

DECRETOS QUE PERMITEN TALA RASA DE BOSQUES EN COSTA RICA. UN ANÁLISIS VALORATIVO ENTRE LO JURÍDICO Y LA REALIDAD

M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez¹

“El árbol es por su corpulencia y por la belleza de su estructura, una de las manifestaciones más impresionantes de la naturaleza. En nuestra sociedad, como en muchas otras, es posiblemente la más común de las representaciones simbólicas de la vida”

Rodrigo Gámes Lobo

“Todas las grandes civilizaciones del mundo se iniciaron con la tala del primer árbol... la mayoría de ellas desaparecieron con la tala del último”

Combe, J y Gerald, M.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La fundamentación jurídica de las declaratorias de conveniencia nacional. 3. Los principios de objetivación y de progresividad vistos en la perspectiva de los decretos de conveniencia nacional. 3.1. Principio de objetivación. 3.2. Principio de progresividad. 4. Repaso de algunos casos a la luz de las violaciones al ordenamiento jurídico costarricense. 4.1. Proyecto minero Crucitas. 4.2. Hotel Punta Cacique. 4.3. Proyecto hidroeléctrico Diquís. 4.4. Refinadora de Moín. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción.

Los decretos de conveniencia nacional en Costa Rica, son instrumentos legales que

deben ser utilizados con mucha medida, pues son la excepción de no eliminar, dentro de propiedades de sujetos de derecho privado, los ecosistemas boscosos, ni afectar áreas de protección de ríos; pero al parecer, en nuestro Estado, no han sido puestos en perspectiva bajo la tónica de la exigencia y obligatoriedad de la fundamentación debida; aspecto que se supone imperativo en un Estado Social y Ambiental de Derecho. Todo lo contrario, más bien han sido mal aplicados dentro de una óptica totalmente antropocéntrica de la Administración Pública, para así lograr fines economicistas.

En este artículo se pretende abordar las declaratorias de conveniencia nacional bajo la luz, principalmente del criterio de derecho

¹ Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en la Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en Maestría de derecho ambiental de la Universidad del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr

del desarrollo sustentable de objetivación, para dejar claro, que el Poder Ejecutivo ha abusado de su uso. Se considera que es fundamental señalar las falencias, para que los encargados de tomar decisiones pasen a una etapa donde las mejoremos, a efecto de que ellas estén amparadas en estudios a nivel nacional, dadas las severas afectaciones a la biodiversidad que se dan, cada vez que se autoriza cambiar el uso del suelo de nuestros bosques.

Iniciaremos con una sección donde se abordará el fundamento jurídico de estos actos, para pasar luego a una segunda, donde justificaremos el por qué, principalmente, el principio de objetivación ha pasado de lado a la hora de emitirlos, y finalmente, citaremos ejemplos del mal manejo en la práctica de estos instrumentos.

2. La fundamentación jurídica de las declaratorias de conveniencia nacional.

Las declaratorias de conveniencia nacional se materializan mediante decretos ejecutivos,

que son firmados por el Presidente de la República y el Ministro de Ambiente y Energía.²

Como decretos que son, deben seguir el procedimiento previsto en la Ley General de la Administración Pública (LGAP) en los artículos 121³ siguientes y concordantes, en el tanto se establece que todo acto, con efectos generales en la población, sea denominado decreto o decreto ejecutivo. Ahora, siendo que por medio de ellos, se permite la tala de sitios boscosos, es manifiesto que esa afectación tendrá repercusiones en la biodiversidad, el paisaje, intra y extra generacionales y por esto, es claro que definitivamente son actos administrativos de relevancia para todo el Estado.

Por su parte, el ordinal 361⁴ -también de la LGAP- establece una guía, o protocolo que obliga, por el principio de legalidad,⁵ a la Administración a tener que seguir las pautas establecidas tales como la convocatoria previa a las entidades descentralizadas, a las organizaciones representativas de intereses

2 Aunque también se han incluido en ciertas ocasiones a jefes de otros ministerios, como el de Obras Públicas y Transportes cuando se necesita hacer una carretera, o al del Instituto Costarricense de Turismo cuando de hoteles se trata.

3 Artículo 121 de la LGAP: "1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos"

4 Artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública: "1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale."

5 Incluso al respecto ya existió un proceso judicial, en sede Contenciosa Administrativa, que ratificó lo anterior para la declaratoria de conveniencia nacional para el proyecto minero denominado como Crucitas. En esa ocasión se señaló: "En relación con el procedimiento, es importante iniciar indicando que de conformidad con la clasificación de los actos administrativos establecida en la Ley General de la Administración Pública, los decretos son actos administrativos de alcance general, es decir, no van destinados a un sujeto identificado, sino a la generalidad de los administrados (artículo 121 de la citada Ley). En ese sentido, resulta de importancia recordar que la Ley General de la Administración Pública prevé un procedimiento especial para la elaboración de este tipo de disposiciones de alcance general. Así, el numeral 361 dispone lo siguiente: "1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos

de carácter general o corporativas y hasta a la sociedad civil, por 10 días hábiles, para que señalen objeciones, o lo que consideren oportuno, pensando, claro está, en el interés superior y ambiental que debe estar por delante.

Estos decretos tienen como fundamento la Ley Forestal (Ley 7575 de febrero de 1996) en sus artículos 19⁶ y el 34, relacionados con el numeral 3, inciso m del mismo cuerpo legal citado. Propiamente señala el artículo 19:

“Actividades autorizadas: En terrenos cubiertos de bosque, no se permitirá cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado podrá otorgar permiso en esas áreas para los siguientes fines:.. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura,

estatales o privados, de conveniencia nacional”

Por su parte el nominal 34 dice:

“Prohibición para talar en áreas protegidas: Se prohíbe la corta o eliminación de árboles en las áreas de protección descritas en el artículo anterior, excepto en proyectos declarados por el Poder Ejecutivo como de conveniencia nacional.”

Y el artículo 3. m) también de la Ley Forestal, define lo que son las declaratorias de conveniencia nacional de la siguiente manera:

“Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que

viene de la pág. anterior

de disposiciones generales que puedan afectarlas. 2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto. 3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o de Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.” Para el caso concreto, encuentra el Tribunal que el Presidente de la República y el Ministro del ramo inobservaron groseramente este procedimiento, pues de una revisión del expediente administrativo N° DAJ-077-2008, que sustenta el Decreto Ejecutivo N° 34801-MINAET, no se observa, ni por asomo, actos tendientes a dar cumplimiento al procedimiento estipulado por Ley para poder emitir lícitamente este Decreto, no encontrándose que existan razones de interés público o de urgencia que justifiquen el incumplimiento de este requisito necesario para la validez del Decreto aludido, ni mucho menos fueron expresadas en ese acto. Antes bien, estima el Tribunal que, por el contrario, al tratarse de una disposición que declaraba de “interés público y conveniencia nacional” un megaproyecto minero, resultaba absolutamente necesario conceder a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, ya fueran éstas ambientalistas, sectores académicos o grupos empresariales, el plazo establecido en el artículo 361 citado, a efecto de que éstas organizaciones se pronunciaran sobre el proyecto, y a partir de esos pronunciamientos el Poder Ejecutivo realizara el balance que exige la Ley, para decidir si declaraba o no de conveniencia nacional e interés público la actividad, cosa que no sucedió como se puede constatar fácilmente.” (sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de las diez horas cuarenta minutos del catorce de diciembre del dos mil diez, se procede al dictado integral de la sentencia N° 4399-2010)

6 *Es importante aclarar que este numeral 19, así como el 34, se ubican en la Ley Forestal en el Título III, que se refiere a la propiedad forestal privada, capítulo primero, denominado: Manejo de bosques. Partiendo del hecho de que existe un Título II, que se llama Patrimonio Natural del Estado, tenemos que las declaratorias de conveniencia nacional sólo están autorizadas en terrenos de vocación forestal, pero que sean propiedad privada.*

los costos socio ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”

Asimismo, se tiene el denominado: “Reglamento para el trámite de los permisos y control del aprovechamiento maderable, en terrenos de uso agropecuario, sin bosque y situaciones especiales en Costa Rica y Oficialización del sistema de información para el control del aprovechamiento forestal (SICAF)”⁷ que vino a ampliar la tramitología y establecer una guía para cuando estemos ante talas rasas, considerando las mismas como situaciones especiales, tal y como observamos en siguiente artículo:

“Artículo 7.- Requisitos Generales. Para trámites de solicitud de aprovechamiento maderable extendidos por la Administración Forestal del Estado, según corresponda, se debe cumplir con los siguientes requisitos generales:.. k. Referencia de la resolución de la Viabilidad Ambiental, (nº de expediente y resolución de aprobación) para llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. Este requisito debe aportarse cuando se trate de solicitudes de corta de árboles en bosque, áreas de protección, especies vedadas y restringidas por norma expresa; por solicitud expresa para el desarrollo de estos proyectos declarados de conveniencia nacional. l. Las solicitudes de aprovechamiento maderable en terrenos

de uso agropecuario y sin bosque dentro de las Áreas Silvestres Protegidas,⁸ tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre, deberán indicar la referencia de la correspondiente resolución de viabilidad ambiental y ajustarse a lo que dispone el Plan de Ordenamiento Ambiental, según Decreto Ejecutivo N°. 29393-MINAE, promulgada el 15 de mayo del 2001. m. Indicar en la solicitud el número del Decreto Ejecutivo que Declara la Conveniencia Nacional del proyecto publicado en el Diario Oficial La Gaceta, cuando se trate de corta de árboles en Patrimonio Natural del Estado, en áreas de protección, en áreas de bosque o se trate de especies vedadas. Así indicar la referencia de la resolución de la viabilidad ambiental extendida por SETENA, para los proyectos considerados en el decreto N° 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, del veinticuatro de mayo del dos mil cuatro.”

Con base a lo anterior, tenemos claro que en la realidad esas autorizaciones que permiten la tala rasa, están en principio justificadas y fundamentadas en normas expresas de nuestro Ordenamiento Jurídico.

