

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, damos respuesta al oficio DMAT-224-2020 de 25 de noviembre de 2020.

En el oficio DMAT-224-2020 de 25 de noviembre de 2020, la señora diputada nos consulta diversas cuestiones sobre el alcance del régimen de excepción en las diferentes etapas de la atención de una emergencia y sobre la posibilidad de que las eventuales unidades ejecutoras de las obras puedan desarrollar acciones sin atender la normativa ambiental, considerando que los denominados Decretos de Emergencia Nacional, comprenden las tres fases de la atención de la emergencia a como lo estipula el numeral 30 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo.

Particularmente, la señora diputada consultante requiere que este Órgano Superior Consultivo se pronuncie sobre las siguientes cuestiones jurídicas:

- 1. ¿Están las unidades ejecutoras obligadas cumplir con la normativa ambiental en la etapa de reconstrucción?*
- 2. ¿Podrían las unidades ejecutoras acogerse a la excepción del numeral 34 de la Ley forestal, en la fase reconstructiva cubierta por el Decreto de Emergencia Nacional?*

En razón del objeto de consulta, se considera oportuno abordar: **A)** Sobre la admisibilidad de las consultas de las Señoras y los Señores Diputados; **B)** En orden a los Estados de Emergencia y la obligación de cumplir las normas ambientales y **C)** En relación con el alcance de la excepción contemplada en el artículo 34 de la Ley Forestal.

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 2

A. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS CONSULTAS PLANTEADAS POR LAS SEÑORAS Y SEÑORES DIPUTADOS.

Conforme la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley N° 6815 del 27 de setiembre de 1982, la Procuraduría General de la República se erige como el Órgano Superior Consultivo Técnico-Jurídico de la Administración Pública, con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus funciones, que deriva en dictámenes de acatamiento obligatorio para la Administración Pública consultante (art. 1 y 2). La "función consultiva" emitida por este órgano, procura ayudar a esclarecer a la Autoridad Administrativa sobre los principios y modalidades de sus competencias previo a la adopción de la decisión administrativa (Opinión Jurídica OJ-001-2008 del 8 de enero de 2008).

En el caso de las consultas de la Asamblea Legislativa, el efecto vinculante únicamente surge cuando sea considerada Administración Pública, al ejercer función administrativa, lo cual lo hace a través del Directorio Legislativo (art. 25 del Reglamento de la Asamblea Legislativa), no así cuando la Asamblea Legislativa por medio de las comisiones legislativas o los congresistas de forma individual requieran el asesoramiento de este órgano en asuntos de interés para el ejercicio de la función legislativa (Opinión Jurídica OJ-119-2019 del 30 de setiembre 2019).

Luego, nuestra jurisprudencia ha sido conteste en indicar que la consulta institucional obligatoria y facultativa regulada en los artículos 126 y 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, así como su plazo, le es formulada a las instituciones del Estado interesadas en un determinado proyecto y que por disposición de la Constitución Política obligatoriamente deben serle sometidas a consulta (Opiniones Jurídicas OJ-053-98 del 18 de junio 1998, OJ-055-2013 del 9 de setiembre de 2013, OJ-082-2015 del 3 de agosto de 2015, OJ-113-2016 del 3 de octubre de 2016 y OJ-100-2018 del 23 de octubre de 2018). No obstante, en **nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que atribuya a la Procuraduría General de la República la competencia para pronunciarse sobre un proyecto de ley en trámite en la Asamblea legislativa**, empero, con el afán de contribuir en su función legislativa, se evacuan las consultas formuladas mediante opiniones jurídicas. En la Opinión Jurídica OJ-057-2019 del 10 de junio de 2019 se indicó:

*"Este Órgano Consultivo ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno al ejercicio de la función consultiva en relación con las cuestiones formuladas por los señores diputados. Sobre la materia, se ha apuntado, particularmente en la Opinión Jurídica OJ-003-2008 de 15 de enero de 2008, que en el caso costarricense, **no existe norma que atribuya a la Procuraduría General competencias para***

