empresas estatales se “justifican” bajo el argumento de que son bienes estratégicos, o bien, que son “bienes públicos”, es decir, que por su naturaleza la producción de dicho bien debe estar bajo la administración de burócratas y no de empresarios. Veamos cada argumento por aparte.

#### **El monopolio de Recope no se justifica bajo el argumento de “estratégico”.**

La creación de monopolios en favor de empresas administradas por burócratas no puede justificarse bajo el concepto “estratégico”. Ante una crisis internacional del crudo que restringiera su oferta, una empresa estatal como Recope no puede hacer más de lo que podría hacer una empresa privada. Por el contrario, ante una crisis internacional del crudo, si en Costa Rica operase un mercado de libre competencia habría más posibilidad para garantizar los combustibles en el país porque, entre más empresas estén dedicadas a la importación de combustibles, más posibilidad habrá de garantizar su abastecimiento.

Si por otra parte hubiese un aumento, sin precedentes, del precio del crudo, la creación de un monopolio en favor de Recope no aporta ninguna solución. Por el contrario, dado que los precios varían todos los días y existe la posibilidad de realizar transacciones en mercados a futuro, la libre competencia incentivaría a las empresas a comprar en el mejor momento para obtener los mejores precios internacionales, o bien a negociar lo mejor posible en los mercados a futuro para obtener la mejor negociación de precios. Cuando hay libre competencia, no es rentable negociar precios más altos que la competencia.

Por el contrario, la existencia de monopolio, al tener un mercado cautivo, no tiene incentivos de obtener los mejores precios internacionales del crudo y sus derivados. A un monopolista no le importa ser negligente y negociar precios más altos porque su ineficiencia se la puede trasladar al consumidor.

Por tanto, no es estratégico el monopolio en favor de Recope.

#### **El monopolio en favor de Recope no se justifica bajo el argumento de “bien público”.**

El otro argumento para defender la creación de monopolios en favor de empresas públicas es creer que algunos bienes o servicios poseen características especiales que justifican que su producción esté en manos de burócratas y no en manos de empresarios operando bajo libre competencia.

Sin embargo, la declaración de un bien público por parte del legislador no puede ser arbitrario. Si así fuese, ¿por qué entonces no se declara, por ejemplo, la producción de alimentos y su importación en favor de una empresa monopólica gubernamental siendo estos bienes más importantes que los combustibles?

La existencia misma de la ley aquí impugnada es una admisión tácita, por parte del Estado, de que la importación y comercialización de hidrocarburos es en principio una actividad privada, como lo son en términos generales las actividades productivas. No tendría sentido alguno emitir una ley para crear un monopolio estatal sobre una actividad que por su naturaleza sólo pudiera realizar el Estado.

Esto queda reforzado, por cuanto Recope S.A., desde sus inicios y hasta la actualidad, está organizada como una sociedad anónima de tipo mercantil, destinada por su misma naturaleza y por definición legal, a regirse por el derecho privado. Puede constatar esta Sala que el Estado buscó monopolizar esta actividad, mediante el acaparamiento paulatino de las acciones de la empresa, la gradual supresión de la participación privada; y luego **legitimar lo actuado mediante una “ley sastre” emitida al efecto**, que es la ley aquí impugnada.

El legislador debe tener un criterio científico para determinar qué bienes o servicios deben dejarse a empresarios que operan en mercados libres y cuales deben estar en manos de burócratas. La ciencia que estudia estas situaciones se llama Economía. Uno de los gravísimos problemas que tiene el costarricense es que discute política económica sin recurrir a la Economía. ¿Justifica la Economía la existencia de monopolios? ¿Puede un monopolio creado por ley promover el bienestar?

La Economía concluye que bajo libre competencia se logra el mayor bienestar posible: los precios más bajos posibles, mejor calidad, mayor innovación, mayor nivel de inversión, mayor generación de empleo, los salarios tienden a igualarse a su productividad, y se produce lo que el consumidor y la sociedad desean. Esto no es ideológico, sino que es lo que concluye la ciencia (Economía).

Por su parte, la Economía concluye que los monopolios creados por ley es la peor organización económica para la producción de bienes y servicios porque en ella los precios son los más altos posibles, se reduce la inversión, se produce desempleo, la calidad cae, y no hay incentivos para que se produzca lo que el consumidor desea.

Sin embargo, la Economía también argumenta que la intervención en los mercados podría justificarse cuando los mercados “fallan” y no logran alcanzar los óptimos de bienestar. Es decir, la Economía dice que si los mercados no fallan, el mayor bienestar se logra cuando los mercados operan bajo libre competencia. Cuando los mercados fallan, es posible que no se logre el mayor bienestar y eso podría justificar la intervención de los mercados. Pero, ¿cuándo falla un mercado?

Paul Samuelson, quien recibiera el premio Nobel de Economía en 1970, se preguntó cuáles son las características fundamentales que deben poseer los bienes y servicios para que se cumplan los beneficios que promete la libre competencia. En este sentido, Samuelson publicó dos artículos durante la década de 1950 donde trata de dar respuesta a esta interrogante. Para ello, establece la distinción entre bienes privados y bienes públicos.



Es importante destacar que Paul Samuelson no era defensor de los mercados libres. El fue uno de los máximos exponentes del keynesianismo y promovió, no solo un gasto público creciente durante la segunda mitad del siglo XX, sino que también impulsó la intervención del gobierno en la economía. Sin embargo, el estaba consciente de que la justificación del Estado en la economía no puede ser arbitrario, sino que necesita de fundamento científico. De igual manera, la decisión del legislador de declarar por ley que la importación de hidrocarburos es un bien público y monopólico no puede ser arbitrario. Debe justificarse que dicho monopolio conduce a un mayor bienestar que justifique el atropello a la libertad de comercio, a la libertad de elección, a la igualdad ante la ley y la explotación al consumidor.

Según Samuelson, los bienes privados poseen las características de exclusión y rivalidad. Si un bien o servicio posee estas características, entonces su producción, comercialización y distribución debe dejarse en manos de la libre competencia. Según Samuelson, un bien que posea las características de exclusión y rivalidad, (bien privado), **no debe producirlo el sector público** ni ser sometido a regulación que limite la competencia.

Samuelson define bienes públicos como aquellos bienes o servicios que no poseen ni exclusión ni rivalidad. Por no-rivalidad se entiende un bien que, una vez producido, puede ser consumido más de una vez sin costo adicional. Por no-exclusión se entiende que al productor se le dificulta excluir a los consumidores, sea que paguen o no, una vez producido el bien.

Ejemplos de bienes públicos lo son los faros y las transmisiones de radio. En el caso de un faro, la rivalidad se cumple porque no es necesario construir faros adicionales para cada nuevo barco que necesite los servicios del faro. La no exclusión se manifiesta porque si el faro le está brindando el servicio a un barco que pagó por el servicio, no es posible excluir del servicio a otras embarcaciones que no pagaron por el servicio.

Algo parecido sucede con las transmisiones de radio. La misma señal que sirve para un consumidor, no tiene costo adicional para otro radio escucha. La no exclusión se expresa porque es muy difícil excluir de la transmisión a quienes no pagan por la transmisión.

Un ejemplo de un bien privado es una fruta como una manzana. Si María se come una manzana, nadie más la puede consumir y con ello excluye a Pablo del consumo. Hay rivalidad porque si Pedro quiere una manzana, producirla tiene un costo. Si Magdalena también quiere una manzana, se debe incurrir en un costo adicional para producirla.

De toda la discusión sobre la definición de bienes y públicos y privados, **podemos concluir que la Ley Nº 7356 no cumple la definición científica de un bien público** y, por lo tanto, su aprobación es un abuso de poder y contraviene el criterio republicano de nuestra constitución. Según la teoría de bienes públicos, la importación, refinación y la distribución al mayoreo de petróleo crudo, sus combustibles derivados, asfaltos y naftas, conduce a un mayor bienestar cuando esta se hace por medio de empresarios privados que operan en un mercado de libre competencia. Según la teoría de bienes públicos, no hay razón alguna que justifique la existencia de la empresa pública de Recope y menos aún bajo la figura de monopolio.

Los accionantes no encontramos ningún motivo para que los legisladores hayan asumido que el monopolio de los hidrocarburos en manos del Estado a través de Recope S.A. sea una milagrosa excepción a la regla científica y que tenga valor sea estratégico o características de bien público.