A nuestro criterio, la justificación fáctica debería ser que esos decretos deben emitirse sólo para hacer proyectos de infraestructura necesarios y muy calificados, pero como veremos en las siguientes secciones, no es lo que ocurre, dado que para los operadores de justicia judicial y sobre todo

⁷ Decreto Ejecutivo No. 38863-MINAE del 11 de noviembre de 2014. Publicado en La Gaceta No. 66 del 07 de abril de 2015.

⁸ Se considera que puede ser inconstitucional la situación, donde vía reglamento, como en este caso, se permite que en áreas silvestres protegidas se autoricen las declaratorias, puesto que la Ley Forestal establece que estas sólo proceden en terrenos que sean propiedad privada. Entonces, por el principio de reserva de ley, existiría conforme a esa regla, una eventual situación de confrontación revisable ante la Sala Constitucional.

administrativa, la pertinencia de ellas es muy amplia, rebasando sobradamente la lógica de que son una excepción a la regla.

Es importante resaltar que las normas establecidas en la Ley Forestal, fueron cuestionadas de supuesta inconstitucionalidad y los magistrados resolvieron, mediante voto número 2006-17126, que las mismas estaban apegadas totalmente a nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta sentencia señala que los artículos precitados⁹ cumplen con los principios de desarrollo sostenible y que por ello eran válidos. Ahora, el punto que pone en cuestionamiento a estos instrumentos, sería más bien la concepción del significado de desarrollo sostenible que se visualice,¹⁰ puesto que ese concepto es indeterminado y se presta a interpretaciones que van desde las que persiguen fines antropocéntricos donde la naturaleza es un bien fungible, o las visiones más progresistas, permeadas por el paradigma biocéntrico¹¹ donde el ambiente es conceptualizado como algo vital para la sobrevivencia.

No está demás resaltar, que cuando los altos jueces resuelven la acción de inconstitucionalidad dicha (resolución número 2006-17126) hubo un voto disidente de minoría que acogió la inconstitucionalidad

- del magistrado Gilbert Armijo, con el que coincidimos - que señaló:

“Discrepo del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia N°2006-17126 de las 15:04 hrs. de 28 de noviembre de 2004, en cuanto declara sin lugar esta acción de inconstitucionalidad, considerándose que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal no lesionan el Derecho de la Constitución. Por el contrario, el suscrito Magistrado salva el voto y declara con lugar este asunto, pues a todas luces resulta evidente que las normas impugnadas confieren una autorización a las instituciones públicas para vulnerar el derecho protegido en el artículo 50 de la Constitución Política, que desde ningún punto de vista debe ser soslayado por este Tribunal Constitucional. Lo anterior por cuanto, estas normas facultan a la Administración Forestal del Estado para realizar proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional, sobre proyectos que previamente han sido declarados áreas de protección, y sobre los cuales existe prohibición de corta o eliminación de árboles. Es evidente, entonces, el sin sentido de las normas impugnadas, las cuales configuran un régimen de excepción a la protección contemplada en la Ley Forestal. Por lo

9 19, 34 y 3, inciso m de la Ley Forestal.

10 Al resolver una acción de inconstitucionalidad sobre el decreto de conveniencia nacional del proyecto hidroeléctrico Diquís señalaron los jueces constitucionales en esa línea que hemos expuesto: “... Entonces, es claro que las normas impugnadas se ajustan plenamente al Derecho de la Constitución, pues calzan, de forma coherente, con el modelo de desarrollo impuesto por la visión de un Estado Social de Derecho diseñada por el constituyente originario. Además, no significan un vaciamiento del contenido mínimo del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado...” (Voto N. ° 2010-13100, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del cuatro de agosto de dos mil diez) Acá uno se preguntaría, ¿cuál es la visión de Estado Social de Derecho que suponen los magistrados que existe? Además, véase que no señalan “Estado Social Ambiental de Derecho” y de ahí podríamos ir emitiendo algunas conclusiones que las dejo a criterio de los lectores.

11 A efecto de profundizar sobre el concepto de desarrollo sostenible y los paradigmas, se puede consultar la obra de este autor denominada: “El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional”

expuesto, salvo mi voto y declaro con lugar la acción, declarando inconstitucionales los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal, Ley N°7575...”

Es decir, que estos decretos, por ahora, están apegados a derecho, salvo un cambio de criterio de varios magistrados hacia otra visión, luego de una nueva acción de inconstitucionalidad. En lo personal; me parece que los decretos de conveniencia nacional deben existir, pero mejor regulados, donde se parta de una visión ecosistémica, e inclusiva de la naturaleza, que establezca frenos a los intereses mercantilistas que han tomado muchas veces la biodiversidad como simple materia prima para lograr sus fines.

3. Los principios de objetivación y de progresividad vistos en la perspectiva de los decretos de conveniencia nacional.

3.1. Principio de objetivación.

Según OVARES (2015), para el 2015 se han emitido dentro de la vigencia de la Ley Forestal actual 54 declaratorias de conveniencia nacional. Lo anterior, dentro de un criterio subjetivo parece denotar, una tendencia por parte del Poder Ejecutivo; a emitir este tipo de actos generales, a efectos de poder realizar todo tipo de obras, sean hoteles, proyectos mineros, torres de generación eólica, hidroeléctricas, carreteras, entre otros; lo cual es legal y en algunos casos necesarios realmente, pero lo

que puede ser cuestionable, en la mayoría, conforme se ha estudiado, es el soporte desde la ciencia y la técnica que existe para justificarlas, puesto que para dictarlas, se ha incurrido lamentablemente en un abuso de la discrecionalidad administrativa tal y como veremos en los casos que se expondrán.

En esta línea, tengamos presente que los numerales 15, en concordancia con el 16 y 160 de la LGAP, que abajo se transcriben, nos refieren a los límites a la discrecionalidad administrativa que deben ser incorporados evidentemente siempre, en la toma de decisiones de la Administración, para evitar abusos.

Lamentablemente, los funcionarios públicos que aprueban los cambios de uso del suelo, se han saltado la ley, no obstante, que para ello incluso se fijan responsabilidades administrativas, penales y civiles. Siendo que la patología jurídica en los abusos a la discrecionalidad es tan evidente, podemos afirmar que todo el sistema se ha confabulado para actuar *contra legem*, en desobediencia a las reglas o diques y esto es sumamente peligroso en un sistema que opera, supuestamente, bajo el principio de legalidad y respeto al Ordenamiento Jurídico.

Tengamos presente dentro de lo anterior que los actos que no contemplen por ejemplo las limitaciones a la discrecionalidad, estarían viciados con nulidades absolutas, como lo disponen los ordinales 160¹² y 166¹³, también

12 Artículo 160.- *“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso.” Entonces siendo así lo que dice la norma, es claro que una tala rasa, que es la excepción a la norma que protege los bosques nos debería hacer creer que la justicia, en un Estado Social Ambiental de Derecho debería inclinarse a no permitir esa eliminación de la biodiversidad pero en la realidad costarricense ello no opera así.*

13 Artículo 166.- *“Habrà nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.” El elemento que normalmente falta es el motivo pues como lo exige el numeral 133 de la LGAP continúa en la sgte pág.*

de la LGAP. Recordemos que incluso la norma 132 de la LGAP conceptualiza el elemento material de contenido, que debe estar presente en todo acto al decir:

“Artículo 132.- 1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas...”

Por ello es que para abarcar todos los aspectos de hecho y derecho surgidos del motivo, estos decretos deben fundamentarse en estudios dentro de la ciencia y la técnica para cumplir con el principio de objetivación,¹⁴ o también conocido como de tutela científica.

El aspecto fundamental en el principio de objetivación deriva precisamente de los límites que impone la discrecionalidad administrativa. Tengamos presente que la misma está reconocida y reglada en el artículo 15 de la LGAP, que en lo que nos interesa señala:

“La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable...”

viene de la pág. anterior

se exige que todo acto debe ser legítimo y proporcionado al contenido y señala la norma precitada 133 que cuando el contenido está regulado en forma imprecisa “deberá ser razonable conforme con los preceptos indeterminados empleados por el Ordenamiento” y claro sino existen los estudios que desde la ciencia y la técnica lo justifiquen estaríamos ante una nulidad absoluta conforme a esta norma 166.

14 El principio de objetivación es reconocido en nuestra jurisprudencia al decirse por parte de los magistrados constitucionales lo siguiente: “... es un principio derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la LGAP, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general ... de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia...” Voto 14293-2005.

El ordinal 16, también de la LGAP sobre la discrecionalidad nos abona al decir:

“En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia...”

Y la norma 160, también de la LGAP nos señala las consecuencias para cuando el acto no está acorde con las reglas de la discrecionalidad a señalar:

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias en cada caso...”

Por lo anterior, vemos que es absolutamente ilegal un uso de estos decretos sin antes medir y tener elementos de juicio suficientes, que determinen que existe proporcionalidad y razonabilidad y claro, que lo social, está sobre lo socio-ambiental como exige la Ley Forestal en su artículo 3. m.

De ahí; que si la regla es proteger el bosque, observamos que cualquier decisión que tome la Administración Pública, debería estar muy bien sustentada en estudios exhaustivos, mediando investigaciones previas realizadas por los asesores del Presidente y del ministro

del Ministerio de Ambiente Energía (MINAE), en un expediente que debe estar en custodia en la Oficina de Leyes y Decretos, pues como es claro, ese acto debe publicarse en el Diario Oficial La Gaceta. Asimismo, una copia de este expediente deberá estar en la oficina del Área de Conservación de la región donde se talará, puesto que ellos son los que deben emitir el acto administrativo final de tala.

