

29 de agosto 2022

**Sr. Rodrigo Arias Sánchez**  
**Presidente**  
**Asamblea Legislativa, Republica de Costa Rica**

Estimado señor:

Sirva la presente para comunicarle, con la mayor consideración de nuestra parte, y en correspondencia con el mandato del artículo 145 inciso 2 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, que se ha presentado el día de hoy una consulta facultativa de constitucionalidad al expediente número 22392 titulado LEY PARA LA PROMOCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA ECONOMÍA DE HIDRÓGENO VERDE EN COSTA RICA, de la que se adjunta copia recibida por la Sala Constitucional, con número de expediente 22-019096-0007.

Cordialmente,

Kattia Cambronero Aguiluz  
Sub-Jefa de Fracción  
Partido Liberal Progresista





22-019096-0007

## CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD

### PROYECTO DEL LEY #22.392 "LEY PARA LA PROMOCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA ECONOMÍA DE HIDRÓGENO VERDE EN COSTA RICA"

#### Señores Magistrados Sala Constitucional:

Los suscritos, en nuestra condición de Diputados de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para el período constitucional 2022-2026, con fundamento en los artículos 96 inciso b) y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, respetuosamente formulamos, de manera irrevocable, la presente CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD sobre el proyecto 22.392 "LEY PARA LA PROMOCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA ECONOMÍA DE HIDRÓGENO VERDE EN COSTA RICA"

#### I. IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO CONSULTADO

Con fundamento en los artículos 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, formulamos en forma irrevocable consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente #22.392 "LEY PARA LA PROMOCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA ECONOMÍA DE HIDRÓGENO VERDE EN COSTA RICA"

#### II. ANTECEDENTES DE LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

- a) Esta iniciativa legislativa fue presentada el 04 de febrero del 2021 por el diputado Erwen Masis Castro, fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta No 33, del 17 de febrero del 2021. Fue asignado a la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales.
- b) Ingresó al orden del día de la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales el 09 de marzo del 2021.
- c) El 30 de junio de 2021 se emite el informe jurídico AL-DEST-IIN-028-2021 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos.
- d) Tanto el texto original como los dos textos sustitutivos se enviaron a consulta a las siguientes instituciones:
  - Municipalidades del País
  - Contraloría General de la República (CGR)
  - Compañía Nacional de Fuerza y Luz
  - Cámara de Empresas de Distribución de Energía y Telecomunicaciones
  - Ad Astra Rocket Company, CR
  - Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica
  - Academia Nacional de Ciencias de Costa Rica

- Fábrica Nacional de Licores
  - Concejo Nacional de la Producción
  - Cámara de Comercio e Industria de Costa Rica /Alemana
  - Dirección General de Migración y Extranjería
  - Ministerio de Ciencia y Tecnología
  - Refinadora Costarricense de Petróleo (Recope)
  - Ministerio de Hacienda
  - Secretaria Técnica Ambiental (Setena)
  - Bancos Estatales
  - Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep)
  - Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
  - Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)
  - Universidades Estatales
- e) Se recibió en audiencia a las siguientes Instituciones para se refirieran al proyecto:
- Rolando Castro Córdoba, Viceministro de Energía
  - William Villalobos Herrera, Director Ejecutivo de Core Regulatorio
  - Edgar Rivera Araya, Coordinador de Alianza por el Hidrógeno
  - Franklin ChanG Diaz, Ad Astra Rocket Company, CR
  - Academia Nacional de Ciencias de Costa Rica
- f) El 03 de noviembre de 2021 se aprobó texto sustitutivo, moción de consulta y publicación.
- g) En fecha 01 de diciembre de 2021 se aprobó el informe de subcomisión.
- h) El 01 de diciembre de 2021 se aprueba un nuevo texto sustitutivo en la Comisión de Asuntos Agropecuarios.
- i) El 01 de diciembre de 2021 se aprueba por el fondo el expediente # 22.392 la Comisión de Asuntos Agropecuarios.
- j) El 24 de diciembre del 2021 ingreso en el orden del día del Plenario Legislativo.
- k) Se aprueba en primer debate el 21 de abril del 2022.
- l) Se inicia la discusión en segundo debate el 23 de agosto del 2022.