Por tanto, la Ley Nº 7356 violenta el carácter Republicano de la República de Costa Rica porque le otorga al Estado un exceso de poder que atropella los valores democráticos y republicanos al limitar la libertad de escoger, la libertad de comercio, la libertad de trabajo, la libertad de emprender, explota al consumidor; sin que sea justificado por alcanzar un bien superior ni un interés público.

### **La legislación no puede ser arbitraria sino limitada por los preceptos constitucionales**

Podría argumentarse que, si bien el monopolio en favor de Recope no cumple científicamente con la definición de un bien público y que tampoco es estratégico, el legislador siempre puede crear el monopolio por su simple facultad para legislar. Este argumento parte que el legislador goza de plena libertad para retraer una actividad propia del sector privado, según su arbitrio, y convertirlas por *dictum* legal en monopolios y actividades públicas. En esta óptica, es público o privado lo que el legislador diga que es: un argumento esgrimido de forma reiterada, con alguna variedad de matices, en defensa de los monopolios públicos.

En presencia de una libertad sin límites para el legislador, no habría posibilidad de limitar el poder político y, por consiguiente, no podría hablarse de una República o de un Estado de Derecho. Desde la visión constitucionalista, esta posición es insostenible. El legislador ciertamente puede emitir normas para reglamentar el ejercicio de las libertades fundamentales; pero las normas indudablemente deben someterse a los límites que la propia Carta Fundamental impone al legislador.

En una tiranía, la libertad que gozan las personas son licencias que otorga el gobernante. Bajo una democracia y un régimen republicano, la libertad es un derecho fundamental que el Estado debe respetar y bajo el cual este solo puede regular para **preservar y engrandecer la libertad**.

Los artículos 28 y 46 de nuestra Constitución claramente establecen una defensa por la libertad para emprender y del ejercicio de la libertad individual en general que no pueden ser violentados arbitrariamente por el legislador. Claramente el ejercicio de esta libertad individual no es ilimitado como bien establece la Sala Constitucional, pero la misma Constitución establece los criterios bajo los cuales esta libertad puede ser limitada. Es decir, la misma Constitución establece que el atropello a la libertad individual, como la creación de un monopolio, no puede ser arbitrario.

*“El derecho al comercio y al trabajo no son garantías absolutas, por lo que no pueden realizarse contra disposiciones prohibitivas establecidas con la finalidad de resguardo los límites que recoge el artículo 28 de la Constitución”.<sup>1</sup>*

Por su parte, los artículos 28 y 46 de la Constitución nos dicen:

*Artículo 28: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”.*

*Artículo 46: Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.*

---

<sup>1</sup> Sala Constitucional, voto #272 de 1992. En el mismo sentido, votos #1635 del 14 de noviembre de 1990, y #1195 del 25 de junio de 1991.

*Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.*

*Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.*

*Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.*

*Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.*

Con esto, lo que se quiere decir es que la libertad de comercio, agricultura e industria están fuera del alcance de la ley salvo que “dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros”. Esta es la limitación que impone la misma Constitución al ejercicio de las libertades individuales. Si las acciones del legislador fuesen arbitrarias, ¿qué sentido tendrían las normas y principios que reconocen derechos a nivel constitucional? ¿Qué sentido tendrían las prohibiciones que tiene el legislador para incursionar en las acciones privadas y en la libertad de industria, agricultura y comercio que establecen respectivamente los artículos 28 y 46 de la Constitución?

Los párrafos 1 y 2 del artículo 46 se desprende que el constituyente tenía claro que los monopolios y prácticas monopolísticas perjudican el bien común. El párrafo 5 revela que se tiene claro que los monopolios perjudican a los consumidores al afectarles sus intereses económicos, al limitar la libertad de elección y a al violentar un trato equitativo de la ley. Por tanto, el cuarto párrafo de este artículo parece contradictorio con los párrafos 1, 2 y 5. Sin embargo, este cuarto párrafo debe interpretarse a la luz del artículo 28 de modo que un monopolio pueda establecerse a favor del Estado o de las Municipalidades *siempre y cuando* el ejercicio de la actividad privada “dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros”. Solo así puede resolverse esta contradicción interna dentro de artículo 46. Es decir, sería inconstitucional todo monopolio creado por ley, aunque sea aprobado por al menos 2/3 de los diputados, que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros.

La Corte Suprema de Justicia lo ha expresado con claridad al establecer que

*“[E]l artículo 28 de la Constitución... lo que establece, por un lado, es una garantía de que las leyes no pueden invadir la esfera de las acciones privadas si éstas no causan perjuicio a tercero ni dañan la moral o el orden público; y por otro, que la Asamblea sí puede dictar normas restrictivas, interventoras o prohibitivas, para regular las relaciones de los individuos, cuando están de por medio los perjuicios o daños que el texto constitucional menciona...”<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> Corte Plena, 27 de enero de 1983.

En resumen, el legislador no puede retraer arbitrariamente, como en una dictadura, una actividad propia del ámbito privado y convertirla en actividad pública. El artículo 28 de la Constitución enmarca claramente las condiciones para interferir en acciones privadas.

Es evidente que las actividades de importación y distribución del petróleo y sus derivados no dañan la moral, ni el orden público, ni perjudican a terceros. Como expusimos anteriormente, según la Economía, la importación y distribución de combustibles poseen las mismas características que la importación y distribución de cualquier otro bien o servicio, sea alimentos, vestimenta, electrodomésticos, juguetes, bienes de capital, materias primas, bienes de consumo final, etc. Es decir, si entregamos la importación y distribución de combustibles a una empresa pública bajo la figura de monopolio bajo la premisa que esta daña la moral el orden público y perjudica a terceros; de igual manera deberíamos hacer con el resto de los bienes y servicios.

### **La legislación debe partir de que la libertad es la regla y su restricción la excepción**

Lo expuesto en el apartado anterior no menoscaba que el legislador tenga una función fundamental en regular las actividades privadas con el fin de garantizar, por ejemplo, estándares de calidad, de salubridad, seguridad ciudadana, etc.

*“... [L]a 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”.<sup>3</sup>*

Toda regulación debe ser razonable y siempre debe tomar en cuenta los derechos que consagra la Constitución para que el ciudadano ejerza su libertad individual sin restricciones innecesarias o abusivas. El legislador debe evitar que la legislación sea irracional, arbitraria y caprichosa.

*“... la razonabilidad hace parte integrante del control constitucional con el fin de asegurar que las leyes no resulten en un ejercicio arbitrario y sin sentido del poder público, sino que respondan a necesidades y motivaciones reales”<sup>4</sup>*

*“... una norma o acto público o privado es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto”.<sup>5</sup>*

¿A qué se refiere la Sala Constitucional cuando habla de “ideología constitucional”? Sin lugar a duda la ideología constitucional se refiere a que la legislación debe ser *pro libertate*.

Bien dice la Declaración Universal de Derechos Humanos en su primer artículo: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...*”. Cuando se dice que todos los seres humanos nacen libres se está afirmando que **la libertad es un valor tan supremo que precede a la creación del Estado mismo.**

---

<sup>3</sup> Sentencia #1195-91 del 25 de junio de 1991.

<sup>4</sup> Sentencia N° 2009-1064.

<sup>5</sup> Resolución N° 1739-92, del 1 de 1 de julio de 1992.

No somos libres porque el legislador nos concede la libertad, sino que la naturaleza del ser humano, lo que lo define, es la libertad misma. Negar lo anterior es asumir que el ser humano es esclavo de alguien, lo cual es inaceptable por principio. Si un ser humano es esclavo, implica que otros son amos y esto violaría el precepto constitucional de igualdad ante la ley. Por eso decía Lord Acton que: *“La libertad no es un medio para alcanzar un fin político más alto. Es en sí misma el fin político más alto”*. Por eso decía John Locke, padre del liberalismo y de los fundamentos de la libertad individual: *“El fin de la ley (legislación) no es ni abolir ni restringir, sino el preservar y engrandecer la libertad”*.

La característica de los regímenes republicanos es la defensa del principio *pro libertate*, mientras que la característica de los regímenes totalitarios es el desprecio y pisoteo de dicho principio.