A nuestro criterio, en el expediente dicho debe existir un estudio,¹⁵ donde por medio de una metodología clara y objetiva, se analice; no sólo el impacto ambiental nacional, sino toda la dinámica social que justifique, el cómo la población presente y futura, expresamente se beneficiará con el cambio de uso del suelo, e incluso, se debe determinar en esa ponderación, el modelo de desarrollo que se requiere para años venideros, en relación por supuesto con la obra a construir, donde se incluya, obviamente, la variable cambio climático y fijación de carbono, dado que estamos hablando de eliminación de sitios fundamentales en el secuestro de CO₂ y con esto se descarta, que con la información que emana del expediente administrativo de la obra, tramitado ante la Secretaría Técnica

Nacional Ambiental (SETENA), se cubra el cúmulo de aspectos vitales que nos lleven a concluir que el permiso ambiental del proyecto sea el único elemento a ponderar. En esta línea, para entender lo expuesto, observemos que el permiso o licencia ambiental de un proyecto ha sido definido y limitado en el artículo 3, inciso 68 del Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA)¹⁶ como sigue:

“Viabilidad (Licencia) Ambiental (VLA): Representa la condición de armonización o de equilibrio aceptable, desde el punto de vista de carga ambiental, entre el desarrollo y ejecución de una actividad, obra o proyecto y sus impactos ambientales potenciales, y el ambiente del espacio geográfico donde se desea implementar. Desde el punto de vista administrativo y jurídico, corresponde al acto en que se aprueba el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea en su fase de Evaluación Ambiental Inicial, o de Estudio de Impacto Ambiental o de otro documento de EIA.”

Por ello, no cabe duda, desde la ciencia y lo jurídico, que es un serio error pensar que con un permiso de esta naturaleza, se puedan

15 Ovares (2015) elabora una lista de requisitos que debería tener ese estudio y cita: “a) Ubicación georeferenciada del proyecto. b) Copia de la resolución de la viabilidad ambiental otorgada por Setena. c) Inventario forestal (árboles a talar y su respectiva ubicación). d) Certificación del área de conservación respectiva del Sinac, en la que conste que el sitio del proyecto se ubica fuera del patrimonio natural del Estado. e) Análisis costo-beneficio socio ambiental, que deberá contar con al menos los siguientes parámetros: 1. Flujo privado del proyecto. 2. Cálculos TIR y VAN con tasa privada de descuento. 3. Tipo de financiamiento. 4. Factores de corrección para obtener precios sociales. 5. Valoración económica de las externalidades. 6. Cálculos TIR y VAN ajustados con Tasa de Descuento Social.” A nuestro criterio, Ovares en su propuesta debió citar, que la tasa de descuento no debería ser mayor del 3%, puesto que ella es la que se utiliza para proyectos de inversión por diferentes entidades nacionales e internacionales y es que pensar en una tasa superior a cero de descuento, debe ser sentido como una burla a un cambio de uso del suelo con efectos incluso algunos irreversibles en un Estado Social Ambiental de Derecho.

Por otro lado, pero siempre dentro de lo anterior, debe quedar claro, que si un decreto de este tipo es declarado ilegal o inconstitucional una vez que entró a materializarse la tala, estaría generando daños ambientales y en esa línea, la tasa de descuento que se debe utilizar para hacer la valoración del impacto negativo a la biodiversidad, debe ser cero, puesto que sería una hipótesis deferente a un proyecto que sí cumple con todos los requisitos.

16 Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.

visualizar todos los factores que conllevan a la autorización de una tala rasa.

Debe tenerse, como un hecho indiscutible, que en Costa Rica a la fecha no existe - pues no se señala en ninguna ley, o reglamento - una metodología que permita tener los parámetros claros para analizar el otorgar o no, una conveniencia nacional, con base a lo dispuesto en la Ley forestal, por lo que cualquier interpretación sobre el cómo elaborar los estudios, debería, en buena lógica, ser restringida, dada la protección constitucional emanada desde el numeral 50¹⁷ constitucional a los bosques, o por lo que se debe interpretar del espíritu de los instrumentos de relevancia internacional ratificados, como lo sería la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América;¹⁸ la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural;¹⁹ Convenio Sobre Diversidad Biológica²⁰ y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas,²¹ que determinan evidentemente en conjunto, que la balanza se debiera de inclinar por la protección de los recursos forestales y la biodiversidad.

Asimismo, tenemos que por ejemplo en materia penal, también se ha constituido el

principio de irreductibilidad del bosque que señala:

“Debe quedar claro que la protección del suelo de los bosques, no termina o se suspende cuando por actos de seres humanos ... o por hechos de la naturaleza ... el bosque viene a menos; antes por el contrario, ante esas situaciones se impone al Estado mayor agresividad en la recuperación y conservación del bosque... Pensar que el deber de protección del suelo forestal y de otros elementos del bosque termina por cualquiera de los hechos indicados, se traduciría en la promoción de actividades lesivas al ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza,...” (Tribunal de Casación Penal. Resolución No. 2003-0366 de las doce horas del ocho de mayo del dos mil tres. Expediente 99-200108-0567-PE)

También se ha señalado por los jueces del Tribunal de Casación Penal:

“... el espacio ocupado por los bosques es irreductible, en eso consiste el principio de irreductibilidad del bosque. De este modo, cualquiera que lesione el bosque con tala o incendios con el propósito de cambiar el destino del terreno, o cualquiera que pretenda obtener provecho de desastres

17 Artículo 50.- *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

18 Ley No. 3763.

19 Ley No. 5980

20 Ley N° 7416

21 Ley No. 7224

naturales que dañen el suelo forestal, debe comprender que no hay forma posible de cambiar el destino del suelo, y que el Estado hará cuanto sea para recuperar el bosque...” (Resolución No. 2003-0396)

Sobre el deber de proteger los ecosistemas forestados en otro momento histórico y otras circunstancias más felices para nuestros bosques, la Sala Constitucional ha expuesto: *“Este Tribunal también ha establecido en su jurisprudencia, que la protección del medio ambiente natural (por ejemplo, la protección de los bosques que aún quedan en Costa Rica), es un derecho fundamental (véase entre otros, los votos 2233-93 y 0136-96). La Constitución Política en su artículo 50 -reformado mediante Ley No.7412 de 24 de mayo de 1994- garantiza la defensa y preservación del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y legítima a toda persona para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.”* (Voto constitucional No. 1996- 0441)

Pensando en el fundamento jurídico recién expuesto, en el 2013 un grupo de ciudadanas presentaron un amparo constitucional, a efecto de tratar de que los magistrados, obligaran al Poder Ejecutivo a tener que reglamentar una metodología que solventara la falta de requisitos por los que debía guiarse la Administración, para otorgar estos decretos, y mediante el voto N° 2013014446, los altos jueces rechazaron esa acción, bajo el siguiente argumento:

“II.- En el presente asunto, las recurrentes reclaman que las autoridades recurridas no han reglamentado el artículo 3 de la Ley Forestal, en el sentido de establecer cuáles son los instrumentos apropiados para

exceptuar la prohibición de talar y perjudicar la biodiversidad, modificar el uso del suelo y afectar áreas de protección. En este sentido, el propio párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional expresamente prevé el procedimiento a seguir por la Sala en caso de que la impugnación la constituya la omisión de reglamentar una ley, supuestos en los que esta Sala está obligada a conferir un plazo de dos meses al incumpliente para subsanar la omisión. No obstante, para acreditar como inconstitucional una omisión de reglamentar una ley, es necesario que una norma legal o superior (constitucional o de un tratado internacional) disponga en forma expresa esa debida regulación reglamentaria. Además, debe tenerse en cuenta que esa omisión acusada debe impedir el ejercicio de un derecho fundamental; es decir, debe establecerse una situación concreta de lesión o amenaza a los derechos de un administrado para que el amparo sea admisible, caso contrario, se trataría de un problema de mera legalidad, no susceptible de ser conocido en esta jurisdicción, sino más bien en la contencioso-administrativa (con fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política)... De conformidad con lo expuesto, al no describirse en el escrito de interposición del recurso una situación de lesión o amenaza de los derechos fundamentales de persona alguna, este amparo resulta inadmisibles y se remite a las recurrentes a las vías de legalidad ordinaria para que planteen ahí su reclamo y expongan las razones por las cuales estiman que en el Reglamento a la Ley Forestal (Decreto Ejecutivo 25721), no está correctamente regulada la situación objetiva planteada en este recurso de amparo.”

Empero, pese al rechazo del amparo, vale señalar que queda abierta la posibilidad de acudir ante los jueces de legalidad a reclamar la no reglamentación, pero deberá ser para cada caso en concreto. Asimismo, consideramos que se estaba ante una infracción constitucional de no reglamentación, pero hubo una lectura muy restrictiva de las normas, por una visión antropocéntrica de nuestra biodiversidad. Se dice lo anterior, puesto que es claro, a nuestro criterio, que si en el ordinal 3 inciso m de la ley de rito se señala: [...] *Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados.* [...] (El resaltado es nuestro) era evidente la remisión legislativa²² al Poder Ejecutivo, para que tuvieran que señalar cuáles eran esos “instrumentos apropiados” y por supuesto, que la vía reglamentaria era la oportuna y claro está, por ello, señalamos el error de los magistrados.

Uno de los problemas más serios que se han notado en las declaratorias de conveniencia nacional lo apreciamos, tal y como señalamos supra, cuando los magistrados constitucionales, al entrar a considerar la constitucionalidad de estos instrumentos,

exponen que basta con que exista una licencia ambiental aprobada para el proyecto que amerita y obliga a la tala rasa.

Una posible razón del por qué ello ocurre puede deberse, en parte, a que estos operadores de justicia tienen una visión poco biocéntrica y toman la norma 50 constitucional, interpretándola fundamentalmente, por lo que señala el primer párrafo²³ de ese cuerpo normativo, que dice: *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza*, lo cual es un error, dado que dentro de estos expedientes de SETENA para cada proyecto, no se valora el cambio del uso del suelo, en relación a los beneficios nacionales que justifiquen acoger la excepción legal de eliminación del bosque y la afectación de áreas de protección de ríos y quebradas.