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 3

pronunciarse sobre los proyectos de Ley que se presenten a la Asamblea Legislativa ni tampoco para atender consultas formuladas por los diputados de la República. Empero, se ha remarcado que ha sido una práctica histórica - inspirada por un prurito de deferencia y en un afán de colaboración con el Congreso- evacuar las consultas formuladas por las distintas comisiones legislativas, o por los señores diputados en relación con determinados proyectos de Ley o sobre dudas jurídicas cuya solución es necesaria para el ejercicio de sus altas funciones como representantes nacionales. Sobre el particular, es oportuno subrayar que ya durante la discusión de la Ley Orgánica de la Procuraduría General, el entonces Sub - Procurador General Francisco Villa, reconocía la vigencia de la tradición institucional de responder a las consultas de los señores diputados (Ver Actas Nos. 23 y 24, folio 59 del expediente legislativo correspondiente a la Ley N° 6815.)” (En igual sentido consúltese la Opinión Jurídica OJ-006-2018 del 19 de enero de 2018)

Esta colaboración es excepcional y limitada. La asesoría de la Procuraduría es emitida dentro del marco de atribuciones legales de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en forma general, no específica, con el fin de coadyuvar en la importante labor que desempeñan las señoras y señores diputados, facilitando un criterio técnico-jurídico sobre nuestro ordenamiento. Por esta razón, el objeto de consulta debe ser de interés general, no siendo procedente cuando atañe sobre un interés particular o de un sector o grupo, debiendo mediar la razonabilidad en el motivo de consulta. En la Opinión Jurídica OJ-119-2019 del 30 de setiembre 2019 se señaló lo siguiente:

“Es claro que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Asesoramiento que no puede desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitársela, sea la Administración Pública. En ese sentido, el asesoramiento a los señores diputados tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la Administración Pública y la razonabilidad y mesura de la consulta que se formule.” (véase, también nuestra opinión jurídica N° OJ-065-2013 del 23 de setiembre del 2013).” (También consúltese OJ-057-2019 del

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 4

10 de junio de 2019, OJ-147-2005 del 26 de setiembre de 2005 y OJ-034-2007 del 20 de abril de 2007)

Por otra parte, la función consultiva busca además proporcionar elementos jurídicos en la formulación o tramitación de proyectos de ley. El asesoramiento de este órgano en principio observa temas sobre "Técnica Legislativa" y de Constitucionalidad del proyecto. La doctrina que emana del artículo 1 de la Ley N° 6815 ordena que la función consultiva de este órgano sea sobre la interpretación del derecho, **un asesoramiento de índole estrictamente jurídico**. Cuando se nos solicite criterio sobre un proyecto de ley, la opinión jurídica en lo posible considerara su integración en nuestro ordenamiento jurídico para su aplicación de forma general.

Por último, la consultas de los señores y señoras diputadas resulta admisible en el **tanto no desnaturalice la función consultiva de la Procuraduría General de la República**. Los criterios de admisibilidad permiten que, ante la consulta de los legisladores, la labor de esta Procuraduría sea ejercida siempre en el marco legal que la ley orgánica instaura:

"Al tratarse de una colaboración excepcional, también hemos señalado que la misma debe enmarcarse dentro de las atribuciones normales de esta Procuraduría. Por tanto, tampoco podemos obviar los criterios de admisibilidad que rigen –en general– para este tipo de gestiones consultivas. Al respecto indicamos:

"Es claro que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Asesoramiento que no puede desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitársela, sea la Administración Pública. En ese sentido, el asesoramiento a los señores diputados tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la Administración Pública y la razonabilidad y mesura de la consulta que se formule." (véase, también nuestra opinión jurídica N° OJ-065-2013 del 23 de setiembre del 2013).