La Sala Constitucional ha reconocido expresamente el principio constitucional *pro libertate* que, en sus palabras, obliga:

*“a interpretar restrictivamente todo lo que restrinja la libertad y extensivamente todo lo que la favorezca”*.<sup>6</sup>

Lo que implica, a su vez, que:

*“en caso de duda no pueden lesionarse los derechos ciudadanos”*.<sup>7</sup>

Al acoger ese principio, la Sala Constitucional se ha hecho eco de una tradición jurídica que ha puesto a la **libertad y a los derechos fundamentales, en la cúspide del sistema jurídico e institucional costarricense**. Si la libertad y los derechos fundamentales tienen rango constitucional e internacional, las restricciones de rango legal no pueden ser más que interpretadas restrictivamente.

Estando **fuera de toda discusión que la libertad es un derecho humano por excelencia**, todo menoscabo a la libertad (sea esta política, económica, educativa o de cualquier tipo) es en sí misma un menosprecio a la naturaleza humana y una ruptura al principio de igualdad jurídica. Esta Sala, sin embargo, ha reconocido y desarrollado el **principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos**, que en esencia afirma que, una vez acogido dentro del bloque de constitucionalidad el reconocimiento de un derecho, no es jurídicamente posible introducir nuevas leyes, reformas o contenidos que desmejoren la protección de dicho derecho<sup>8</sup>. Sobre este punto, la Sala ha expresado reiteradamente:

*“El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir*

---

<sup>6</sup> Ver, entre otras, Resolución #132 de 2 de febrero de 1990, #183-89, # 1256-90 1339-90, #3550-92.

<sup>7</sup> Ver, entre otras, Resolución #99 del 26 de enero de 1990.

<sup>8</sup> Ver Resolución #2010-011043 del 23 de junio del 2010.

*“aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos”.*<sup>9</sup>

Al aplicar este principio respecto de derechos de similar rango, la Sala es contundente en afirmar:

*“... conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales”*<sup>10</sup>.

La pregunta que salta enseguida es si la Ley Nº 7356 representa una desmejora en la protección a la libertad como derecho humano, pues —aunque formalmente cumpla con los parámetros de formación de las leyes de su tipo— su contenido viene simplemente a legitimar un exceso en el ejercicio del poder del Estado, en detrimento de los alcances de los artículos 28 y 46 de la Constitución, del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y del principio general *pro libertate*. Los accionantes sostenemos que la ley de marras deviene en inconstitucional precisamente por ese motivo.

Para el caso de la Ley Nº 7356 que nos compete, una cosa es regular un mercado libre donde operen empresas en igualdad de condiciones (igualdad ante la ley) en un mercado de libre competencia, y otra cosa es “regular” un mercado creando un monopolio en favor de una empresa del Estado. La segunda situación traspasa límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales y convierten a la Ley Nº 7356 en irracional, arbitraria o caprichosa.

La Ley Nº 7356 que crea el monopolio en favor de Recope violenta el principio *pro libertate* porque atropella derechos constitucionales del consumidor y del ciudadano a la libertad de comercio, libertad de emprender, libertad de trabajo, y libertad de elegir y violenta la igualdad ante la ley. Lo peor es que la Ley Nº 7356 violenta el principio *pro libertate* sin que medie un interés público. Es decir, tampoco encontramos una finalidad pública que requiera del establecimiento del monopolio en favor de Recope para ser satisfecha. Como hemos visto, la Ley Nº 7356 tampoco responde a necesidades y motivaciones reales.

### **b) Infracción al artículo 46 de la Constitución Política**

El artículo 46 de la Constitución Política establece una de las esferas de protección más contundentes a la libertad de emprender y a la libertad de elección que puedan observarse en su articulado. No sólo prohíbe de forma expresa, desde su párrafo primero, la existencia de monopolios de carácter particular, sino que extiende la prohibición a “cualquier acto, **aunque sea originado en una ley**, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria”. La simple lectura del texto permite comprender que los constituyentes consideraban odiosa la existencia de cualquier clase de monopolio o restricción al libre intercambio.

Los párrafos 4 y 5 del artículo 46 deben leerse con cuidado. En ellos se abre un resquicio para la eventual creación de monopolios a favor del Estado y las municipalidades. De la redacción es también claro que su creación y subsistencia sólo llegaba a ser admisible como circunstancia excepcional, si tal creación se realizaba a favor del Estado mediante ley aprobada por dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, en buen Derecho ha de entenderse que no basta la mayoría calificadas sino, que

---

<sup>9</sup> Ver, entre otras, Resolución #2012-13367 del 21 de setiembre de 2012.

<sup>10</sup> Ver, entre otras, Resolución #9469-07.



adicionalmente no se infrinja con ello el orden jurídico republicano del que mencionamos anteriormente ni que se viole el artículo 28 tal y como ya expusimos.

La aversión de los constituyentes hacia los monopolios tenía, y sigue teniendo, un categórico apoyo en la ciencia económica, que bien haría esta honorable Sala en considerar. Si tomamos cualquier libro de texto de Microeconomía (Teoría de Precios) para cualquier curso de pregrado universitario de Economía o Ciencias Económicas, siempre encontraremos varios capítulos que tratan el tema de los monopolios y oligopolios.

En todos estos libros de texto, sin excepción, se concluye que **todo monopolio, esté donde esté, sin importar la industria o el comercio donde opere, conduce inequívocamente a una pérdida de bienestar** cuando se compara con los resultados de un mercado que opera bajo libre competencia. Esta pérdida del bienestar se refleja en una menor inversión, en una reducción de la calidad del bien, en un aumento del desempleo, en un desincentivo a la innovación y en un aumento del precio del bien. Dado que todo monopolio se traduce en un precio mayor al que habría en un mercado de libre competencia, la Economía afirma que todo monopolio creado por ley se traduce, por definición, en una explotación hacia el consumidor y a la ciudadanía en general.

Dice el artículo 46 de la Constitución Política:

*“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos”.*

Dado que los monopolios creados por ley hacen que los precios sean más altos, los intereses económicos de los consumidores se ven atropellados con la Ley N° 7356. Dado que la calidad del bien o servicio es menor bajo monopolio que bajo un mercado de libre competencia, la seguridad de la calidad de los combustibles que se le ofrece al consumidor se ve amenazada con Ley N° 7356. Dado que bajo monopolio se impide que operen otras empresas, la Ley N° 7356 violenta la libertad de elección de los consumidores y de cualquier ciudadano.

La libertad de elección que consagra el artículo 46 supone ausencia de monopolios u oligopolios creados por ley porque estos limitan la oferta de bienes y servicios. Para garantizar el derecho a la libre elección, la legislación debe favorecer la libre entrada de empresas al mercado para que se maximice la cantidad de empresas operando en el mercado y que con ello se maximice las posibilidades de elección. La libertad de elección presupone también que la legislación no pondrá costos innecesarios de entrada al mercado que excluya o limite la oferta de bienes y servicios por parte de empresas. Toda barrera de entrada innecesaria que imponga el legislador, violenta la libre elección. La libertad de elección presupone que solo se restringirá la participación de empresas que dañen la moral, el orden público o que perjudiquen a terceros.

La Economía es una ciencia social. Se le considera ciencia porque posee un marco teórico propio con principios universales y atemporales que sirven para hacer pronósticos válidos. En todas las ciencias existen temas donde hay controversia, pero la teoría del monopolio y del oligopolio y sus consecuencias no es tema de debate en la Economía. Es decir, cuando se afirma que todo monopolio creado por ley

perjudica el bienestar, no es un asunto ideológico, sino que es una afirmación tan científica como cuando en la Física se concluye que nada puede viajar más rápido que la luz.

Por las razones expuestas, es que resaltamos el artículo 46 de la Constitución cuando dice: “Es de interés público la acción del Estado a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”.

Por lo tanto, los accionantes no encontramos ningún motivo para suponer que el monopolio de los hidrocarburos en manos del Estado a través de Recope S.A. sea una milagrosa excepción a la regla científica.

Los principios de las ciencias son válidos independientemente de la votación que se haga al respecto en la Asamblea Legislativa por parte de los diputados. Es decir, nada podrá viajar más rápido que la luz aun cuando se vote en contra por mayoría calificada en la Asamblea Legislativa. De igual manera, los monopolios creados por ley perjudicarán el bienestar económico y social de los consumidores y ciudadanos en general independientemente si son aprobados por dos tercios o más de los diputados.