Profundizando en lo anterior, propiamente en el caso conocido como proyecto minero Crucitas, se recuerda que los magistrados constitucionales al manifestarse sobre la declaratoria de conveniencia nacional, dieron relevancia al primer párrafo del numeral 50 constitucional cuando externaron:

“La posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, fue fundamentada

22 *Tengamos presente que con base lo señalado en la norma Artículo 140 Constitucional que señala: “Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno... 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarias, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento...” Y si bien el legislador no expuso expresamente que se debía reglamentar el numeral 3 inciso m de la Ley Forestal, de acuerdo al principio de progresividad se estaba y se está en esa obligación de hacerlo sin que hiciera falta que la ley señalara que era una obligación reglamentar ese aspecto.*

23 *Sobre este tema, véase el artículo del suscrito denominado: El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. Visible en http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds_publicaciones02_117.html*

precisamente en el concepto de desarrollo sostenible que debe ser incorporado al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, como ya se indicó, no sólo es posible, sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional, según el cual el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza; claro está, conforme al respeto de las normas ambientales, caso contrario se causaría una grave paralización en el desarrollo de nuestro país, no querido ni pretendido por los constituyentes, ni tampoco por los legisladores que tuvieron la responsabilidad de promulgar la Ley en cuestión... una protección excesiva del ambiente que anule toda actividad económica, puede hacer incurrir a los particulares en costos desproporcionados e innecesarios, tornando algunas actividades productivas en ruinosas y generando pobreza y desempleo, lo cual impactaría negativamente a la gente...” (Voto Constitucional No. 2010 006922).

Ahora, no se trata de volver a la Costa Rica de hace 100 años, pero partir de la premisa de que todo tipo de inversión privada está sobre la biodiversidad, o que el ofrecer trabajo por 11 años de un proyecto minero compensaba la eliminación de más de 200 hectáreas de bosque, a nuestro criterio, no tenía, ni tiene sentido, pues ello es una visión cortoplacista y el respeto de la biodiversidad es una meta para la sobrevivencia.

Interesante es que se vea, que en este caso de Crucitas, en la vía de la jurisdicción constitucional, se llegó al extremo de validar un informe institucional que dijo que el pago

de impuestos, era la forma compensatoria de los daños que se generarían. Lo anterior fue de relevancia para los magistrados, que mal analizaron los costos y beneficios del ese proyecto de esta manera:

“... Este informe identifica y cuantifica tanto los costos económicos del proyecto, como el monto que se obtendría por beneficio social, explicando el beneficio que la actividad representa por cobro de impuestos –calculados sobre el precio de la onza de oro de aquel entonces, tasado en aquel momento en la mitad del valor actual-. Sobre el particular, expresa el informe que “[e]l cobro de impuestos sería una compensación por impactos socioeconómicos y ambientales negativos (efectos en valores familiares como abuso de sustancias y criminalidad; impacto en caminos y puentes de mayor tráfico, molestias por ruido, polvo, etc.; mayor demanda de servicios públicos; etc.). Además, la parte ambiental sería internalizada al proyecto a través del Estudio de Impacto Ambiental, las garantías ambientales que debe otorgar la empresa y el Plan de Manejo Ambiental que debe seguir en coordinación con SETENA”...” (Voto Constitucional No. 2010 006922)

Ahora, como se aprecia; la visión antropocéntrica y economicista aflora sin lugar a dudas.

Pero ese caso de Crucitas, en sede constitucional también dejó zanjado y claro el hecho equivocado y censurable, de que para los operadores de justicia, lo relevante para acreditar una declaratoria de conveniencia nacional, era simplemente el contarse con una valoración ambiental y la concesión minera expresamente para el proyecto. Ellos señalaron en ese sentido:

“La valoración de estos distintos elementos y los resultados de la evaluación efectuada en sede administrativa, primero ante la Dirección de Geología y Minas para las concesiones de exploración y explotación mineras, y luego ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental para obtener la viabilidad ambiental correspondiente, hizo a la administración concluir que efectivamente los beneficios sociales son mayores al costo ambiental del proyecto, pues los eventuales perjuicios ambientales serían subsanados con las acciones de compensación, lo cual al final dejaría beneficios económicos hasta ahora no previstos en la zona y sin causar daños ciertos al ambiente. Esto no significa que la Sala valide la tesis de que se permita ejecutar una actividad dañina si los daños son posteriormente resarcidos, es decir, que una reparación deje sin efecto una violación; por el contrario, si se reconoce que una actividad genera cierto impacto sobre el ambiente, pero igualmente se acredita que tal impacto no se traduce en daño ambiental, la actividad puede permitirse cuando se demuestre que los beneficios son mayores a los costos. El decreto de cita cumple con referir y explicitar los beneficios, costos y actividades de compensación, por lo que la Sala concluye que el decreto sí se encuentra debidamente fundamentado de conformidad con lo requerido por los artículos 19.b y 34 de la Ley Forestal, pues ciertamente el decreto es el resultado del estudio de beneficios y costos definidos en estas normas...” (Voto Constitucional No. 2010 006922)

Entonces, como se comprenderá la posibilidad de emitir las declaratorias de

conveniencia nacional, apoyados en la subjetividad, o subvalorando los costos ambientales son situaciones nefastas y debemos partir del hecho; de que si bien son actos discrecionales, estos deben ser mesurados y bien fundamentados para no violentar el principio de objetivación, sino incluso, derechos humanos fundamentales, asunto que no se ha querido ver de esa manera, al menos en sede constitucional. Hay que tener presente en todo caso, que quien primero falla es la Administración Pública, que ha querido hacer una lectura permisiva e irresponsable de nuestro Ordenamiento Jurídico, puesto que para emitir estos decretos solamente verifica, previo a la publicación del mismo, que exista la viabilidad, o permiso de SETENA del proyecto que en sí necesita una tala rasa para iniciar las obras.

Para seguir ahondando en el tema de la discrecionalidad administrativa, debemos exponer que nuestros gobernantes, hacen en la práctica un uso abusivo, e ilegal de esa potestad de discrecionalidad, interpretando, más bien, de manera amplia y no restringida la norma de la Ley Forestal 3.m citada.

Lo anterior se pudo apreciar en el voto del Tribunal Contencioso Administrativo No. 4399-2010 del ya citado caso de minería a cielo abierto de Crucitas, que luego de haberse declarado sin lugar los amparos respectivos, fue pasado a la vía de la legalidad. En ese proceso los miembros del Tribunal Contencioso expresaron que existía un asunto “orquestado”²⁴ donde hasta un

²⁴ Señalaron los jueces de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: “. Además, debe comunicarse esta sentencia al Ministerio Público. En relación con este punto, es necesario indicar que en el presente caso ocurre algo excepcional
continúa sgte. pág

ex-presidente, su ministro de Ambiente y otros funcionarios de menor rango debían ser pasados a la vía penal para analizar sus participaciones al dar la declaratoria de conveniencia, sin justificar legal, social, biológica y económicamente el cambio de uso del suelo.

Es claro que en el proceso judicial que venimos relatando, para los jueces de legalidad, nunca existió en el texto del decreto una descripción objetiva de los beneficios sociales y de los costos socio ambientales y la referencia de los estudios que sirvieron de base para emitirla; es decir, nunca hubo una comparación o puesta en balanza entre lo social y lo socio/ambiental, y una explicación científica del por qué se debía considerar que lo social primaba sobre lo socio ambiental. Fue patente para ellos, que ese decreto careció de contenido y en él sólo se habló de posibles ingresos estatales y municipales como pagos de futuros tributos y que se iba a dar trabajo a algunas personas, pero no existió la sustancia necesaria y por eso se consideró que debía declararse como absolutamente nulo ese acto administrativo y por ende, se aprecia el abuso de la discrecionalidad y la trasgresión al principio de objetivación, lo cual hizo que se incurriera en la violación también del principio de proporcionalidad y el de razonabilidad que deben estar presentes en cualquier acto de la Administración Pública.

Se entiende por proporcionalidad:

“... La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de la proporción con respecto al objetivo pretendido...” (Voto constitucional 3933-1998)

Ahora, si se iba a perder biodiversidad, es manifiesto que al menos se debería justificar y entender en qué proporción existirá una pérdida y cómo era que ella iba a estar compensada de manera que no fuera, a la larga, una pérdida para el Estado y las generaciones que incluso no han nacido. La compensación a la que se hace referencia no podía en el proyecto Crucitas ser sólo en dinero o impuestos, sino que debía ser en respeto y reposición de la biodiversidad, pero tal y como estaba el proyecto diseñado, al dejarse expuesto un acuífero de por vida -que es un daño ambiental irreversible- se iba a estar ante una gran laguna, que nunca mereció para la Administración Pública, una valoración del costo beneficio sobre la significancia ambiental de ello. Debemos tener presente que también dentro del proyecto nunca se evaluaron los sitios de recarga acuífera del acuífero superior, ni del inferior, donde este último era considerado como regional y del cual se surtían, fuera del proyecto minero, la población que vive en la zona. En el interrogatorio en la epata

viene de la pág. anterior

y es que las distintas ilegalidades detectadas y las nulidades declaradas, son todas coincidentes en el sentido de que tendían a la aprobación del proyecto minero Crucitas y varias de ellas se dictaron estando vigente un decreto ejecutivo de moratoria de la minería metálica de oro a cielo abierto, todo lo cual hace viable pensar como posible una eventual concurrencia u orquestación de voluntades para llevar adelante, de cualquier manera, este proyecto minero. Por ello, dada su intervención en el desarrollo de las conductas aquí declaradas ilegales y anuladas, resulta pertinente comunicar lo resuelto al Ministerio Público...” Resolución de diez horas cuarenta minutos del catorce de diciembre del dos mil diez, voto No. 4399-2010.

de recepción de pruebas, el hidrogeólogo del proyecto señaló que la empresa nunca consideró como necesario evaluar nada que estuviera fuera de las propiedades a intervenir y con esto se entiende, incluso mejor lo que hemos señalado supra, en la línea de que la evaluación ambiental de los proyectos jamás puede ser la base para tomar decisiones que conlleven a emitir los decretos de conveniencia nacional. Para abonar en este tema, tengamos presente también que la laguna de relaves, con aguas eventualmente cianuradas, iba a quedar de forma perenne en el sitio, luego de la fase de cierre técnico del proyecto. Es por todo ello, que al existir tantas dudas, nunca aclaradas en el expediente de la valoración ambiental, también se estaba ante violaciones al principio precautorio, puesto que la visión predictiva de los efectos se había quedado muy limitada. En ese proyecto minero de referencia; incluso se llegó al extremo de que los buscadores de oro le señalaron a los magistrados constitucionales cuando se estaba en esa vía; que los bosques talados iban a ser repuestos y que ello iba a generar un mejor sitio ambientalmente hablando. Propiamente dijeron: *“... una vez que se realizó el análisis técnico ... se llegó a la conclusión de que las condiciones actuales y las medidas de mitigación y compensación para obtener al final de proyecto, en su fase de cierre, serán condiciones mejores que las existentes en la actualidad; desde el punto de vista forestal y biológico, estas presentan un balance positivo...”* Y cualquier persona, sin ser un experto en biología o ingeniería forestal se pregunta: ¿cómo decenas de hectáreas de bosque taladas, acuíferos perforados de por vida, iban a generar esos

bellos paisajes oníricos que los proyectistas dibujaban? y lo peor fue, que esto que se señaló, fue creído al pie de la letra y aceptado por los magistrados constitucionales que rechazaron los recursos de amparo presentados tal y como expusimos.