### III.- LAS POSIBLE VIOLACIONES CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO CONSULTADO

La iniciativa consultada propone crear una ley marco que permitiría la industrialización y el aprovechamiento del hidrógeno verde como una energía limpia.

Así lo dispone en la exposición de motivos:

*“El presente proyecto busca formas para promover el desarrollo económico del país mediante la consolidación de una industria que se encuentra en pleno auge global, con potencial de llegar a convertirse en una de las principales industrias a nivel mundial. Solo en Europa se calcula que la inversión en hidrógeno para el año 2050 será de USD11 trillones de dólares, sin contar con los subsidios calculados en USD150 billones de dólares. Sin considerar estas inversiones a largo plazo, actualmente existen cerca de USD90 billones de dólares en inversiones para la producción de hidrógeno (de las tres categorías, verde (electrólisis), azul (producido con gas natural) y gris (producido con petróleo). Para el año 2020, el total de toneladas producidas llegó a aproximadamente 71 millones de toneladas, las proyecciones para el 2030 establecen como potencial demanda cerca de 160 millones de toneladas, considerando el giro que están tomando las empresas hacia una economía descarbonizada donde el hidrógeno verde es la columna vertebral.*

*De esta manera, vemos que se ofrece al país la oportunidad de generar espacios de innovación, potenciar el crecimiento y el empleo local, así como crear nuevas empresas de impacto social y ambiental, sacando provecho de la oportunidad única para desarrollar una industria competitiva de hidrógeno verde que a partir de electricidad producida con recursos limpios y renovables de bajo costo permitirá producir un vector energético de uso local y de potencial exportación regional, impulsando una economía sustentable y limpia en torno a esta actividad. Y más allá del hidrógeno como vector energético están los usos que se le pueden dar al hidrógeno en las industrias metalúrgicas, químicas, petroquímicas, que en sí forman sectores de demanda para la producción del hidrógeno, ya sea en el país, o en mercados de exportación. Sabemos que una economía circular con energía renovable es el camino, ya que históricamente, en Costa Rica no se ha logrado sacar provecho de las riquezas minerales con las que cuenta el país, no se ha logrado producir combustibles fósiles y nos hemos visto obligados a importar esta energía. El surgimiento del hidrógeno verde a nivel global nos permite impulsar una descarbonización profunda en Costa Rica, meta que ha sido planteada en el pasado y aprovechar para ayudar a la reactivación económica, por medio de inversión extranjera directa e inversión nacional, generando creación de empleos directos e indirectos.”*

La propuesta de ley define como hidrógeno verde el hidrógeno producido en Costa Rica por electrólisis del agua a partir de electricidad proveniente de fuentes renovables, mediante un proceso que no emite dióxido de carbono y transforma el agua en moléculas de gases de hidrógeno y oxígeno.

Para ello se propone declarar de utilidad pública el uso de esta energía. Confiere la rectoría de la actividad industrial del hidrógeno verde al Minae y autoriza la colaboración de los gobiernos locales para que otorguen el no pago de tasas y cánones a las personas físicas o jurídicas que incorporen la actividad en su territorio, por el tiempo que consideren pertinente.