Partiendo de lo anterior, debemos señalar que cualquier consulta que plantee un diputado o diputada, debe estar directamente relacionada con el ámbito competencial de este órgano asesor." (Opinión Jurídica OJ-119-2019 del 30 de setiembre 2019)

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 5

B. EN ORDEN A LOS ESTADOS DE EMERGENCIA Y LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LAS NORMAS AMBIENTALES

El párrafo tercero del artículo 180 de la Constitución habilita al Poder Ejecutivo para declarar el denominado Estado de Emergencia para hacer frente a casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. La finalidad de una declaratoria de Estado de Emergencia es habilitar al Poder Ejecutivo para que pueda adoptar medidas extraordinarias con la exclusiva finalidad de satisfacer las necesidades urgentes o imprevistas que hayan surgido de aquellos casos y que el interés público exija satisfacer. De forma conexa, la segunda parte del artículo 45 también constitucional, habilita al Poder Ejecutivo a expropiar, sin que sea indispensable la indemnización previa, en caso de conmoción interior estableciendo, sin embargo, que, en tales casos, el pago correspondiente deba hacerse a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Luego, se debe agregar que, aunque en las actas de la Asamblea Constituyente no constan las deliberaciones de dicho cuerpo fundamental en relación con el alcance del artículo 180 constitucional, sí es posible, sin embargo, indicar que, en criterio, del Constituyente, los Estados de Emergencia se caracterizan no solo por responder a circunstancias de hecho excepcionales y extraordinarios sino también de carácter pasajero. Al entender del Constituyente, los Estados de Emergencia habilitan, en todo caso, la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias que serían solamente válidas y aplicables, sin embargo, durante el tiempo que dure la emergencia. (ver, en este sentido, intervención del Diputado Constituyente Jiménez Ortiz en la sesión N.º 47 del 4 de abril de 1949 de la Asamblea Constituyente y del Diputado Constituyente Facio en la sesión N.º 164 de 10 de octubre de 1949)

Importa, entonces, denotar que, en efecto, la Constitución ha previsto reglas especiales que le permiten al Estado establecer las medidas urgentes y extraordinarias que sean necesarias para atender situaciones de emergencia; en las que corran grave riesgo los bienes jurídicos públicos y privados, de modo que la autoridad pública pueda actuar con la agilidad y energía que las circunstancias requieran, y así eliminar o minimizar los peligros existentes, sin lesionar el principio de juridicidad.

Dicho de otro modo, la Constitución ha previsto la posibilidad de que, frente a estados de cosas caracterizados como guerra, conmoción interna o calamidad pública, el Estado pueda establecer medidas extraordinarias y urgentes para garantizar los bienes esenciales de las personas, pero siempre dentro del mismo marco de la juridicidad.

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 6

De seguido, cabe destacar, entonces, que, bajo la Constitución, la denominada emergencia no justifica, de ningún modo, la suspensión o interdicción del orden constitucional ni la posibilidad de que el Estado, o sus agentes, actúen fuera de la juridicidad. Bajo el orden constitucional, aun ante una situación de calamidad o desastre, el Estado debe reaccionar dentro de los moldes que el propio ordenamiento le traza, siendo la Constitución la que impone las reglas generales para tales casos.

Así las cosas, es oportuno acotar que, bajo el marco constitucional, la declaratoria de un Estado de Emergencia habilita únicamente la puesta en vigencia de una normatividad extraordinaria que, aunque pueda implicar un incremento temporal en los poderes oficiales y una restricción provisional en el ejercicio de ciertas libertades públicas, no significa jamás ni debe conllevar a una ruptura del orden establecido y garantizado por la Constitución.

En todo caso, es importante remarcar que, al amparo de la Norma Constitucional, las medidas extraordinarias que el Estado puede adoptar durante un Estado de Emergencia, deben ser sólo las absolutamente necesarias para lograr conjurar los peligros provocados por la situación excepcional y las mismas deben prolongarse únicamente por el tiempo necesario para cumplir con su finalidad. Es decir, que las medidas extraordinarias que el Estado puede adoptar durante una emergencia, deben tener tres características esenciales, deben ser estrictamente necesarias para la situación de emergencia, además su contenido debe ser proporcional y deben tener un riguroso carácter temporal.