Si se observa la forma en que fue creado el monopolio de los combustibles a favor de Recope S.A. —de acuerdo con lo expuesto en la página Web oficial de la propia institución—, resulta evidente que el monopolio de las actividades relacionadas con hidrocarburos no fue creado de la forma estipulada en la Constitución, sino que por el contrario, el Estado fue acaparando dichas actividades hasta constituir un monopolio de hecho, y sólo se tomó la molestia de emitir una ley para legitimar el statu quo varias décadas más tarde.

Los suscritos afirmamos que la emisión de la ley aquí impugnada, lejos de ajustarse a la voluntad del constituyente, procuró enmascarar una violación sostenida de esta, no sólo en el aspecto puramente formal, sino en sus consecuencias prácticas, pues los aspectos negativos del monopolio—los cuales eran ampliamente conocidos desde el momento mismo de la emisión de la Carta Magna y no serán por consiguiente discutidos en esta acción—recaigan sobre toda la ciudadanía, tanto de forma directa como indirecta.

La empresa Recope S.A. se constituyó en 1961 con capital mixto bajo el fallido modelo de “sustitución de importaciones”. Se le otorgó protección estatal bajo supuesta contraprestación de subsidios a varias actividades, y ya desde este momento se introdujo el monopolio de la producción de combustibles—sin seguirse en ningún momento el procedimiento ordenado por el artículo 46 constitucional—. Más tarde, el monopolio fue abarcando la distribución y la importación de hidrocarburos, no por virtud de la institución—que invariablemente presentó problemas de calidad, administración y gestión, al punto de llevar casi burlescamente el nombre de “Refinadora” pese a llevar décadas de no refinar nada en absoluto—, sino por la satisfacción de intereses ideológicos, políticos y gremiales completamente sustraídos del interés general.

Sobra decir que la ley aquí impugnada se creó, de forma única y exclusiva, para darle un barniz de legitimidad legislativa a la invasión—por parte del Estado—de una actividad económica lícita, en detrimento de la libertad de la ciudadanía para desarrollarla a plena satisfacción, como se explicará en los apartados siguientes.

### **c) Infracción al artículo 56 de la Constitución Política**

Como mencionamos anteriormente, la Economía como disciplina académica ha concluido desde hace varios siglos que todo monopolio creado por ley, sin excepción, esté donde esté, sin importar la industria o el comercio donde opere, conduce inequívocamente a una pérdida de bienestar.

Esta pérdida de bienestar se refleja, entre otras cosas, en una reducción en la inversión y, por ende, en un aumento del desempleo. Cuando un empresario realiza una inversión, invierte tanto en capital físico (maquinaria) como en capital humano (trabajadores). Por eso, toda legislación que limite o prohíba la inversión, como la Ley N° 7356, está creando desempleo. Esto es así por cuanto el monopolio, por definición, restringe la cantidad de empresas que pueden operar y, por ende, destruye plazas laborales que sí existirían en un mercado de libre competencia.

Además, dado que los salarios se determinan por oferta y demanda, cualquier legislación que reduzca la demanda de mano de obra estará reduciendo los salarios en la industria pertinente con relación a un mercado donde opere la libre competencia. Es decir, los salarios son más altos cuando los mercados operan bajo libre competencia porque en ellos hay más inversión y, por ende, mayor demanda de trabajadores. Esta mayor demanda empuja los salarios al alza. Por lo tanto, dado que Ley N° 7356 prohíbe la inversión privada, se reduce la demanda de trabajo y con ello se reducen los salarios a nivel general de la economía. Por lo tanto, la Ley N° 7356 violan el “derecho al trabajo, la procura de una ocupación honesta y útil, debidamente remunerada y a la libre elección del trabajo”; resguardados en el artículo 56 de nuestra Constitución.

Reiteramos que la afirmación de que todo monopolio creado por ley, sin importar la industria donde opere, reduce las oportunidades de empleo y limita el crecimiento de los salarios, no es un asunto ideológico, sino que es una conclusión de la Economía como ciencia.

La Ley N° 7356, al igual que cualquier monopolio creado por ley, violenta el artículo 56 porque menoscaba la dignidad del ser humano y degradan el trabajo a condición de simple mercancía. Todo monopolio, al prohibir que otras empresas operen, abren la posibilidad al monopolista de no tratar al trabajador con la mayor dignidad posible dado que el trabajador tendrá menos opciones de buscar trabajo donde lo traten con mayor dignidad.

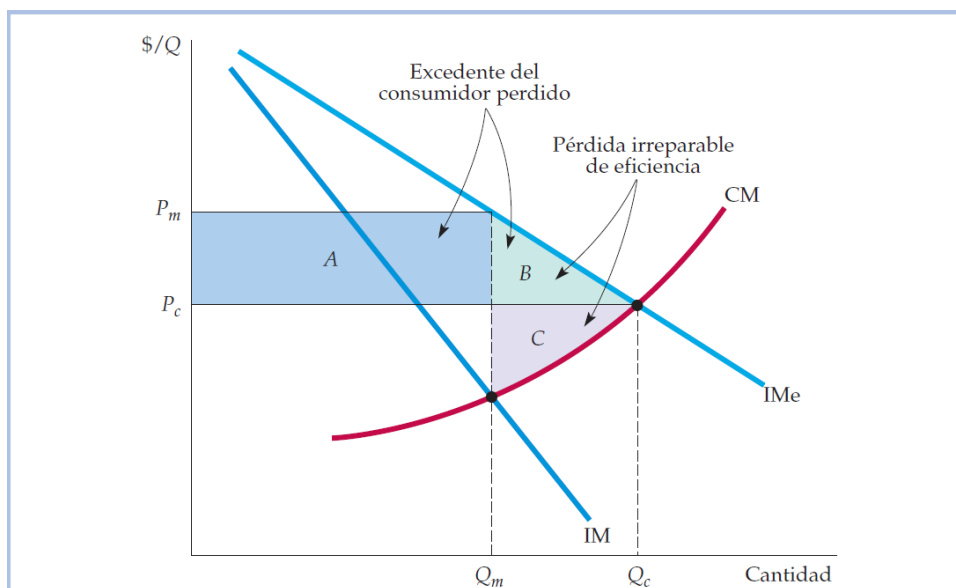
#### **d) Infracción al artículo 50 de la Constitución Política**

Como expusimos anteriormente, todo monopolio creado por ley, esté donde esté, sin importar la industria o el comercio donde opere, conduce inequívocamente a una pérdida de bienestar cuando se compara con los resultados de un mercado que opera bajo libre competencia. Todo monopolio creado por ley deteriora el bienestar porque reduce la inversión, desacelera el crecimiento económico, destruye plazas laborales, disminuye la calidad de los bienes, eleva los precios, limita el crecimiento de los salarios, y desincentiva la innovación. En Economía, la pérdida del bienestar que ocasionan los monopolios se le llama el “triángulo de la pérdida del bienestar”<sup>11</sup>. Otros autores, como Robert S. Pindyck (Massachusetts Institute of Technology) y Daniel L. Rubinfeld (University of California, Berkeley) lo llaman “pérdida irrecuperable de eficiencia”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Call y Hollahan (1983; p.259): *Microeconomics*. Wadsworth Publishing Company; EE.UU.

<sup>12</sup> Pindyck, Robert y Rubinfeld, Daniel (2009): *Microeconomía. Séptima edición*. Pearson Educación S.A., España.



**FIGURA 10.10** Pérdida irreparable de eficiencia provocada por el poder de monopolio

El rectángulo y los triángulos sombreados muestran las variaciones que experimenta el excedente del consumidor y del productor cuando nos desplazamos del precio y la cantidad competitivos,  $P_c$  y  $Q_c$ , al precio y la cantidad monopolísticos,  $P_m$  y  $Q_m$ . Como el precio es más alto, los consumidores pierden  $A + B$  y el productor gana  $A - C$ . La pérdida irreparable de eficiencia es  $B + C$ .

En necesario resaltar que este gráfico resume lo que la Economía conoce como la teoría del monopolio. Comprenderla en su totalidad requiere varios cursos de Economía y de Matemática y es la intención de este documento exponerla.

En el gráfico se observa las condiciones bajo las que opera la libre competencia vs la situación de monopolio. En Economía se entiende que un mercado competitivo no es aquel donde operan cientos de empresas sino donde existe libre entrada y salida del mercado. En este sentido, y sin entrar en todos los detalles propios de un curso de Economía, pocas empresas pueden operar en un mercado y este ser un mercado competitivo.