En el artículo 1 del actual texto del proyecto de cita, se dispone lo siguiente:

*Artículo 1:- Fomentar el desarrollo de una economía nacional de hidrógeno verde, que sea fuente de generación de empleos, apalancar la economía verde, la creación de emprendimientos y encadenamientos productivos, así como establecer los lineamientos de promoción, técnicos, operativos y de seguridad para esta actividad.*

Al igual que la norma de cita, el articulado del proyecto, aquí consultado menciona las bondades de los beneficios de la utilización del hidrógeno verde, no obstante, tal y como como una fuente de energía renovable de alto potencial; promueve su avance mediante la promoción de incentivos económicos y rectoría del Ministerio del Ambiente y Energía. Sin embargo, falta situar esta fuente en una matriz energética general; la cual ubique al hidrógeno verde como una de las fuentes de energía renovable y por lo tanto dentro de un plan de desarrollo de dicha energía.

Sobre este punto, -un plan de desarrollo del hidrógeno verde-; el proyecto de ley no contiene o remite a estudios económicos que valore el costo de producción del hidrógeno para poner en operación una planta de mediana o gran producción.

Tampoco se presenta un estudio técnico con un análisis comparativo entre la producción hidroeléctrica; eólica o solar, frente al hidrógeno, y una ponderación del costo de producción del primer año y una proyección a cinco o diez años, de manera que el legislador pueda ponderar si los gastos bajan de acuerdo con el aumento de la demanda o bien, se pueda determinar si se produce un beneficio económico al consumidor.<sup>1</sup>

La iniciativa de ley como se señaló en líneas atrás se enmarca en los beneficios fiscales mediante exoneraciones y la contratación de personal extranjero, pero no incluye el tema de financiamiento de los estudios de factibilidad o bien la posibilidad de financiamiento mediante la banca nacional o internacional para la instalación de plantas de hidrógeno verde.

Aunado a lo anterior es importante destacar que el hidrógeno verde al ser una energía, requiere de normas de funcionamiento, producción, abastecimiento, transporte y distribución de energía de las plantas de producción, las cuales pueden ser de naturaleza legal o bien, de naturaleza reglamentaria. En todo caso, esto debe fijarse con fundamento en las recomendaciones científicas especializadas dispuestas en estudios técnicos que lo sustenten y otorguen la razonabilidad técnica necesaria, estudios están ausentes en este proyecto y por ello se consulta al honorable Tribunal la ausencia de estos estudios en el proyecto de ley de marras.

En el mismo sentido se refirió la Contraloría General del República al ser consultada con respecto a la iniciativa de cita, mediante el oficio número 2021 DFOE-SOS-0494 del 3 de diciembre del 2021 señaló lo siguiente: “ Sin embargo, no se menciona en la exposición de motivos del proyecto de ley, algún estudio demostrativo de que la industria del hidrógeno

---

<sup>1</sup> Informe del Departamento de Servicios Técnicos, número AL- DEST- IIN-028-2021 , informe integrado (jurídico-socioambiental) elaborado por: Yamil Chacón Murillo, Ruth Ramírez Corella, asesores parlamentarios.

verde como vector y energía potencial es viable desde el punto de vista técnico-científico, y de rentabilidad económica; pues si bien refiere a la experiencia positiva de otros países y al aprovechamiento del potencial y la capacidad instalada de generación hidroeléctrica del país, esta forma novedosa de producción carece de ese respaldo que asegure razonablemente la viabilidad de la propuesta y de estimación de los beneficios de la denominada economía verde, tales como la generación de empleo, creación de emprendimientos y encadenamientos productivos. ( el resaltado no es parte del original)

En similar sentido la Cámara De Empresas Distribuidoras De Energía Y Telecomunicaciones (CEDET), sobre el proyecto de marras manifestó indicando que la carencia de fuentes y datos que le den sustento económico a la propuesta, sometiendo a valoración los siguientes aspectos: Considerar la correlación entre inversión en Electrolisis y descarbonización, aumento del PIB y cantidad de empleos a generar con datos que sustenten esas perspectivas.