En el mismo orden de ideas, es relevante, entonces, puntualizar que, para decretar un Estado de Emergencia, debemos estar ante situaciones de hecho que califiquen como circunstancias de "guerra", "conmoción interna" y "calamidad pública", es decir, situaciones que puedan calificarse como de excepción y que deben entenderse dentro de la definición de la fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, o que impliquen invasiones y guerra, como también epidemias, eventos que sean sorprendivos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trate, en general, de situaciones anormales que no puedan ser controladas, dominadas o manejadas con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno.

Ergo, es claro que el Estado de Emergencia – que implican una situación de Necesidad y Urgencia – debe distinguirse de la mera urgencia administrativa que no es otra que cosa más que el apremio por la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma.

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 7

Es importante, entonces, puntualizar que la declaratoria de un Estado de Emergencia supone la creación de un derecho de excepción, formado por el conjunto de normas dictadas en el momento de necesidad. Derecho de Excepción que deviene en inconstitucional en caso de normalidad, por cuanto se trata de un derecho esencialmente temporal, esto es, un Derecho aplicable de forma transitoria única y exclusivamente para solucionar la emergencia concreta que se enfrenta. Este Derecho de Excepción que supone un Estado de Emergencia puede consistir en, en algunos casos, un desplazamiento, y en otros un acrecentamiento de competencias públicas, precisamente con la finalidad de que pueda hacerle frente a la situación excepcional que se presente ("necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública"); de manera que se faculta al Poder Ejecutivo a exceptuar los normales procedimientos de sus actividades o trámites, previéndose para tales casos, procedimientos excepcionales, más expeditos y simplificados. Se insiste en que un Estado de Emergencia supone situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que son transitorias y urgentes en las que se hace necesario mantener la continuidad de los servicios públicos, de manera que se permite a la Administración improvisar una autoridad para el servicio de los generales que no pueden ser sacrificados a un prurito legalista, entendiendo que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social). Por su claridad y por ser una sentencia que sintetiza los criterios elaborados por la jurisprudencia constitucional, es importante transcribir aquí, en lo conducente, el voto 8420-2012 de las 9:05 horas del 22 de junio de 2012:

"III.- Sobre la declaratoria de estado de emergencia. Esta Sala ha señalado que el ordenamiento constitucional ha sido previsto para la regulación de las sociedades en situaciones de normalidad institucional, cuando en general los derechos e intereses de las personas no se ven amenazados por eventos extraordinarios e incontrolables. El diseño del Estado y las reglas para el disfrute de los derechos fundamentales obedecen a la previsión de un devenir social en condiciones de normalidad. No obstante, todo sistema constitucional debe prever reglas especiales que le permitan atender situaciones de emergencia, en las que corran grave riesgo los bienes jurídicos públicos y privados, de modo que se pueda actuar con la agilidad y energía que las circunstancias requieran, y así eliminar o minimizar los peligros existentes, sin lesionar el principio de juridicidad. En una sociedad democrática, ante una situación de calamidad o desastre, el Estado reacciona dentro de los moldes que el propio ordenamiento le traza. Ninguna emergencia legitima la suspensión del orden constitucional, sino a lo sumo la vigencia