Por su parte, el principio de razonabilidad que debe estar presente en ese tipo de actos administrativos de conveniencia nos guía para tener claro que existe una obligación de la Administración de dar siempre la debida fundamentación conforme a todos los aspectos envueltos tal y como desprende del nominal 132 de la Ley General de la Administración Pública, pero lamentablemente ello también falla y esa constante se aprecia en los diferentes textos de decretos estudiados.

Finalmente, luego de hacer este repaso de los aspectos de la discrecionalidad en relación con los decretos de conveniencia nacional, consideramos que es vital también señalar que una forma de reglar estos decretos, sería elaborando un procedimiento que dispusiera, que previamente a la toma de decisión de la emisión, el Poder Ejecutivo deba hacer una evaluación ambiental estratégica (EAE) sobre cambio del uso del suelo específicamente.

Para estos efectos, la evaluación se haría por parte de los funcionarios de SETENA o demás dependencias del Estado siguiendo, al menos, lo enunciado en el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA)²⁵ que dispone al respecto:

25 Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004.

Artículo 3, inciso 36: *“Evaluación Ambiental Estratégica (EAE): Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental aplicado a políticas, planes y programas. Por su característica y naturaleza, este tipo de proceso, se puede aplicar, además, a los proyectos de trascendencia nacional...”*

El artículo 62 del Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación (EIA) señala *“Objetivo y alcance de la Evaluación Ambiental Estratégica. La Evaluación Ambiental Estratégica tiene como objetivo integrar la variable de impacto ambiental a la planificación del desarrollo económico del país. Se aplica a los planes, programas y políticas de desarrollo nacional, regional y local; generados en Entidades del Estado incluyendo municipios, cuencas hidrográficas y regiones específicas; y cuyo fin sea el planeamiento del uso del suelo, el desarrollo de infraestructura (urbana, vial, portuaria, comunicaciones, energética, turística y agrícola, entre otros), o bien el aprovechamiento de los recursos naturales (minería, energía, hidrocarburos, agua, flora y fauna.”*

Como vemos, con base a ella se podrían obtener los resultados que cubrirían las exigencias y expectativas básicas de lo que debería cuantificarse previo a una tala rasa de un ecosistema boscoso, pero el problema técnico/jurídico es que a la fecha, salvo para planes reguladores, no existen otros procedimientos administrativos que detallen la forma de aplicar las evaluaciones ambientales estratégicas.

3. 2. Principio de progresividad.

En lo que respecta a la progresividad en materia ambiental, que es otro de los aspectos,

donde tanto en la órbita de la Administración Pública, como en la de Sala Constitucional, los funcionarios han fallado, tenemos que aunque la evolución de los criterios debería ser una guía interpretativa básica, ello no ocurre lamentablemente. La progresividad implica ir mejorando las conceptualizaciones jurídicas para adaptar nuestro Ordenamiento a las nuevas necesidades, que claramente implican mayor protección a los diferentes ecosistemas. De hecho han señalado los magistrados constitucionales sobre este principio:

“...Est también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto interprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio...” (Voto No 720-91 de las 15 horas del 16 de abril de 1991) En la misma línea han señalado más recientemente también: “En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción” (Voto No. 2007-1378). Ver también: “Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los Estados deben adoptar medidas internas para “(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso” (Voto No. 2002-11515). También leer: “La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”. (Voto No. 2011-13641). En protección a la biodiversidad recientemente externó la Sala Constitucional sobre la progresividad: “De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud

del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, más no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales...” (Voto No. 2010-18702). Pero si analizamos este recién citado voto, en relación con lo resuelto en caso Crucitas

en sede constitucional, tenemos que evidentemente se violentó la progresividad al haber fallado a favor de los mineros. Asimismo, consideramos que se equivocaron los magistrados constitucionales al no haber declarado con lugar el amparo que buscaba reglar un tema de tanta relevancia, como lo era que el Poder Ejecutivo normara los requisitos para las declaratorias de conveniencia nacional y por supuesto, que al incurrirse en interpretaciones no progresivas, se incurre en desprotección medio ambiental. Debemos insistir, en que al referirse nuestra Ley Forestal, que se deben hacer valoraciones mediante “los instrumentos apropiados”, debemos partir del hecho que la protección forestal es un valor fundamental para la sociedad, que merecía un resguardo desde la torre máxima de nuestro sistema, que es la Sala Constitucional, pero como vimos, ello no ocurrió.

Paradójicamente a lo externado supra del caso Crucitas, u otros más como veremos infra, los jueces constitucionales han dispuesto acertadamente sobre la progresividad:

“... V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. 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 aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces... “Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 18702-10).” (Voto No. 13367-2012).

El por qué tenemos interpretaciones contrastantes de parte de una misma Sala, está fundamentada en dos razones. La primera, que es de orden legal, puesto que en la Ley de la Jurisdicción Constitucional²⁶ se señala que la jurisprudencia de esta

²⁶ La Ley señala en el artículo 13 que: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”

Sala es vinculante para todas las personas, menos para los jueces que la integran. Y la segunda, de orden filosófico y ético, por del momento histórico en el que vivimos, puesto que es evidentemente que estamos atravesando circunstancias de incertidumbre y sensibilidad por el cambio paradigmático; donde el paradigma saliente, que es el antropocéntrico se resiste a evolucionar y desea que se siga bajo esquemas desfasados de un desarrollo economicista y por ello algunos jueces; prefieren interpretar y aplicar nuestra norma constitucional 50 dando primacía al primer párrafo, sobre lo referente a protección de los ecosistemas. Además, tengamos presente que ese artículo 50 tiene una redacción claramente antropocéntrica que desfavorece la progresividad, puesto que si se toma de manera literal el texto, tenemos que los seres humanos son los que tienen derechos sobre la biodiversidad al decirse que “...*toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado...*” y ello limita hasta cierto punto, el ingreso a visiones un tanto más biocéntricas, o inclusivas, donde se parta del hecho de que todos los seres vivos somos parte de un gran ecosistema.²⁷

Como queda claro, es manifiesto que existen bases para que las declaratorias de conveniencia nacional tengan que verse como instrumentos limitados en

cuanto a sus emisiones (*números clausos*) conforme a los principios del derecho al desarrollo sustentable que existen, pero lamentablemente aún estamos largo de que esa visión sea la que vaya a primar en nuestro Estado y por ello los bosques y su biodiversidad han quedado en segundo plano en la mayoría de las ocasiones.

4. Repaso de algunos casos a la luz de las violaciones al ordenamiento jurídico costarricense

En esta sección se presentan cuatro casos interesantes²⁸ donde se demuestra que la Administración Pública ha actuado con visión economicista, considerando estos decretos como la regla y no la excepción a talar los ecosistemas boscosos.

Caso 1: Proyecto minero Crucitas

Si bien nos hemos referido supra a este caso²⁹, vamos ahora a exponer otros aspectos importantes que nos sirven para ejemplificar algunas otras irregularidades presentes en los decretos de conveniencia.

Como se había señalado, Crucitas hace referencia a un proyecto minero de oro a cielo abierto, donde la empresa necesitaba eliminar más de 200 hectáreas de bosque y potreros arbolados para poder hacer sus obras. Para ello los empresarios obtienen

27 Para ampliar sobre este tema, véase el artículo de este autor denominado: *El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico*. Visible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/publicaciones02_117.html

28 La elección de los mismos se dio en el tanto el suscrito ha tenido participación directa al presentar procesos o acciones, o indirecta al corresponderme elaborar informes en el pasado, como el caso del PH Diquís.

29 Este caso de Crucitas reviste especial interés en el tanto que el decreto de conveniencia nacional fuera analizado primero por magistrados constitucionales y posteriormente en un proceso de legalidad, de ahí que existen resoluciones judiciales expresas y encontradas que permiten visualizar en parte lo que se ha pretendido destacar mediante este artículo.

un permiso ambiental y posteriormente una concesión minera. Luego de esto, se emite un decreto de conveniencia nacional para hacer la respectiva tala rasa donde se ubicarían la laguna de relaves, los tajos y la infraestructura necesaria como bodegas y oficinas. El decreto ejecutivo fue el número 34801-MINAET del 17 de octubre del 2008, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 201 y se denominó: “Declaratoria de interés público y conveniencia Nacional del Proyecto Minero Crucitas”.

Señala este instrumento: *“En virtud de la presente declaratoria, la empresa desarrolladora... podrá proceder a la corta de árboles (inclusive de las especies que estén vedadas) y al desarrollo de las obras de infraestructura en áreas de protección...”*

¿Cómo se sustenta el decreto textualmente en los considerandos? Se señala en el decreto: *“El proyecto Crucitas traerá varios beneficios económicos a la comunidad de San Carlos y el gobierno central. Entre estos beneficios están los siguientes: i) La mina tendrá una operación cercana a 11 años (incluye construcción, operación y cierre técnico). Esto significa que durante ese tiempo habrá desarrollo de las comunidades cercanas a Crucitas y necesidad de mano de obra...”* Es decir que el presidente y el ministro firmantes partieron del hecho de que como la empresa trabajaría 11 años, existía la posibilidad de talar una desproporcionada cantidad de hectáreas. Además nunca en ningún estudio se reflejó cuantos trabajos se generarían y sin tomar en cuenta de lo que normalmente ocurre en pueblos mineros latinoamericanos (anillos de pobreza, prostitución, trata de blancas, uso de drogas y alcohol, entre otros) se dijo que por el sólo hecho de existir el proyecto, se iba a generar automáticamente un desarrollo, sin entrarse a

definir o considerar qué tipo ni para quién era ese desarrollo. Además, debe observarse, que sin estudios que justificaran la prohibición de talar ciertas especies declaradas en veda, automáticamente, por la sola declaratoria, también se licenció a los mineros a arrasar tipos de árboles que merecían, de acuerdo a nuestro Ordenamiento, un especial resguardo.