La Academia Nacional De Ciencias (ANC), en respuesta al proyecto, de manera elocuente señala de importancia lo siguiente:

- No se hace un análisis de mercado sobre qué demanda y/o aplicaciones absorberían el hidrógeno supuestamente producido.
- No se habla de los costes de explotación, de los posibles precios de producción de la nueva materia prima, ni de las tasas de retorno del capital invertido.
- No se halla justificación económica alguna de los supuestos beneficios del “proyecto”.
- No hay ningún detalle técnico sobre los electrolizadores a ser usados.
- No hay previsión concreta cualitativa ni cuantitativa sobre otros equipos necesarios, ni sobre los riesgos mencionados .
- No se menciona un ecosistema industrial en que el “hidrógeno verde” se insertaría.
- No cuantifican las emisiones de gas carbónico supuestamente evitadas.
- Frente a un reto tecnológico de gran magnitud, no se detalla relación alguna con centros de investigación del país, típicamente asentados en las universidades públicas. Ni tampoco del exterior. ( el resaltado no es parte del original)

Por lo expuesto anteriormente se consulta la constitucionalidad del proyecto en su totalidad ante la ausencia de estudios técnicos que determinen su: necesidad, viabilidad y aplicación, esto por la posible lesión de:

A.-La violación del principio constitucional de razonabilidad técnica

a.- Los objetivos de las leyes

En la sociedad moderna, las leyes se dictan en puridad de principios, para resolver problemas actuales o prevenir los futuros. En otros casos, se trata de reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales e incentivar el avance económico, social, tecnológico y cultural de la sociedad.

Por ello, todas aquellas leyes que no persigan alguno de esos objetivos se consideran contrarias al principio de libertad jurídica consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, dado que la labor legislativa del Estado es siempre subsidiaria de la acción privada, por lo que sólo debe legislarse cuando sea imperativo satisfacer un interés público fundamental.

Sin embargo, hay casos en que, además de satisfacer una necesidad colectiva, la regulación de la respectiva materia requiere que se haga de manera técnica, pues de lo contrario la respectiva normativa incurriría en violación del principio constitucional de razonabilidad y, por ende, sería contraria al interés público.

b.- Los alcances del principio constitucional de razonabilidad técnica y objetivación de la tutela ambiental.

La jurisprudencia de esa Sala Constitucional ha establecido claramente que las leyes, para ser constitucionalmente válidas, deben ser técnicamente razonables.

Dentro de este orden de ideas, ha sostenido que “En el sentido estricto la razonabilidad equivale a justicia, así, por ejemplo, una ley que establezca prestaciones científicas o técnicamente disparatadas, sería una ley técnicamente irracional o irrazonable, y por ello, sería jurídicamente irrazonable. En este sentido cabe advertir que no es lo mismo decir que un acto es razonable, a que un acto no es irrazonable, por cuanto la razonabilidad es un punto dentro de una franja de postulados u opciones, teniendo un límite hacia arriba y otro hacia abajo, fuera de los cuales la escogencia resulta irrazonable, en razón del exceso o por defecto, respectivamente” (Voto 8724-97) (el resaltado no es parte del original)

En consecuencia, las leyes y, en general todos los actos públicos, o incluso los privados, como requisito para su propia validez constitucional, deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella el cual implica, a su vez el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

El principio constitucional de razonabilidad exige que las leyes deban también ajustarse a estrictos parámetros técnicos, pues de lo contrario podrían lesionar los derechos fundamentales de los administrados, así como perjudicar el accionar de la sociedad en conjunto. Por ello, puede afirmarse que frente a la técnica no hay discrecionalidad, pues como decía nuestro ilustre jurista Eduardo Ortiz “La Administración, como se dijo, carece de la potestad de hacer empíricamente lo que debe hacer técnicamente”<sup>2</sup> Dicha afirmación del profesor Ortiz también se aplica a la elaboración de las leyes, dado que los parámetros

---

<sup>2</sup> ORTIZ EDUARDO, Tesis de Derecho Administrativo, San José, 1998, Tomo I, página 61).

técnicos son de acatamiento obligatorio. Si la técnica indica que sólo una decisión es posible, resulta obligada su adopción y desaparece la discrecionalidad, incluida la del legislador.