En el gráfico se parte de que el precio y la cantidad que se produce en un mercado competitivo (c), es decir, en ausencia de barreras de entrada al mercado, es el Precio ( $P_c$ ) y la cantidad producida es ( $Q_c$ ). Cuando se crea un monopolio (m) por ley, el precio sube a  $P_m$  y la producción cae a  $Q_m$ . Al caer la producción, caen los niveles de inversión y de empleo. Al subir el precio por encima de su nivel de competencia, se explota al consumidor.

La pérdida total del bienestar es la suma de los triángulos B y C.

Por tanto, la creación por ley de un monopolio tiene efectos contrarios al artículo 50 de la Constitución que afirma que el “Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país”. Dado que todo monopolio creado por ley ocasiona una pérdida del bienestar, la Ley Nº 7356 violenta el artículo 50 de la Constitución.

Además, el artículo 50 dice que “El Estado procurará ... el más adecuado reparto de la riqueza”. Pues bien, la Economía, tanto la teoría como la evidencia empírica, también afirma que cuando los mercados operan bajo libre competencia, los salarios son los más altos posibles y que estos, al igual que los beneficios de los empresarios, tienden a igualarse a su productividad. Es decir, bajo libre competencia, los salarios y las ganancias tienden a equipararse con su aporte a la sociedad (su productividad). Esto es obviamente justo y un adecuado reparto de la riqueza.

No puede haber un adecuado reparto de la riqueza con leyes que promuevan el desempleo como con la Ley Nº 7356. La primera condición para un adecuado reparto de la riqueza es que todo trabajador tenga un empleo y que sea remunerado lo mejor posible. La primera política social es garantizar empleo y los monopolios creados por ley destruyen empleos.

Uno de los gravísimos problemas que tenemos en Costa Rica es que discutimos política económica, como la existencia de monopolios y la Ley Nº7356, sin recurrir a lo que nos dice la Economía. Si los monopolios creados por ley en favor de empresas públicas crearan bienestar, entonces, como corolario, deberíamos reinstaurar a la Corporación Costarricense de Desarrollo S.A. (CODESA) y crear monopolios en favor de empresas públicas para la producción de todos los bienes y servicios con el fin de emular a la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Otras infracciones al mismo artículo, como las relacionadas con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, serán expuestas en el acápite correspondiente.

#### **e) Normalización de situaciones de “emergencia” para justificar la continuidad y profundización del monopolio**

Esta inconstitucionalidad “genética” o de origen, se fue consolidando a tirones, usualmente asociados con “emergencias” de carácter internacional. Puede verse, por ejemplo, la adopción de medidas con tendencia monopolística a inicios de 1974, poco después de la crisis energética originada por la Guerra de Yom Kippur a finales de 1973; y de nuevo una oleada de medidas tendientes al acaparamiento del mercado de combustibles por parte del Estado en 1980-81, como respuesta a la Revolución Islámica en Irán y a la inestabilidad en la región centroamericana producto de la caída de Somoza en Nicaragua y al estallido de una guerra civil en El Salvador. En ambos casos, sin embargo, la emergencia resultó ser una simple excusa: pasó esta, pero las medidas “temporales” para enfrentarla se volvieron permanentes.

En nuestra legislación, todas las normas—incluso las emitidas en periodos de emergencia, declarada o no—están irremisiblemente sujetas al control de constitucionalidad, discrecionalidad y legalidad. La denominada “doctrina de la emergencia”, aparece expresada en la Constitución a través del artículo 121 inciso 7), el 140 inciso 4) y el 180; pero ha sido prevista por el constituyente precisamente atendiendo al hecho indiscutible de que las emergencias (reales o supuestas) han sido, históricamente, el pretexto más socorrido para justificar la ruptura del orden constitucional en prácticamente todos los continentes, sobre todo cuando se extienden en el tiempo y van generando lo que en doctrina se ha dado en llamar “normalización de la emergencia” .

Es claro que, a pesar de las justificaciones que pudieran darse a nivel político, el abastecimiento de combustibles en nuestro país no alcanzó nunca a ameritar siquiera una declaratoria de emergencia nacional; sin embargo, también es evidente que dicha declaratoria, en caso de haberse producido, se

habría tratado de un estado menos grave que una suspensión de garantías constitucionales (artículo 121 inciso 7 de la Carta Fundamental) o la declaratoria de un estado de defensa nacional (artículo 12 de la Constitución), y por consiguiente habría de tener implicaciones menos lesivas para las libertades reconocidas en la misma Constitución, así como en los instrumentos internacionales sobre la materia vigentes en nuestro país. Suponer lo contrario—es decir, que el Estado tenga en circunstancias relativamente ordinarias un mayor margen de intervención en la esfera de libertades públicas que el delimitado por la Constitución para casos de superior gravedad—es una absurda incongruencia con los principios republicanos y con el ordenamiento jurídico costarricense. Por consiguiente, y ante el hecho—doctrinalmente indiscutible—de ser más vulnerables las libertades y derechos de la ciudadanía ante este tipo de circunstancias, el control de constitucionalidad debe ejercerse con un rigor no menos extraordinario.

El contexto en el que se emitió la norma aquí impugnada, bien podría explicarse por el deseo de aprovechar una coyuntura internacional de “emergencia” vinculada al abastecimiento de energía (la Guerra del Golfo Pérsico de 1990-91) para maquillar jurídicamente el monopolio que ya se había constituido de hecho en manos del Estado. Como se ha expuesto previamente, se trató de una “ley sastre” cuyo fin era precisamente la legitimación de dicho acto, de modo que una vez más encontramos la “normalización de la emergencia” como fundamento aparente del último tirón tendiente a extraer definitivamente de la esfera privada una actividad lícita y consolidar su acaparamiento por el Estado.

### **III. Violaciones constitucionales: fundamentación jurídica**

El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que se tendrá por infringida la Constitución Política cuando, al confrontar las normas, efectos, interpretaciones o aplicaciones cuestionadas frente a las normas y principios constitucionales, se corrobore su inconformidad con el bloque de constitucionalidad.

#### **a) Violación al orden económico de libertad**

La Sala Constitucional, ha reconocido la existencia de un “orden económico de libertad”<sup>13</sup>, que es la expresión de lo que puede llamarse una “constitución económica”.

Nuestra Constitución Política, aunque no diseña un sistema económico, es evidente que lo supone, al excluir determinadas conductas o limitar conformaciones económicas incompatibles con el régimen democrático y de libertad que establece. Toda Constitución supone un grupo de principios y de límites que excluyen determinados modelos de desarrollo económico. Si ella reconoce la propiedad privada como derecho constitucional, rechaza por lo tanto la existencia de un sistema donde la propiedad está, exclusiva o principalmente, en manos del Estado. Si reconoce la libertad de empresa y de comercio como derecho constitucional, rechaza aquellos sistemas en que se niega al mercado funcionar libremente y a una planificación económica centralizada.

Ya hemos expuesto que la Constitución permite un margen de acción al legislador para regular y matizar el sistema económico, y en esa medida puede hablarse de una discrecionalidad legislativa, administrativa o judicial. Pero esa flexibilidad existe en el marco de ciertos parámetros que ya hemos expuesto, dado que

---

<sup>13</sup> Resolución #3495-92 del 19 de noviembre de 1992.



las autoridades no pueden saltarse los límites que la Constitución establece, ni aspirar a construir valores que la Constitución veda, ni modificar los principios en los que ella se funda, ni traspasar o violentar los derechos que ella garantiza.

Ese sistema del que parte nuestra Constitución, podemos calificarla con esa Sala Constitucional, “orden económico de libertad”. Ese sistema, derivado del conjunto de normas y principios constitucionales, impone a su vez unos criterios de interpretación para cada norma y principio constitucional que la ley fundamental recoge.

Nuestro régimen constitucional establece un sistema de libertad para los ciudadanos que, entre otras cosas, supone la libertad de trabajo, la libertad de emprendimiento, la libertad de contratación, la libertad de escoger, y el respeto a la propiedad privada.