De los tantos aspectos que fueron un contra sentido de legalidad, también tenemos los siguientes:

Para cuando se emite el permiso ambiental estaba vigente un Decreto de Moratoria que prohibía toda actividad minera. Esa moratoria tuvo vigencia desde el 5 de junio del 2002 hasta 4 de junio del 2008. La viabilidad o licencia ambiental había sido emitida del 4 de febrero del 2008, cuando no era legalmente posible. Asimismo, la concesión minera salió publicada el 20 de mayo del 2008. Igualmente cuando aún estaba vigente la moratoria.

El área total del Proyecto Minero Crucitas era según el permiso ambiental de 227.6 hectáreas, pero en el considerando VIII del decreto de conveniencia nacional, se señala como las áreas a intervenir: 262 ha, 2 008,57 metros cuadrados, sea un desfase de 34 ha. 6 008,57 m² y la concesión minera por su parte permitía -de haberse mantenido vigente- la explotación de 1000 hectáreas.

En el inventario forestal se señaló que había “mangle” que es una especie que jamás podría estar ubicada en ese sitio, puesto que el mar más cercano estaba a muchísimos kilómetros de distancia.

Para la elaboración del decreto nunca se generó una ponderación entre los beneficios

sociales y el costo ambiental como ya se había comentado supra y no obstante ello; pasó el tamiz de constitucionalidad (voto N° 2010006922) pero en el proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se anularon todos los permisos. Los jueces de legalidad señalaron: “...*en el procedimiento de SETENA lo que se aplica es una matriz de importancia ambiental, que es una metodología que tiene por fin la evaluación de los impactos ambientales de un determinado proyecto o actividad, que se realiza en el marco de esa competencia específica encargada por la Ley Orgánica del Ambiente a la SETENA, no pudiendo equipararse con el Balance de costos y beneficios que establece la Ley Forestal con el fin de declarar de conveniencia nacional una determinada actividad, y cuya competencia corresponde al Poder Ejecutivo, según lo dispone el artículo 34 de dicha Ley, recordando que el Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República y el Ministro del ramo (artículo 130 de la Constitución Política)...*” (Sentencia N° 4399-2010)

Como se aprecia, este decreto fue todo un caso de referencia sobre ilegalidades e inconstitucionalidades por las transgresiones contenidas en violación al principio de objetivación y el progresividad.

Finalmente es de importancia agregar, como se aprecia en la denominación que se le dio, que junto con la declaratoria de conveniencia nacional, también se le agregó una “declaratoria de interés público”. Con esta última se pretendió que el proyecto no fuera cuestionado desde ninguna otra institución de seguro, pero independientemente de ello, se aprecia una marcada inclinación en que la obra en sí se materializara. Pero tengamos presente que las declaratorias dichas responden a objetivos diferentes.

Caso 2: Hotel Punta Cacique

Este proyecto hotelero pretende hacer en la costa pacífica costarricense 300 habitaciones, campo de golf y centro de tenis, en un área de 65 hectáreas de bosque, de las 218 hectáreas totales del proyecto. Las obras se harán en una pequeña península, como su nombre lo indica, que es uno de los pocos reductos de bosque tropical seco que quedan en Costa Rica. El Decreto Ejecutivo es el número 34701-MINAE-TUR. Publicado en La Gaceta No. 194 del 6 de agosto del 2008.

Señala la declaratoria de conveniencia nacional en sus considerandos: “1°—*Que la actividad turística en general y en especial la sostenible, se ha convertido en la principal fuente de generación de divisas para el país y una fuente importante de empleo para los costarricenses... 5°—Que Cacique Costa Rica es un proyecto basado en estándares ambientales rigurosos, ampliamente detallados en el Estudio de Impacto Ambiental presentado ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, así como en el establecimiento de mecanismos de soporte a la gestión ambiental y financiamiento a las áreas de conservación a largo plazo...*”

Y con base a ello dispone:

“*Artículo 1°—Se declara de conveniencia nacional el Proyecto: “Cacique-Costa Rica”. Artículo 2°—En virtud de la presente declaratoria y para los efectos de los artículos 34 y 19 inciso b) de la Ley Forestal N° 7575 del 13 de febrero de 1996, la empresa desarrolladora del Proyecto “Cacique-Costa Rica” deberá gestionar las autorizaciones correspondientes de la Oficina del Área de Conservación, del Sistema Nacional de*

Áreas de Conservación, que sea competente. Artículo 3º—Para la conservación de especies forestales que se puedan ver afectadas, la empresa desarrolladora del Proyecto: “Cacique-Costa Rica” repondrá y dará mantenimiento a dichas especies de acuerdo a las recomendaciones que establezcan las autoridades del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. Esta acción y las derivadas de la misma se resolverán en coordinación con el Área de Conservación respectiva del Ministerio del Ambiente y Energía, la que por su parte certificará el cumplimiento de la reposición Artículo 4º—Las distintas instancias del MINAE, del Estado y los gobiernos locales, tomarán en cuenta esta declaratoria en las diferentes solicitudes, trámites y autorizaciones que gestione la empresa desarrolladora responsable del proyecto, en concurso con sus contratistas, para el adecuado desarrollo del mismo...”

Ante ello se presenta un recurso de amparo ante la Sala Constitucional conforme constó en el expediente 08-016439-0007-CO.

Se alegó lo siguiente “...que la Declaratoria de Conveniencia Nacional del Proyecto Ecoturístico Cacique Costa Rica, contenido en el Decreto Ejecutivo número 34701-MINAETUR, publicado en La Gaceta número 194 de seis de agosto de este año, resulta contrario al derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, por cuanto el fundamento de dicho decreto violenta una lógica racional ambiental, amén de los criterios de proporcionalidad y principio precautorio, que deben estar presentes para cuando se habla del concepto indeterminado de Conveniencia Nacional. Que conforme al artículo 3 de la Ley Forestal, se debe estar ante una ponderación previa, donde se

mida la conveniencia social, sobre lo socio-ambiental. Que no se debe confundir los estudios de impacto ambiental del proyecto tramitados en la Secretaría Técnica Nacional Ambiental – SETENA -, con los estudios socio-ambientales necesarios para la declaratoria de conveniencia nacional, pues son cosas muy diferentes.”

Entre los recurridos figuraron el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), el Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía.

Al contestar la acción, desde el ICT señalaron entre otras cosas que era “...vital dar empleos en la zona y atraer más turismo...”. También dijeron que al no existir metodología sobre lo que se debe hacer para obtener una declaratoria de conveniencia, es un asunto que deja todo a la “discrecionalidad” de la Administración. Agregaron, que si bien en la norma de la Ley Forestal no se contemplaba la industria hotelera, como obras de infraestructura hábiles para otorgar una declaratoria, ello no es problema, pues de acuerdo a la “discrecionalidad de la Administración” sí era posible.

Desde la Presidencia y el Ministerio de Ambiente y Energía se dijo que el proyecto, traerá empleo, que tiene agua propia, que se hará bajo prácticas de construcción verde, que no se talará mucho, que se apoyará la campaña “a qué sembrás un árbol”, que se hará una Reserva Natural y que apoyarán campañas de denuncia ambiental.

A efectos de los magistrados, les bastó que los representantes del Estado externaron lo siguiente: “Respecto a los artículos 19 y 34 de la Ley Forestal estos indican que dentro del manejo de bosques se pueden

Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional, e incluso, aunque está prohibida la tala en áreas protegidas, se exceptúan de esta regla los casos en que existan proyectos declarados por el Poder Ejecutivo, como de conveniencia nacional. Dentro de ese orden de ideas, exponen que ese concepto se encuentra normalizado en los numerales 3 inciso m) de la Ley Forestal y 2 del Reglamento, los cuales literalmente expresan: "Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales. El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados" (artículo 3 inciso m de la Ley Forestal número 7575 así modificado mediante el artículo 114 de la Ley de biodiversidad en sus disposiciones finales y transitorias)."Conveniencia Nacional: 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 del Estado, las 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; transpone; 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". Además, arguyen que de las últimas dos normas citadas se desprenden tres aspectos importantes a resaltar, que el

*Proyecto Cacique puede ser declarado de conveniencia nacional, lo cual no requiere mayor explicación; **que el instrumento de declaratoria de conveniencia nacional parte del supuesto de la existencia de costos socio ambientales, los cuales valga decir, son conocidos por la administración y han sido analizados por la SETENA; el sitio presenta una cobertura vegetal que debe ser removida ineludiblemente para poder desarrollar la actividad autorizada y, este hecho, también es de conocimiento público. Precisamente, expresan, por conocerse de antemano los impactos ambientales que este proyecto podría generar, fueron efectuadas la evaluación ambiental y la aprobación de la viabilidad Ambiental, de previo a la Declaratoria de Conveniencia Nacional y, estos dos requisitos, han sido ampliamente cumplidos y han servido de herramienta técnico científica oficial y objetiva para la toma de las decisiones en este proceso, por lo cual el Decreto Ejecutivo proviene de una secuencia de actos y permisos que encuentran en esas actuaciones su fundamento. En relación con lo anterior, constan en el expediente número DAJ - 0 5 9 - 0 8 y en el Plan de Gestión Ambiental (todos analizados de previo a la declaratoria) los beneficios del proyecto en relación con los costos ambientales. Los primeros en términos de capacitación, tributos para las Administraciones Públicas en beneficio de toda la sociedad, trabajo (directo e indirecto) a pobladores, convenios institucionales..."** (El resaltado es nuestro)*