Bajo la anterior inteligencia, el artículo 16 de la LGAP establece un principio general de derecho, extrapolable también al ámbito de las leyes, en el sentido de que no pueden dictarse actos ni aprobarse leyes contrarias a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica en tanto el artículo 160 del mismo cuerpo normativo dispone que el acto discrecional será inválido. En igual sentido la sentencia número 14293-2005 de la Sala Constitucional señaló que el principio de objetivación de la tutela ambiental es un derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública y 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 –tanto legales como reglamentarias–, 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.

Si bien no podemos dejar de lado el objetivo ensalzable de la iniciativa de marras, la cual pretende disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero e incrementar la electrificación de la economía para aprovechar el potencial renovable del Sistema Eléctrico Nacional, es bajo este propósito tan importante, imprescindibles los estudios técnicos que configuren la hoja de ruta hacia la consecución de dicho objetivo, pues no hacerlo de esta manera, equivaldría a desincentivar inversiones que lleven al país en la dirección contraria o puedan más bien retrasar los propósitos perseguidos con la promulgación de una ley marco que regule el sistema energético sin una visión prospectiva y no al azar como se pretende.

Por lo que sin el sustento técnico esta iniciativa sería contraria a los principios ampliamente expuestos en el presente apartado.

#### IV. CONSULTA SOBRE LA POSIBLE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 Y 24 DEL PROYECTO # 22392 POR LA POSIBLE LESIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DEL PATRIMONIO PRIVADO (ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA).

El artículo 3 de la iniciativa de marras, contiene una serie de definiciones para la implementación del proyecto de ley, de las cuales sobresale la que define el Sistema Nacional de Combustible (SNC) como: conjunto de instalaciones y equipos especializados que, de forma interrelacionada, permiten abastecer de manera continua las necesidades del mercado nacional de combustibles derivados del petróleo, de una forma eficiente, segura y con cuidado del ambiente.

De acuerdo a la anterior redacción se estaría incluyendo a los comercios privados de expendio de combustible, lo cual relacionado con el artículo 24 del mismo proyecto mediante el cual se autoriza a RECOPE para utilizar este sistema, podría ser contrario al artículo 45 Constitucional, debido a que daría pie a interpretarse, que al tener acceso

Recope a dicho sistema el cual en su redacción estaría incluyendo las gasolineras privadas, equivaldría en poner a disposición de esta institución los bienes de carácter privado.

El derecho a la propiedad se encuentra reconocido en el artículo 45 Constitucional, así como por diversos tratados internacionales adoptados por Costa Rica. La declaración de los derechos Humanos, en el artículo 17 considera que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectiva y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) artículo 21 se refuerza los poderes otorgados a los propietarios sobre el uso y goce de los bienes, pero siempre subordinados a la ley.

La jurisprudencia nacional define el derecho de propiedad como: "...el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar de ella sin más limitaciones que las establecidas por la ley y el propietario, y conceptualizándose como facultades de uso, goce y disfrute del bien, por lo que toda limitación que traspase el límite del contenido normal significa expropiación."<sup>3</sup>

El ordinal 45 constitucional recoge el principio del intangibilidad del patrimonio privado conforme el cual el patrimonio- propiedad de los administrados no puede ser cercenado por las administraciones públicas a no ser que medie una causa de utilidad pública que justifique la expropiación previa indemnización o una limitación por interés social, impuesta por una ley reforzada (votada por los dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa)<sup>4</sup>

El titular tiene entonces el derecho al uso y goce de los bienes, los cuales ejerce en tres sistemas: Político, Económico y Social, estos tres puntos son indispensables y no se podría realizar uno con la ausencia del de otro, porque por cada movimiento entre ellos altera los demás, de allí que cualquier tipo de limitación en uno sólo de estos planos afecta en su totalidad el ejercicio pleno de este derecho.