Se parte del reconocimiento del:

- i) Principio general de libertad (artículo 28), en virtud del cual para el ciudadano, todo lo que no está prohibido está permitido. “Las acciones privadas que no dañan a la moral, al orden público o a los derechos de los demás” están fuera de la acción de la ley; lo mismo que en la libertad de empresa, ni siquiera por ley puede limitarse su acción. La regla constitucional es la libertad, por lo que limitación es más bien excepcional (por tanto, de interpretación restrictiva). De esta manera, el ciudadano no necesita pedir permiso para realizar una determinada acción, y las restricciones que en aras del bien común puedan establecerse lo serán en función de los derechos de los demás, de la moral o del orden público. En cambio, para la Administración y sus funcionarios solo pueden querer lo que la Constitución y las leyes quieren que quieran. Su acción debe, por tanto, estar fundada en una norma (habilitación legal previa), y a la finalidad de esa norma está ligada su acción. En ausencia de norma que lo prohíba, los particulares pueden desarrollar su acción (invertir, contratar, ejecutar) y la prohibición que se establezca, sólo será válida en la medida en que, tratándose de acciones privadas, logre la protección de la moral y el orden público y los derechos de los demás.
- ii) Libertad de trabajo (artículo 56), de empresa (artículo 46) y de elección (artículo 46). En virtud de estos derechos, los ciudadanos pueden escoger y ejercitar libremente su acción. Decidir en qué campos trabajar y para quién, dónde emprender y en qué condiciones, dentro del respeto del ordenamiento jurídico.

A su vez, la libertad de industria, agricultura y comercio, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, supone la libertad de contratación, es decir, la autonomía de la voluntad y el derecho de contratar o comercial libremente y de emprender en cualquier área que no haya sido monopolizada lícitamente por el Estado. La monopolización para ser lícita debe fundarse en la finalidad constitucional de proteger el orden público, y los derechos de los demás, debe respetar el contenido esencial del derecho constitucional que está limitando, la limitación debe ser a texto expreso y requiere, además, una decisión aprobada por mayoría calificada (dos tercios) de la Asamblea Legislativa. De manera que, en el texto constitucional, la libertad de empresa es la regla (de interpretación extensiva), y el monopolio legal la excepción (de interpretación restrictiva). Por tanto, el monopolio sólo puede extenderse a lo que

expresamente establezca la ley y siempre y cuando no implique, de hecho o de derecho, la desnaturalización de la libertad de empresa. En caso de duda o de conflicto normativo, debe entonces interpretarse a favor de la libertad y en contra de la restricción (el *in dubio pro libertate*, a que hace referencia constante la jurisprudencia de la Sala Constitucional).

La libertad de elección supone ausencia de monopolios u oligopolios creados por ley que limiten la oferta de bienes y servicios. Para garantizar este derecho, la legislación debe favorecer la libre entrada de empresas al mercado para que se maximice la cantidad de empresas operando en el mercado y que con ello se maximice las posibilidades de elección. La libertad de elección presupone también que la legislación no pondrá costos innecesarios de entrada al mercado que excluya o limite la oferta de bienes y servicios por parte de empresas. La libertad de elección presupone que solo se restringirá la participación de empresas que dañen la moral, el orden público o que perjudiquen a terceros.

- iii) Derecho de propiedad (artículo 45). En virtud de este derecho, el régimen de propiedad privada es inviolable. Se permite la privación singular del derecho de propiedad (expropiación), para lo que se exige indemnización previa y plena. Se permite, asimismo, establecer limitaciones de interés social –limitaciones no expropiatorias-, a la propiedad, por mayoría calificada de los miembros de la Asamblea Legislativa. De nuevo, la regla constitucional es la propiedad privada y la excepción su privación o limitación.
- iv) A la par de estos principios y textos a favor del régimen de economía de mercado, nuestra Constitución establece unos principios de orden social que deben compatibilizarse entre sí e interpretarse armónicamente. La Constitución establece, por ejemplo, la obligación del Estado de promover y organizar la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (art. 50). Se reconoce el derecho al trabajo en general (art. 56) y la protección contra el desempleo (arts. 56, 63, y 72).

Como vimos anteriormente, entre menos restricciones a la libre competencia existan, más justa es la repartición de la riqueza porque a mayor competencia -y menos monopolios u oligopolios creados por ley- los salarios de los trabajadores y ganancias de los empresarios tienden a igualarse a su productividad. La evidencia recogida en el Índice de Libertad Económica, y otros estudios, demuestra que los salarios de los trabajadores crecen más entre más se respeten los principios de libre competencia, libertad de elección, libertad de contratación y libertad de emprendimiento.

También vimos que la mejor garantía contra el desempleo es cuando los mercados operan bajo libre competencia porque el empleo es consecuencia de la inversión del empresario en capital humano. Si el Estado limita la inversión, como es el caso de monopolios creados por ley, se reduce la inversión y con ello aumenta el desempleo. Esto no es ideología sino lo que enseña tanto la teoría (Economía) como la evidencia empírica.

A partir de este conjunto normativo queda claro que la regla –en el sentido jurídico del término- es el régimen de libre empresa, de libre elección y respeto a la propiedad privada. La excepción, su limitación. Ello es visible en el marco constitucional, cuando se exige:

- prohibición de limitar legalmente la libertad de empresa (art. 46);
- prohibición de limitar legalmente las acciones privadas que no dañen a la moralidad, al orden público o a los demás, las están “fuera de la acción de la ley” (art.28);
- mayoría calificada para limitar la propiedad privada (art.45);
- mayoría calificativa para establecer un monopolio público (art. 46);
- libertad de elección (art. 46)

La regla general, en la Constitución, es la operación privada y la libertad de elección que no requiere autorización legal en virtud del principio de libertad. El legislador evidentemente puede y debe regular las acciones privadas, pero únicamente para proteger derechos de terceros, la moral o el orden públicos y siempre que, al hacerlo, cumpla el debido proceso sustantivo (lo que incluye la razonabilidad y la racionalidad de la norma e desarrollo), los procedimientos establecidos constitucionalmente (por ejemplo, exigencia de mayorías calificadas), y respete el contenido esencial del derecho constitucional que va regular. Uno solo de esos principios que falte y la regulación deja de tener sustento constitucional.

*“Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (artículo 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (artículo 46) –que suponen a su vez, el de libre contratación”.<sup>14</sup>*

Este Orden Económico de Libertad es un obstáculo intraspasable para la potestad legislativa. La Ley Nº 7356 que establece un monopolio en favor de Recope es inconcebible, inconjugable, inarmónico e incongruente con el Orden Económico de Libertad que consagra la Constitución Política.

El monopolio contraviene la libertad de comercio, la libertad de elección, la libertad de contratación, y el principio de igualdad ante la ley. La Constitución prohíbe los monopolios porque violan derechos fundamentales. El monopolio en favor de Recope no es excepción.

La regla del artículo 46 debe leerse con cuidado. En primer lugar, proscribiera el monopolio y los actos contra el libre comercio. Abre un resquicio para la eventual creación de monopolios a favor del Estado y las municipalidades, pero en buen Derecho ha de entenderse que no basta la mayoría calificadas sino, también, que no se infrinja con ello el orden jurídico de libertad que la Constitución establece.

El punto es elemental: el Orden Económico de Libertad que la propia Sala destacó en la Constitución Política requiere de una normativa consistente, congruente y armónica. Negarla es, en cierta manera, negar toda la Constitución, pues se quiebra el sistema mismo en el que ella y sus valores descansan.

### **b) Principios y reglas de interpretación violentados y desvirtuados**

Es sabido que todo operador jurídico, al interactuar con una norma o aplicarla a un caso específico, debe hacer un ejercicio de interpretación bajo ciertos parámetros lógicos (lo que en nuestra legislación se ha

---

<sup>14</sup> Resolución #3495-92 del 19 de noviembre de 1992.

dado en llamar “la sana crítica”). Ante una norma de alcance general (y para el caso, una ley ordinaria), es evidente que su interpretación y aplicación no pueden ser caprichosas, sesgadas o contradictorias. De allí que se hable de la existencia de principios y reglas de interpretación.

La Sala Constitucional se ufana de verse a sí misma, ante todo, como un “Tribunal de Derechos Humanos”, con lo cual confirma uno de los principios de interpretación que los accionantes pretendemos invocar: el principio pro libertate, o la idea de que a toda norma jurídica debe dársele la interpretación que mejor garantice la continuidad y preservación de las libertades fundamentales inherentes a la dignidad humana. Bajo otro principio no menos básico, el de unidad de la Constitución, se llega a la conclusión de que no es posible para ninguna autoridad tomar una norma de la Carta Magna o de cualquier ley, y valerse de ella para romper o disminuir libertades, o para fracturar aquellas que la Constitución establece. Lo anterior, por cuanto no puede obviarse que el Estado sólo puede existir para estar al servicio de la persona humana, y no para demandar servidumbre de este. En ausencia de libertades constitucionales, un Estado deja de tener ciudadanos y pasa a tener súbditos.