Al expediente del amparo se apersona también la empresa desarrolladora y esta, por medio de su representante, expuso una serie de argumentos que fueron resumidos de la siguiente manera por los magistrados

en la sentencia: "... según las Certificaciones emitidas por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, por medio de la Oficina de Atención al Usuario, el 26 de mayo del 2005, las propiedades se ubican fuera de cualquier Área Silvestre Protegida, sea cual sea su categoría de manejo administrada. Tampoco existe ninguna restricción o limitación a estas propiedades anotada en el Registro Nacional, que permita suponer que están dentro del patrimonio natural del Estado. No tiene fundamento el recurrente cuando afirma que el proyecto causará perjuicios a los 200 metros de la zona marítimo terrestre y que afectará los mantos acuíferos, por cuanto, conforme se observa en el punto 11 "Evaluación de Impactos y Medidas Correctivas, i. Metodología para la valoración de impactos, páginas 170 a la 206 del Estudio de Impacto Ambiental, los eventuales impactos que producirá el proyecto, fueron clasificados entre moderados o irrelevantes, y de los 26 elementos valorados (geología, geomorfología, suelos, erosión y arrastre de sedimentos, clima hidrología, aguas superficiales continentales, aguas superficiales corrientes, mareas, aguas subterráneas, calidad del aire, amenazas naturales, ambiente terrestre, ambiente acuático, ambiente costero, comunidades coralinas, uso actual de la tierra, tenencia de la tierra, características de la población, seguridad vial, servicios de emergencia disponibles, servicios básicos disponibles, percepción local, infraestructura comunal, paisaje, desechos sólidos y líquidos y caminos), **sólo en la fase constructiva, que es temporal, el elemento suelo fue clasificado como severo, por los cambios que se podrían dar con ocasión del ingreso de maquinaria, el terráceo para las edificaciones, actividades de corte y relleno, remoción de cobertura, para**

lo cual, tomando como base los estudios geológicos y geotécnicos realizados por la empresa PCH, S.A., se propusieron una serie de medidas y compromisos ambientales, que buscan disminuir dichos impactos y en otros casos prevenirlos, que se pueden observar en el Plan de Gestión Ambiental y en la Declaración Jurada de Compromisos Ambientales, aprobados por la SETENA..." (El resaltado es nuestro)

El amparo finalmente fue declarado sin lugar, argumentándose por los altos jueces que ellos no podían ser contralores de legalidad, pero lo que se señaló al interponerse el amparo fue que lo resuelto por SETENA no podía ser la metodología necesaria, suficiente y única para tener por cumplidos los requisitos de saltarse la excepción que significa hacer una tala rasa en bosques en propiedad privada.

Acá debemos destacar también que el énfasis, al parecer, es que todo el proyecto se debía hacer para dar trabajo y claro que ello es importantísimo, pero no puede ser la única propuesta para eliminar bosques y afectar áreas de protección de ríos y quebradas. Recordemos que los turistas vienen en gran número a este Estado a hacer ecoturismo, asunto que no se complementa con canchas de golf o tenis. Además, partiendo del último reducto de bosque tropical seco que existe ahí, es claro que una opción viable sería hacer una infraestructura amigable con el ambiente sin eliminar 65 hectáreas de bosque.

Tengamos muy en cuenta dentro de todo ello que primó la visión antropocéntrica, puesto que los magistrados señalaron en la sentencia: "IV.- **SOBRE LOS ARTÍCULOS 19 INCISO B) Y 34 DE LA LEY FORESTAL NÚMERO 7575.** Este Tribunal Constitucional,

ya se había abocado al conocimiento de la normalización emanada de los ordinales de cita, en cuanto al privilegio concedido al Estado para la declaratoria de conveniencias nacionales – ver resolución número 2006-17126 de las quince horas con cinco minutos del veintiocho de noviembre de dos mil seis -. En consonancia con lo expuesto, se entendió que esas reglas combinaban la conservación de los bosques, con las necesidades de la promoción y fomento económico y social de la población, a través de infraestructura de interés público, todo ello, en respeto de la obligación del Estado de proteger el ambiente, y de fungir como el garante de su tutela y de los recursos naturales...” y esa resolución 2006-17126 dice: “Por último, es necesario considerar que la posibilidad de cambio del uso de suelo de los inmuebles particulares que han sido afectados previamente para la preservación del recurso forestal, se sustenta en que, según se había indicado anteriormente (Considerando V.- de esta sentencia), el concepto del desarrollo sostenible se incorpora al contenido de la debida tutela ambiental; con lo cual, es no sólo posible sino necesario el fomento del desarrollo económico y social de la población –en cumplimiento del precepto contenido en el primer párrafo del artículo 50 constitucional (que enuncia “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”)...”.

Véase que para los efectos de este caso se llegó a concluir que con el estudio de impacto ambiental aprobado por la SETENA era suficiente para tenerse por cumplidos los requisitos en cuanto a los estudios; además, destacamos que los recurridos llegaron a admitir que el cambio de uso del suelo era un impacto negativo severo, pero disminuyeron

el efecto de esas palabras, diciendo que esto sólo se daría por un tiempo. Pero la pregunta que los magistrados nunca se hicieron fue: ¿lo “severo” que dicen los proyectistas es un daño reversible, o no?

Recordemos que para este caso hablamos de la eliminación de un bosque de 65 hectáreas con sus respectivas quebradas, afectación de sitios de recarga acuífera, mantos acuíferos y demás, para hacer 300 habitaciones, canchas de golf y tenis.

Por otro lado, resulta también toda una paradoja, cuando se lee que la empresa propuso que a cambio del impacto negativo al ambiente, apoyarían una campaña de reto a que sembrás un árbol, o que participarían aleccionando a la población para presentar denuncias ambientales, puesto que la obra en sí es denunciante, dado que su decreto de conveniencia nacional, tiene sus falencias en cuanto al motivo del acto administrativo.

Acá se está ante situaciones sumamente complejas, pues la lógica que lleva es la que primero talo lo que ha tardado cientos de años en crecer en armonía y equilibrio y luego busco dónde sembrar un jardín que no afecte lo edificado, o los “sitios de esparcimiento” para deportes que ni siquiera conllevan a hacer ecoturismo y exigentes de mucha agua pura. Ni incluso, el pago de impuestos municipales, o nacionales fueron relacionados y comparados, para ponderar los beneficios o perjuicios y se llegó al extremo de que las Autoridades señalaron que todo ello era viable y estaba a discreción de los funcionarios la toma de decisiones. En este ejemplo expuesto se aprecia que se violentó el principio de progresividad, junto con el de tutela científica, al haber declarado sin lugar la acción por parte de los magistrados.

Es claro, que tomar como válido y relevante el argumento de que se contaba “agua propia” como una medida paliativa a los daños ambientales que se pueden generar, rompe la lógica que está envuelta en el numeral 50 constitucional, puesto que no se relacionó ello con los posibles efectos de una contaminación por intrusión salina del manto acuífero dado que el proyecto se realizará en una pequeña saliente de tierra, rodeada por mar. Los magistrados constitucionales debieron de haber exigido más allá que los estudios de los permisos ambientales, puesto que ello, sí estaba dentro de sus potestades, pero al no hacerlo y limitarse a decir que la ponderación de lo aportado era técnico y complejo, evadieron responsabilidades bajo la lógica de la supuesta generación de trabajo, por sobre otros bienes jurídicos, que pertenecen a generaciones que aún no han nacido y esto es irracional y alejado de un desarrollo sustentable inclusivo.

Finalmente, debemos recordar que los decretos de conveniencia nacional, son instrumentos jurídicos que están expresamente dirigidos a permitir lograr talas en bosques privados tal y como hemos visto, pero en este caso se llegó al extremo de que vía éste instrumento se dispuso expresamente, en el punto número cuatro del texto que sale publicado en el diario oficial,³⁰ que todas las oficinas del Estado, e incluso la municipalidad respectivas deberían dar una especie de apoyo para que el proyecto se concrete. Lo anterior, desde el punto de vista técnico y desde la naturaleza jurídica de estos decretos, lo cual es algo que tiende

a generar una especie de directriz y halo de protección, que no debiera ser y que va evidentemente dirigida al inconsciente de los funcionarios, para que no puedan objetar ninguna licencia. Esto no es otra cosa que un eslabón, que busca una orquestación de voluntades, perteneciente al paradigma antropocéntrico y que a todas luces nos parece incorrecto.

Caso 3: Proyecto hidroeléctrico Diquís.

Este proyecto está pensado como una mega obra. Pertenece al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y se ubicaría en la zona sur de Costa Rica. El decreto de conveniencia nacional es el número N° 34312 publicado en La Gaceta del 13 de febrero del 2008 y se denomina: “Declaratoria de Conveniencia Nacional e Interés Público los estudios y las obras del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís y sus obras de transmisión, en adelante el Proyecto, las que serán construidas por el Instituto Costarricense de Electricidad”

En los considerandos se señala:

“IV.—Que los proyectos desarrollados por el ICE deben estar precedidos de procesos participativos de negociación y consulta, a fin de establecer puntos de concertación con las diferentes comunidades involucradas en el desarrollo de sus proyectos y de garantizar que las necesidades energéticas del país se satisfagan en armonía con el ambiente. VIII.—Que en la fase de pre ejecución -finalización de estudios y diseño final de las obras- y durante la fase constructiva del

³⁰ “4°—Las distintas instancias del MINAE, del Estado y los gobiernos locales, tomarán en cuenta esta declaratoria en las diferentes solicitudes, trámites y autorizaciones que gestione la empresa desarrolladora responsable del proyecto, en concurso con sus contratistas, para el adecuado desarrollo del mismo...”

proyecto se requiere de la corta focalizada de especies arbóreas declaradas en veda; además se requiere recolectar, extraer y reubicar fauna y especies vegetales menores tales como: orquídeas, herbáceas, bromelias, helechos arborescentes, bambúes silvestres, arbustos, bejucos, principalmente, para fines de investigación científica... IX.—Que los artículos 19 inciso b) y 34 de la Ley Forestal N° 7575 prohíben el cambio de uso de suelo y la corta de árboles en terrenos cubiertos de bosque y en áreas de protección, exceptuando aquellos proyectos estatales o privados que el Poder Ejecutivo declare de Conveniencia Nacional, sean los proyectos cuyos beneficios sociales sean mayores a los costos socio ambientales...”