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 8

temporal en los poderes oficiales y la consecuente restricción en el ejercicio de ciertas libertades públicas, no significa jamás una ruptura del orden establecido por el constituyente. En el caso de Costa Rica, la Constitución Política regula los estados de emergencia en los artículos 121 inciso 7) y 140 inciso 4) para el caso de la suspensión de derechos fundamentales, normas que además son complementadas por el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, desarrollado por la OC-8/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Constitución Política regula además, en el numeral 180, situaciones de emergencia en las que, si bien resulta innecesario aplicar las competencias excepcionales de los artículos 121 inciso 7) y 140 inciso 4) constitucionales, sí permiten al Poder Ejecutivo variar el destino de partidas presupuestarias o autorizar créditos adicionales, en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. (sentencia 2005-008675 de las nueve horas cincuenta y seis minutos del primero de julio del dos mil cinco) También ha dicho este Tribunal que, "De todos modos, cualquier restricción que surja como consecuencia lograr conjurar los peligros provocados por la situación excepcional, y deben prolongarse únicamente por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad. Sobre el tema de los estados de emergencia, la Sala Constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones, reconociendo la excepcionalidad de las medidas de emergencia, así como los límites formales y materiales para el ejercicio de dicha competencia (sentencias de la Sala Constitucional 02661-95 y 05966-99, entre otras) Esta potestad con que cuenta el Poder Ejecutivo para declarar estados de emergencia, significa entonces la posibilidad de aplicar normativa de excepción a ciertos campos con fundamento en la Ley número 4374 -conocida como Ley de Emergencias-. Por ejemplo, en la sentencia número 3410-92 de las catorce horas 180.- El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo. Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior. Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 9

Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento. Para la Sala, el sentido del estado de emergencia contenido en el artículo 180 constitucional, fue definido en la referida sentencia número 3410-92 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diez de noviembre de mil novecientos "«conmoción interna", "disturbios", "agresión exterior", "epidemias", "hambre" y "otras calamidades públicas", como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como "estado de necesidad y urgencia", entendiéndose que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley); y en el Derecho Penal, como "estado de necesidad", o sea, "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico. Aclaro la Sala en esa misma sentencia que doctrinariamente se distingue entre mera urgencia y "estado de necesidad y urgencia", implicando éste, en alguna forma a aquélla, pero sólo para calificarla y no para definirla, y se explican sus alcances al señalar, por ejemplo, que es la magnitud de una catástrofe natural y sus consecuencias lo que delimita el concepto, y no la urgencia misma en brindar rápida atención a las personas o bienes afectados, que son sus efectos directos. Ahora bien, en relación directa con lo dispuesto por el artículo 180 de la Constitución Política, la misma sentencia ha señalado que:³«el artículo 180 de la Constitución Política, se refieren a verdaderos "estados de necesidad y urgencia" y no a la mera urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos en como ha sido manejada ella misma bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante procedimientos expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que se llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de "guerra", "conmoción interna" y "calamidad pública", como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de la fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorprendidos e imprevisibles, o

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 10

aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales ordinarias de que dispone el Gobierno.”

Ahora bien, debe reiterarse que la declaratoria de un Estado de Emergencia puede suponer el desplazamiento de ciertos valores jurídicos y la posibilidad de que la administración pueda implementar procedimientos excepcionales, más expeditos y simplificados para atender el Estado de Emergencia lo cual implica el sacrificio del bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) que debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social).

Luego, conviene precisar que se ha admitido que frente a un Estado de Emergencia, cabe la posibilidad extraordinaria de que la administración pública sea eximida, de forma excepcional y transitoria, de su obligación de cumplir con determinados trámites o procedimientos diseñados para proteger el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrados – verbigracia el Estudio de Impacto Ambiental o determinados permisos sanitarios-, cuando esto sea estrictamente necesario para atender de forma expedita aquella emergencia. Se puntualiza que esta posibilidad de exceptuar a la administración del cumplimiento de la normativa ambiental, debe ajustarse al principio de proporcionalidad. Es decir que aún cuando en un Estado de Emergencia, la administración pública, pueda entenderse eximida de cumplir con la normativa dirigida a proteger el derecho al medio ambiente, esta posibilidad es válida solo en cuanto sea estrictamente necesaria para proteger el bien común y solamente en la medida en que sea indispensable para atender única y exclusivamente a la situación de emergencia. Además, la excepción debe ajustarse al principio de razonabilidad. Se transcribe al efecto el voto de la Sala Constitucional N.º 6322-2003 de las 14:14 horas del 3 de julio de 2003:

“del "estado de necesidad", entendiéndolo por tal las situaciones eventuales esto es- no dadas en el marco de la normalidad, y de tal magnitud que pueden afectar, de manera inminente la vida y la propiedad, el interés y el orden públicos, o la seguridad públicas, de manera que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas a partir de la normativa ordinaria de que dispone el Gobierno, y que hacen inevitable e inaplazable la intervención administrativa, incluso, con al margen de la ley. Por ello, es que es contraria al Derecho de la Constitución, no sólo la normativa, sino la actuación de las instituciones públicas que dispensen los trámites y procedimientos ordinarios para la actuación ordinaria de la Administración, y que en este caso, se refieren a la dispensa de la normativa ambiental, como lo son -por ejemplo- la realización del estudio de impacto ambiental o la solicitud de los permisos de salud. Ante situaciones de necesidad, pero que son previsibles a largo, mediano o corto plazo, no puede pretenderse

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 11

la excepción del cumplimiento de las obligaciones ambientales, toda vez que se convierten en actividad ordinaria de la Administración (caso de la construcción de diques en los ríos para proteger a la población de inundaciones (sentencia número 2001-6503). Al respecto, debe tenerse claro, que para que se entienda de desarrollo constitucional la medida de emergencia, ésta debe atender única y exclusivamente a darle solución a la situación de emergencia que la motiva, y tener -además- como propósito el bien común: esto es, debe ser justa y además razonable (proporcionalidad en sentido estricto)."

Por supuesto, como bien lo hace la sentencia recién citada, es menester señalar que fuera de un Estado de Emergencia, la administración pública no puede exceptuarse del cumplimiento de la normativa de protección ambiental, por lo que no basta que la administración esté meramente urgida o necesitada por satisfacer un interés público para tener por válida tal dispensa, particularmente si tal necesidad y urgencia ha sido previsible a corto, mediano o largo plazo. En el mismo sentido, conviene citar la sentencia N.º 6503-2001 de las 9:26 horas del 6 de julio de 2001 la cual ha acotado que, en todo caso, siempre debe entenderse que la posibilidad de exceptuarse del cumplimiento de la normativa ambiental no solo está circunscrita a la necesidad real de atender una situación de emergencia, sino que debe tener una limitación temporal:

"Como lo advierte el lector, el decreto dispensa a las referidas instituciones de la obligación de obtener el estudio de impacto ambiental que exige la Ley Orgánica del Ambiente. Ahora bien, ese decreto -clasificable dentro del género de norma de excepción por estado de necesidad- de manera alguna puede convertirse en el sustento del accionar ordinario del Ministerio de Obras Públicas y Transportes en materia de construcción de diques en los ríos nacionales; lo que debe realizar de manera ordinaria para proteger a la población y sus bienes en caso de inundaciones. Estos proyectos ordinarios deben contar con el estudio de impacto ambiental que exige la Ley Orgánica del Ambiente, sin que pueda eximirseles al amparado (sic) de la referida legislación de necesidad. Ya se indicó líneas atrás que la normativa dictada en respuesta a situaciones de necesidad debe necesariamente ser temporal y una interpretación amplia de su vigencia deviene en inconstitucional por exceso-.

De seguido, es indispensable denotar que, de acuerdo con el Legislador, la declaratoria de un Estado de Emergencia implica tres fases progresivas: respuesta, rehabilitación y reconstrucción; y se extiende en el tiempo hasta que se logre controlar

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 12

definitivamente la situación. (Ver definición del artículo 4 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo y dictamen C-131-2015 de 3 de junio de 2015)

Ergo, es claro que aun durante la fase de reconstrucción, podría entenderse que la administración pública deba eximirse del cumplimiento de la normativa dirigida a proteger el derecho al medio ambiente, pero esta posibilidad se entiende válida solo en cuanto dicha excepcionalidad sea estrictamente necesaria para proteger el bien común y solamente en la medida en que sea indispensable para atender única y exclusivamente a la situación de emergencia.