Tampoco podría una autoridad política, o siquiera el legislador ordinario, dar a las normas constitucionales una interpretación que las vacíe de contenido o las vuelva inútiles, pues en calidad de norma suprema, sus disposiciones son directamente aplicables (lo que expresa los principios de fuerza normativa y de interpretación útil). También es digno de citarse uno de los principios generales más difundidos del derecho, el de la buena fe, que en síntesis nos haría esperar que el intérprete del derecho no haga una “interpretación” artera o contaminada por sus objetivos ideológicos, políticos o de cualquier otra especie.

En el mismo sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos—al cual pertenece Costa Rica, y cuyas opiniones y fallos suelen fundamentar resoluciones de esta Sala—ha establecido que no es jurídicamente posible separar los derechos y libertades personales, su protección, y la existencia de un Estado de Derecho con poderes políticos estrictamente limitados, lo que hemos expuesto como uno de los pilares de la República:

*“En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987).*

La validez de los principios y reglas de interpretación—especialmente, pero no de forma exclusiva, en el ámbito constitucional—ha sido ampliamente desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia dentro y fuera de nuestro país, e inclusive se ha positivizado en el derecho escrito, en normas como el Título Preliminar del Código Civil (particularmente los artículos del 9 al 16), así como los artículos del 6º al 20 de la Ley General de Administración Pública, el artículo 2º del Código Penal, y otras.

A manera de ejemplo, el artículo 10 del Código Civil proclama que las normas jurídicas de todo tipo “se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas” (énfasis añadido). Su artículo 20 va más allá, pues determina que, cuando alguna acción pretenda justificarse en el texto de una norma, pero en realidad persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a sus fines, “se considerarán ejecutados en fraude de la ley” (énfasis añadido).

Cabe señalar también la regla de interpretación plasmada en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública: la normativa referente a dicha rama debe interpretarse de la forma más favorable a la realización del fin público pretendido, “dentro del debido respeto a los derechos e intereses del particular”, y (de conformidad con el párrafo segundo), no puede interpretarse aisladamente, sin considerar las otras normas conexas, ni la naturaleza del acto al que se dirigen.

La doctrina más autorizada del constitucionalismo señala que son aplicables a la interpretación constitucional muchos de estos principios y reglas de interpretación, pues al decir de Almendras Carrasco, una Carta Fundamental no deja de ser una norma y, como tal, “plantea problemas interpretativos esencialmente iguales a aquellos de la ley común, en cuanto a los métodos, y en lo relativo a los fines, resultados y otros factores condicionantes de la interpretación”.

En concreto, el contenido de los textos constitucionales puede determinarse según el sentido natural de las palabras que los componen, y debe comprenderse de acuerdo con la finalidad que persiguen, los elementos axiológicos que expresan—que en el contexto costarricense, refieren a valores de carácter republicano, democrático, amante de la paz y la libertad—y la amplitud de las garantías que consagran. Estas son reglas básicas de interpretación, a las cuales indefectiblemente deben adherirse las autoridades en el ejercicio de sus competencias.

Bajo el principio de unidad de la Constitución, es necesario afirmar que el artículo 46 no puede interpretarse aisladamente del artículo 28, que contiene la esfera mínima de libertades garantizadas a la ciudadanía. Así lo ha considerado esta Sala prácticamente desde el primer momento de su existencia, al afirmar—por ejemplo, en las sentencias N.º 1635-90, N.º 1195-91 y N.º 272-92, entre otras—que la libertad de comercio no puede restringirse ni limitarse, sino bajo los parámetros del artículo 28. Con dicha afirmación, este alto Tribunal deja sentadas tres premisas fundamentales:

- I. La libertad de comercio, agricultura e industria pertenece al ámbito de las acciones privadas, y por ende se encuentra fuera de la acción de la ley, salvo en resguardo de la moral y el orden públicos y de los derechos de terceros.
- II. La garantía constitucional del artículo 46 no tiene otros límites que los indicados en el artículo 28, y no puede ser objeto de restricciones adicionales, ni siquiera originadas en la ley ordinaria.
- III. En defensa de estas garantías, el Estado tiene un imperativo constitucional de combatir toda práctica o tendencia monopolística.

Es entonces un contrasentido que el Estado incurra en las mismas prácticas y tendencias que la Constitución le ordena impedir. Este solo hecho resulta en una grosera violación al artículo 46, tanto por principio como por resultado. La disminución resultante en el ámbito de libertad viene a ser aún más gravosa por no mediar las indispensables condiciones estipuladas en el numeral 28 como límites máximos a la libertad individual.

Al violarse el artículo 46, se violan también los artículos 50 y 56 puesto que, al limitarse la libertad de comercio e industria, se limita la inversión y, por tanto, el derecho al trabajo y a su libre elección. Tengamos en mente que el trabajo es el resultado de la inversión. Sin inversión, no hay generación de empleo. Al limitar la inversión, se produce desempleo. No somos los accionantes quienes afirmamos que todo monopolio limita la inversión, sino que es la Economía quien lo dice.

### c) Perjuicio patrimonial y confiscatoriedad

Vimos que una de las consecuencias de un monopolio creado por ley es que los precios son siempre más altos que aquellos que prevalecerían si el mercado estuviera operando bajo libre competencia. Reiteramos que esto no es ideológico, sino que tiene sustento en la Economía (ciencia), tanto teórica como empíricamente. No tendría sentido crear un monopolio para cobrar más barato que la competencia.

Estos precios más altos se traducen en un ingreso extraordinario para el Estado de modo que podríamos estar ante la sustitución del “interés general” por el “interés del Estado” como fin último. O bien, para utilizar la expresión de esta misma Sala, “un ejercicio arbitrario y sin sentido del poder político”, cuya única motivación es expoliar a la ciudadanía en beneficio exclusivo del Estado. En el caso de Recope, o de cualquier empresa pública que opere bajo monopolio, este sobreprecio equivaldría a un impuesto.

Las implicaciones de este punto no pueden soslayarse. La Constitución, en sus artículos 2 y 121 inciso 13, establece como único medio lícito para la fijación de impuestos su aprobación en vía legislativa, en expresión del principio denominado “no taxation without representation (No a los impuestos sin representación)”. Este principio plantea, además, el derecho de la ciudadanía a disponer del gasto público, a conocer cómo se cobra, y a garantizar que su cobro se realice por medios transparentes y precisos, así como el crucial principio de proporcionalidad.

La existencia de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep) no es ninguna garantía de que los precios que ofrecen monopolios creados por ley sean los precios que prevalecerían en mercados de competencia. Los precios que establece Aresep se basan en los costos de producción de la empresa estatal y, dado la existencia del monopolio, estos costos siempre serán muy altos dado que no existe el incentivo de la competencia para reducir dichos costos y que estos sean eficientes. Si Recope ofreciera precios más bajos que los que podrían existir bajo libre competencia, no sería necesario el monopolio, ni sería necesario Aresep. La existencia de Aresep es una muestra de que los monopolios tienden a cobrar por encima de lo que se cobraría en mercados que operan bajo libre competencia. Nuestra conclusión sobre el sobreprecio y el impuesto escondido de un monopolio se extrae de la aplicación de los principios de la Economía como ciencia.

Es decir, el monopolio en manos del Estado tiene el mismo efecto pernicioso por el que el constituyente estimó que debía prohibirse rotundamente el monopolio privado, lo que constituye no solamente un quebranto severo al principio de razonabilidad ya mencionado, sino al de proporcionalidad, sobre el que esta Sala ha dicho:

*“... la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que **la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.** De los últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados” (Sentencia N.º 2011-11697, énfasis añadido).*

Aunque la pena de confiscación está prohibida en la Carta Fundamental en términos categóricos, cualquier observador debe concluir que el monto y alcance del sobreprecio originado por el monopolio resulta en



la práctica una solapada pena de confiscación, que recae sobre cada ciudadano por requerir de algún tipo de hidrocarburo o combustible para el ejercicio de cualquiera de sus derechos fundamentales, sea este el de desplazarse, comerciar, producir, o trabajar.

#### **d) Perjuicio ambiental originado en el monopolio de los combustibles**

Si fuera poca la lesión al interés general de la ciudadanía en el plano de sus derechos individuales y patrimoniales, consideramos también que el monopolio establecido por la ley impugnada es inconstitucional por el perjuicio que ocasiona al derecho ciudadano a un ambiente sano.