Sobre esta declaratoria se comentarán dos aspectos que son muy graves, el primero es sobre el estudio de impacto ambiental y el segundo sobre la participación de pueblos originarios.

Sobre el primero de ellos, téngase presente que este decreto señala en su artículo sexto: *“Artículo 6°— La Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) brindará un tratamiento prioritario y expedito a los trámites para la determinación de la viabilidad ambiental del Proyecto...”*

Tal y como se ha hecho hincapié, para la emisión de uno de estos decretos es fundamental tener entre los diferentes estudios, la viabilidad o licencia ambiental aprobada, pero como ha quedado de manifiesto, para este caso particular, estamos ante un flagrante caso de violación al principio de tutela científica, puesto que

se dispuso por el Poder Ejecutivo autorizar la tala rasa y el permiso de afectación de quebradas y ríos sin que ni siquiera existiera aprobada la respectiva evaluación de impacto ambiental del proyecto. Y si tomáramos la reiterada jurisprudencia constitucional, que al menos pide que exista una valoración de SETENA aprobada tenemos que se podría estar violentando el principio de no regresión, puesto que si bien en varios votos constitucionales se remite a revisar las eventuales regresiones a la vía de la legalidad por considerarse aspectos técnicos, es nuestro criterio que esa especie de muro competencial sí estaba dentro del rango de posibilidades que estos operadores de justicia tenían, amén de que existe jurisprudencia protectora de los bosques dictada en otros momentos.

Pero el asunto trasciende todo ello, ya que expresamente como se vio, en el “considerando” cuarto se dijo que se debía establecer previamente a cualquier gestión etapas participativas, pero en el caso en concreto el ICE procedió a introducirse a territorios indígenas (Reserva Indígena de Térraba de Buenos Aires de Puntarenas) para abrir túneles en las montañas y a afectar quebradas y ríos sin haber hecho los respectivos procesos sociales y ello por supuesto que fue cuestionado ante la Sala Constitucional, pero los magistrados ahora, ya sin considerar que no existe ni siquiera un estudio de impacto ambiental aprobado, declaran sin lugar la acción de inconstitucionalidad presentada³¹ en lo que respecta a la valoración ambiental previa y dispusieron que el decreto se mantenía incólume mediante voto 2011-012975, pero

31 Expediente Número 08-009215-0007-CO.

que se debía consultar a pueblos indígenas conforme lo obliga la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo que ha sido ratificada por Costa Rica. Para ello se le dio al Estado 6 meses para hacerlo, pero a este año 2016, se sigue en espera. Un aspecto relativamente positivo es que los trabajadores del ICE al menos abandonaron los territorios indígenas, sin embargo, a nuestro criterio, al seguir trabajando fuera se percibe como una actitud de prepotencia, en el sentido de que los pueblos originarios, que no están de acuerdo con el proyecto, toman ello como que la represa irá sea contra viento y marea.

Un aspecto destacable y a tener presente, es que existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los indígenas Saramaka³² v. Surinam, donde el 2007 se dispuso, en una situación similar, que ese Estado sudamericano no debía hacer una simple consulta, sino que se debía hacer una votación donde se definiera si el proyecto se construía, o no, en sus territorios.

Es decir, a pesar de que el asunto ha sido elevado ante los altos magistrados, se está a la fecha con interpretaciones un tanto antojadizas sobre lo que debería ser el balance de los beneficios socioambientales, versus los sociales, que se deberían ponderar en los decretos de conveniencia nacional.

Obsérvese también que dentro del nombre, al igual que en caso Crucitas, se emitió una declaratoria de interés público, pero como se

advirtió, ello no tiene relación con el las de conveniencia nacional que son totalmente específicas para lograr un auto final que autorice la eliminación de la biodiversidad.

Caso 4: Refinadora de Moín.

En octubre del 2012 la SETENA autoriza el permiso ambiental para hacer una refinería de petróleo en la provincia de Limón, caribe costarricense. Para ello, previo a la emisión de la licencia, la oficina ambiental le exige a la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), que es el proyectista, que aporte un anexo cumpliendo una serie de requisitos y entre ellos le señala que como se debe talar un bosque, gestione una declaratoria de conveniencia nacional.

Asimismo, desde la SETENA se le había dicho que tenía que justificar, con un estudio, el costo beneficio del proyecto. Los proyectistas para cumplir con lo anterior, aportan un análisis del financiero elaborado en el 2011 y mezclan a su vez ello con el Decreto Ejecutivo No. 32908 - MINAE firmado el 24 de febrero del 2006.

Llama la atención que institucionalmente se valida todo, hasta un decreto de conveniencia nacional emitido muchos años antes del proyecto.

La lógica, en principio es que para emitir una declaratoria de conveniencia nacional el primer requisito que debe cumplirse es tener aprobado el permiso ambiental y

³² La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió: "El Tribunal enfatiza que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones"

luego tendrían que existir los estudios que determinen que lo social está por sobre lo socio ambiental, pero en este caso, la SETENA exigió un decreto, sin existir la licencia y por ello es que los proyectistas buscan una emitida varios años en el pasado, para dejar solventada la extraña lógica y esto lo que nos confirma es que en Costa Rica existe una gran nebulosa jurídica en esta materia.

El decreto aportado por los proyectistas no dice en ninguna sección para qué proyecto se está emitiendo y habla de planes relacionados con importación, refinación, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos, pero no habla de la construcción, ni de remodelación de la nueva obra.

Entonces, basándose en este decreto, la SETENA da autorización a RECOPE para que tale el bosque y se haga un cambio ilegal de uso del suelo que está cercano a la refinería ya existente en Moín, Limón. Situación ésta que evidencia claramente transgresiones al principio de objetivación, puesto que el motivo del acto, no es congruente, ni relacionado, ni cumple lo previsto en la LGAP. Asimismo, tenemos que existe una violación al principio de progresividad en el tanto que en lugar de mejorar las calificaciones y valoraciones ambientales para otorgar los permisos, más bien, vemos serios retrocesos que perjudican la biodiversidad para facilitar las licencias.

5. Conclusiones.

Resumiendo lo anterior, podemos emitir las siguientes ideas finales:

Los decretos de conveniencia nacional, son legales, pero en su gestión, al materializarse

por parte de las Administraciones Públicas sin estudios objetivos, más allá que las licencias ambientales -que a su vez han sido deficientes, como vimos- han hecho que se transgredan varios principios del derecho al desarrollo sustentable, tales como el de objetivación y progresividad principalmente, por citar algunos.

Es evidente y lamentable, que la óptica antropocéntrica, que a su vez es economicista, ha llevado a que incluso, algunos jueces irresponsables, valoren muy superficialmente el contenido de los decretos de conveniencia, llegando al extremo de ratificar y perpetuar abusos que jamás debieron ser autorizados y esto ha sido nefasto para la biodiversidad, que ha visto caer cientos de hectáreas de vida, sin que la justicia haga lo propio.

A nuestro modo de entender, no han existido siquiera principios ético/ambientales, ni de parte de funcionarios públicos, ni de políticos, o jueces, que al final han orquestado voluntades y dejado de lado las normas básicas de la hermenéutica jurídica, para que diferentes proyectos se materialicen, sin pensar en que existe un mañana, ni la significancia de la responsabilidad intra y extra generacional que ellos tienen y por esto, a nuestro modo de ver lo ocurrido, es que creemos que es obligatorio que quienes ocupan cargos en las Administraciones Públicas, o el Poder Judicial, comiencen observar el Ordenamiento Jurídico con una visión integral como los obliga la aplicación de normas expresas y lo que disponen integralmente los principios del derecho ambiental que son los bastones necesarios para caminar por este alambicado mundo.

Es lamentable, que los magistrados constitucionales no exigieran al Poder Ejecutivo a reglamentar cuáles eran los instrumentos necesarios para poder hacer las talas rasas, puesto que ello ha permitido el que se repliquen errores muy serios en desprotección a la biodiversidad.

A pesar de lo anterior, se podría afirmar, que si se mesurara la significancia de una tala rasa, donde además se eliminan áreas de protección de ríos y se ponderara ello de forma integral, con lo dicen nuestras normas, consideramos que los que toman las decisiones, tanto en sede administrativa, como judicial, deberían tener claro que cuando la Ley Forestal señala que: *“El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados”*, se debería ver que el espíritu de esa frase, los responsabiliza a trascender la simple valoración ambiental de la SETENA para un proyecto, puesto que debería operar el principio de tutela científica, que con su aplicación correcta, elimina la discrecionalidad y la subjetividad y por ende obliga a acudir a los criterios de la ciencia y la técnica para poder autorizarse un decreto de este tipo. Pero lamentablemente ello no ocurre, puesto que en la práctica y por errada, así como perversa costumbre, se presume que cuando se pasa por el tamiz de SETENA, todo quedó solventado; pero olvidan que una cosa es el permiso ambiental del proyecto determinado y limitado en el terreno y otra, la autorización para hacer una excepción, a la

obligatoriedad de no eliminar los bosques en Costa Rica y por todo ello, es que acá hemos tratado de echar luz para buscar un cambio de criterio que permita enrumbar este asunto a un encuadre con desarrollo sustentable, con enfoque biocéntrico.

6. Bibliografía.

Combe, J y Gerald, M. 1979. Guía de campo de los ensayos forestales del Catie. Catie. Costa Rica.

Jiménez, Q. 1993. Árboles maderables en peligro de extinción en Costa Rica. Editorial Incafo Costa Rica S.A. Costa Rica.

Ovares, R. 2015. Los decretos de conveniencia nacional y la interrogante sobre los instrumentos utilizados por el Poder Ejecutivo previo a su declaratoria. Tesis para optar al grado de maestro en Derecho Ambiental Universidad de Costa Rica.

Sagot, A. 2015. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Septiembre, 2015. El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. Visible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/publicaciones02_117.html

Sagot, A. 2014. “El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional”. Editorial Juricentro. Costa Rica.