C. EN RELACIÓN CON EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY FORESTAL.

De otro lado, conviene indicar que en su voto N.º 17126-2006 de las 15:05 del 28 de noviembre de 2006, la Sala Constitucional precisó el alcance del artículo 34 de la Ley Forestal indicando que aparte de las situaciones de emergencia declaradas, en que como se explicó puede eximirse a la administración de la vinculatoriedad de la normativa ambiental, el ordenamiento jurídico prevé otro supuesto especial en que específicamente se puede modificar el destino de los inmuebles particulares sobre los que pese una afectación al patrimonio forestal del Estado, para permitir la construcción de obras de infraestructura de conveniencia social. Este es el caso del artículo 34 de la Ley Forestal. Se transcribe el voto N.º 17126-2006 en lo más relevante:

“Debe quedar claro que sólo es con ocasión de una situación de emergencia o excepción en los términos previstos en el artículo 180 constitucional (“para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción o calamidad pública”) que puede excepcionarse la vinculatoriedad de la normativa ambiental –al igual que el resto del ordenamiento jurídico, como lo consideró este Tribunal en la citada sentencia número 2340-92–. En virtud de lo cual, la normativa ambiental (principios y normas) resultan de aplicación irrefutable para las instituciones públicas, en lo relativo al cumplimiento de los fines encomendados (gestión pública), precisamente al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 constitucional. Sin embargo, sí es lo cierto que las normas impugnadas sí prevén un caso en que se puede modificar el destino de los inmuebles particulares sobre los que pese una afectación al patrimonio forestal del Estado, para permitir la construcción de obras de infraestructura de conveniencia social, pero se insiste, no es un régimen de excepción que autorice a las instituciones públicas a contaminar el ambiente, en

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 13

tanto en aquél no se aplica la normativa ambiental, en cambio en esta excepción sí, en tanto, la decisión debe estar sustentada precisamente en ella. Se trata de inmuebles a los que se les ha impuesto una limitación de evidente interés social, sustentada en la finalidad de la preservación y tutela del ambiente, de ahí la regla general y absoluta de la imposibilidad de su cambio de uso (párrafo primero del artículo 19 y frase primera del primer párrafo del artículo 34 de la Ley Forestal); finalidad que se modifica en aras del interés general de la colectividad nacional.

Tercero: Es precisamente por la vinculatoriedad del ordenamiento ambiental que la decisión no puede ser arbitraria; de donde la discrecionalidad de la Administración está condicionada al respeto del bloque de legalidad, referidos a la naturaleza del proyecto u obra, calificado como de "conveniencia nacional", el cual está definido en el artículo 2 del Reglamento de la Ley Forestal, número 25.721-MINAE, de la siguiente manera:

"Las actividades de conveniencia nacional son aquellas relacionadas con el estudio y ejecución de proyectos o actividades de interés público efectuadas por las dependencias centralizadas o instituciones autónomas o la empresa privada, que brindan beneficios a toda o gran parte de la sociedad tales como: captación, transporte y abastecimiento de agua; oleoductos, construcción de caminos, generación, transmisión y distribución de electricidad, transporte de actividades mineras, canales de riego y drenaje, recuperación de áreas de vocación forestal, conservación y manejo sostenible de los bosques, y otras de igual naturaleza que determine el MINAE según las necesidades del país."