La extracción, refinamiento y comercialización del petróleo y sus derivados es considerada en muchos círculos como un negocio de alto impacto ambiental. Si bien esta idea ha conducido a muchas poses políticas insinceras, la realidad es que las medidas en boga dirigidas a restringir o eliminar su uso no sólo han resultado un perfecto fracaso, sino que han generado el efecto inverso: “inflar” artificialmente los costos sin ofrecer alternativas viables, y con ello reforzar el carácter altamente lucrativo de la actividad.

La investigación en busca de fuentes alternativas de energía, en contraste, es una actividad sumamente costosa y carente de réditos probables en el corto plazo. Por consiguiente, requiere de una gran inversión inicial de capital, que necesariamente debe ser generada desde otras actividades mucho más lucrativas. Así, la participación de capital privado en la investigación y desarrollo de estas fuentes ha demostrado ser importantísima a nivel internacional.

En nuestro país, sin embargo, esa inversión es imposibilitada por la existencia del monopolio estatal en la actividad. Es evidente que los recursos generados por RECOPE S.A. no son reinvertidos en investigación de ninguna clase, sino que son simplemente destinados a financiar el funcionamiento de las innumerables entidades burocráticas que componen el Estado costarricense. Ni un solo colón es aportado a la investigación, identificación o desarrollo de fuentes de energía que pudiesen disminuir la dependencia de Costa Rica en materia energética, o mucho menos ponerla a la vanguardia en este tema, a pesar de la abundante jactancia de las autoridades políticas de los últimos veinte o treinta años.

No existe, por añadidura, ningún incentivo ni indicio para suponer que esto vaya a cambiar espontáneamente, ni que RECOPE S.A. vaya súbitamente a realizar estas inversiones. Para esta conclusión, permítasenos una vez más apoyarnos en lo que nos plantea la ciencia de la Economía con relación a la capacidad de las entidades gubernamentales para innovar.

Según James Buchanan, galardonado con el premio Nobel en Economía por su teoría del *Public Choice*, la cual estudia el sector público, se ha determinado que el empleado público no posee incentivos para innovar. En un ambiente de libre competencia, la innovación es una necesidad para sobrevivir en el mercado. Cuando hay monopolio, en cambio, ese incentivo muere, al no existir nadie que amenace la participación de la empresa en el mercado. Además, Buchanan nos advierte que el empleado público carece de los incentivos que tiene un empleado del sector privado y que por eso el primero jamás podrá ser eficiente ni innovador.

El detalle del por qué una empresa pública no puede innovar va más allá del alcance de este documento. Nos limitaremos a las ideas intuitivas del *public choice*. Dice un adagio que “nadie cuida mejor lo ajeno que lo propio”. Pues bien, el funcionario público administra recursos que no le pertenecen ni que se ha

ganado con su esfuerzo. Por lo tanto, un funcionario público jamás podrá igualar la sana administración (ni el cuidado) del agente privado que maneja recursos obtenidos con su propio esfuerzo.

Por otra parte, como bien señalaba el economista Murray Rothbard, “[I]nherente a toda operación gubernamental existe una división grave y fatal entre ... la prestación de un [bien o] servicio y el pago por recibirlo”. En otras palabras, el salario del funcionario público está desligado de su desempeño. No importa el mal servicio que brinde el funcionario público, esto no se reflejará en los salarios. Dado lo anterior, el incentivo del empleado gubernamental es a realizar apenas el mínimo esfuerzo y a no molestarse en el esfuerzo extraordinario que requiere la innovación. ¿Por qué innovaría el empleado público, si su salario seguirá igual y no obtendrá ningún beneficio por innovar?

Por las razones expuestas es que Milton Friedman, otro galardonado con el premio Nobel en Economía decía: “Los grandes avances de la civilización, sean en arquitectura o pintura, en ciencia o literatura, en la industria o la agricultura, nunca han llegado de un gobierno centralizado”. Es decir, la innovación en el sector energético solo podrá venir de un mercado donde impere la libre competencia. De allí que necesariamente debamos concluir que, mientras el monopolio de los combustibles persista en Costa Rica, sea en manos de RECOPE S.A. o de cualquier otra empresa, habrá un interés creado en que se perpetúe indefectiblemente el modelo actual de utilización de combustibles, y la matriz energética de nuestra nación nunca tomará la vanguardia global en cuanto a energías limpias, por muy “carbono neutrales” que pretendamos ser a nivel internacional.

Si la ley impugnada no existiese o fuera anulada por esta Sala—como debe serlo, por las razones aquí expuestas y por muchas otras—, habría al menos la posibilidad de que uno o varios sujetos privados tomasen parte en el mercado, y que el lucro resultante fuese invertido en innovación tecnológica, investigación y desarrollo de nuevas fuentes de energía. Pero el monopolio estatal del mercado elimina completamente esa posibilidad. Ya hemos expuesto porqué los monopolios tienden a retardar el desarrollo y la innovación, y si estos se conjugan con la ineficiencia y la lentitud administrativa que son endémicas a las instituciones del Estado—lo cual se puede anticipar científicamente a partir de los estudios de Buchanan y la teoría del *Public Choice*—, el resultado es tremendamente negativo para la economía y para el ambiente, especialmente en este caso.

En las condiciones actuales, Costa Rica está condenada a seguir siendo un simple tomador de precios en el mercado internacional de combustibles, y a continuar atada a una matriz energética obsoleta, con hidrocarburos caros y de baja calidad, y sin posibilidad de desarrollar y obtener energía de otras fuentes más limpias.

Sobra decir que uno de los grandes perjudicados por el inmovilismo energético es el ambiente. Aunque no consideremos que deba prohibirse el uso de hidrocarburos, ni mucho menos su búsqueda y extracción en suelo nacional—idea que sólo contribuye a encarecer la producción y a acentuar la dependencia nacional hacia la importación, sin ofrecer ninguna mejoría en las condiciones actuales ni una transición esperanzadora hacia otras fuentes—, sí nos parece que la veda a la participación privada que de forma absurda se mantiene en nuestro país, tiene efectos perniciosos para el ambiente, al eliminar cualquier incentivo a la innovación e investigación científica.

De modo que la persistencia y protección que brinda el Estado al monopolio deviene en inconstitucional por sus resultados, al propiciar la continuidad de un modelo comparativamente más contaminante y vedar

de hecho la posibilidad de innovación y el desarrollo de alternativas más benignas con el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Mantenerlo así es una autocondena a un subdesarrollo insostenible.

### PETITORIA

Con fundamento en las consideraciones jurídicas antes señaladas, solicitamos que esta Sala declare en sentencia lo siguiente:

- I. Que la ley N°7356 de 24 de agosto de 1993 es inconstitucional y se ordene su anulación, por ser contraria en su contenido y en sus efectos a la Constitución Política (artículos 1, 2, 10, 11, 28, 33, 46, 50, 56, 121 inciso 13, y las normas y principios que constituyen el orden económico de la libertad, y el sistema constitucional republicano).
- II. En consecuencia, que se declare nulo e insubsistente el monopolio establecido por esa ley a favor de la Refinadora Costarricense de Petróleo, RECOPE S.A. y se permitan la libre competencia y el libre comercio de productos derivados de petróleo, todo ello bajo las reglas y regulaciones vigentes que sean razonables en virtud de los principios constitucionales. El Estado, a través de RECOPE S.A., podría continuar participando en la refinación y mercadeo al por mayor de los productos derivados de petróleo, pero sin monopolios ni privilegios que alteren la igualdad ante la ley.
- III. En caso de que se considerara que exista legislación anterior a la aquí impugnada, que también represente una aprobación implícita del monopolio de petróleo, y para no hacer nugatorio el sentido de la jurisdicción y el derecho constitucionales, solicitamos que esta Sala declare igualmente su inconstitucionalidad.

### NOTIFICACIONES

Se señala como MEDIO PRINCIPAL para recibir notificaciones el correo electrónico [jotajota@InstitutoLibertad.org](mailto:jotajota@InstitutoLibertad.org) y [rsanchez@ConsumidoresDeCostaRica.org](mailto:rsanchez@ConsumidoresDeCostaRica.org)

Solicitamos resolver de conformidad.

San José, 31 de octubre de 2023.

---

Rosa Elena Sánchez Zumbado

Cédula 2-0604-0476