al respeto de los principios y regulaciones ambientales, en virtud de los cuales se impone en virtud de los cuales se impone la realización de estudios técnicos (artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente) para acreditar, la pertinencia del proyecto en la ubicación dispuesta, el impacto que tales obras tendrán sobre el ambiente a fin de determinar las medidas compensatorias necesarias para mitigar los efectos negativos, el sometimiento a los controles técnicos anteriores, durante y posteriores al levantamiento de las obras a cargo de las autoridades públicas correspondientes (en particular, el MINAE y SETENA); se requiere de un regente forestal y un plan de manejo (artículos 20 y 21 de la Ley Forestal) para su implementación, y por supuesto, cabe la posibilidad de la revocatoria del permiso si no se cumplen las exigencias que permitieron la autorización, esto es, si se daña al ambiente; y por supuesto, a la razonabilidad o proporcionalidad de la

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 14

medida, como bien lo prevén las normas de referencia, de manera que "la corta del bosque será limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos".

Ahora bien, cabe remarcar que el mismo voto N.º 17126-2006 se ha entendido, sin embargo, que la excepción prevista en el artículo 34 de la Ley Forestal no puede entenderse como una causal que autorice a la administración pública a contaminar el medio ambiente. Asimismo, en dicha sentencia se ha indicado que la excepción del artículo 34 solo es válida cuando su aplicación sea necesaria para un proyecto de conveniencia nacional, sea que se trate de una actividad de interés público efectuada por las dependencias centralizadas o instituciones autónomas o la empresa privada, que brindan beneficios a toda o gran parte de la sociedad. En todo caso, es indispensable remarcar que la procedencia de utilizar la excepción del artículo 34 de la Ley Forestal está condicionada a que la administración pública acredite la existencia previa de estudios técnicos que validen la pertinencia del proyecto en la ubicación dispuesta, y que evalúen el impacto que tales obras tendrían sobre el ambiente, además de determinar, de un lado, las medidas compensatorias necesarias para mitigar los efectos negativos, y del otro, los controles técnicos anteriores, durante y posteriores al levantamiento de las obras a cargo de las autoridades públicas correspondientes. El voto citado, en todo caso, ha sido claro en que la aplicación de esa excepción requiere de un regente forestal y un plan de manejo para su implementación, y por supuesto, cabe la posibilidad de la revocatoria del permiso si no se cumplen las exigencias que permitieron la autorización, esto es, si se daña al ambiente; y por supuesto, a la razonabilidad o proporcionalidad de la medida.

D. CONCLUSIÓN:

Con fundamento en lo expuesto se concluye que durante un Estado de Emergencia declarado y aun durante la fase de reconstrucción, podría entenderse que la administración pública deba eximirse del cumplimiento de la normativa dirigida a proteger el derecho al medio ambiente, pero esta posibilidad se entiende válida solo en cuanto dicha excepcionalidad sea estrictamente necesaria para proteger el bien común y solamente en la medida en que sea indispensable para atender única y exclusivamente a la situación de emergencia.

De otro lado se concluye que aparte de las situaciones de emergencia declaradas, el artículo 34 de la Ley Forestal prevé otro supuesto especial en que específicamente se puede modificar el destino de los inmuebles particulares sobre los que pese una afectación al patrimonio forestal del Estado, para permitir la construcción de obras de infraestructura de conveniencia social. No obstante es importante acotar

Señora
Marolin Azofeifa Trejos
Diputada
Asamblea Legislativa

15 de diciembre de 2020
OJ-185-2020
Página 15

que la excepción prevista en el artículo 34 no puede entenderse como autorización para contaminar el medio ambiente y su aplicación válida está circunscrita cuando sea necesaria para el desarrollo de un proyecto de conveniencia nacional y condicionada a que la administración pública acredite la existencia previa de estudios técnicos que validen la pertinencia del proyecto en la ubicación dispuesta, y que evalúen el impacto que tales obras tendrían sobre el ambiente, además de determinar, de un lado, las medidas compensatorias necesarias para mitigar los efectos negativos, y del otro, los controles técnicos anteriores, durante y posteriores al levantamiento de las obras a cargo de las autoridades públicas correspondientes

Cordialmente,

Jorge Andrés Oviedo Álvarez
Procurador Adjunto

JAOA/hsc