En virtud de lo anterior la puesta a disposición de bienes privados en las normas de cita, conllevaría la posible lesión del artículo 45 constitucional, motivo de consulta en este apartado.

V. CONSULTA SOBRE LA POSIBLE VIOLACIÓN LESIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA, CLARIDAD Y NO CONFUSIÓN NORMATIVA, ASÍ COMO DE RAZONABILIDAD TÉCNICA, EQUILIBRIO FISCAL (ARTÍCULO 176 CONSTITUCIONAL) DE LOS ARTÍCULOS: 9, 10, 11, 12 , 13 Y 14 DEL PROYECTO #22392.

Estas normas regulan lo relacionado con los incentivos: beneficiarios, plazo de los incentivos, Incentivos para las actividades de producción y transformación de hidrógeno verde, Incentivos para las actividades de investigación, almacenamiento, transporte y uso final de hidrógeno

---

<sup>3</sup> Voto Sala Constitucional 3617-94

<sup>4</sup> JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Responsabilidad Administrativa.. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2005, p. 57).

verde, incentivos a los importadores, distribuidores y comercializadores y condiciones finales de bienes, equipos y maquinaria exonerados.

La normativa anterior debe ser consultada en virtud de la incerteza jurídica de la aplicación de los incentivos y exoneraciones establecidos, sobre todo en dos vías, la primera en el sentido de la vaguedad de su aplicación, es decir no se determina si estos (incentivos) se darán por una única vez y si las personas que se benefician con estos, pueden acceder en varias oportunidades o si es por una única vez, esto lesiona el principio de seguridad y certeza jurídica.

La seguridad jurídica otorga certeza en las distintas situaciones jurídicas en que las distintas personas del ordenamiento pueden encontrarse. Para evitar que dichas situaciones se desenvuelvan en condiciones de incerteza y se afecte la seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico arbitra también distintos mecanismos que permiten a las personas conocer cuál es su posición y darle certeza a las relaciones y posiciones de dichos sujetos.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha recogido la seguridad como valor fundamental del Estado Social de Derecho (así, en resoluciones números 5402- 94, 169-95 y 4192-95, entre otras). Y esa caracterización no es de extrañar, ya que la seguridad jurídica es una *conditio sine qua non* para el logro de otros valores constitucionales:

*“En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y, función del Derecho que ‘asegura’ la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales.”<sup>5</sup>*

Procedente del principio de seguridad se encuentran los principio de la claridad y no confusión normativa, la publicidad de las normas y sobre todo la irretroactividad de estas. El Derecho debe promover la certeza y ésta se afecta cuando la norma es confusa e impide al administrado conocer a qué debe atenerse o bien, si se le aplica retroactivamente incidiendo sobre situaciones consolidadas.

En general, una situación es susceptible de generar inseguridad jurídica cuando la persona no sabe a qué atenerse frente a normas jurídicas o conductas administrativas (*Véase al respecto, de la Sala Constitucional, la resolución N° 8390-97 de 16:21 hrs. del 9 de diciembre de 1997*).

Como segunda vía del presente apartado, es conveniente reiterar lo indicado por el Órgano Contralor: ...” en relación con otros proyectos de ley, sobre la necesidad de que las

---

<sup>5</sup> A, PÉREZ LUÑO: La Seguridad Jurídica, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1991, p.20.

propuestas de incentivos deban resultar de un análisis de costo beneficio, que incorpore los elementos técnicos necesarios para establecer su conveniencia y necesidad. Esto, con el fin de cuantificar su impacto en las finanzas públicas y en el cumplimiento de los objetivos ambientales que los justifican.”<sup>6</sup>

Es decir el otorgamiento de este tipo de incentivos de ninguna manera debe ser antojadizo, u ocurrente, debe obedecer a un respaldo técnico que determine su viabilidad. La función administrativa, la administración de justicia y la potestad de legislar, deben estar ajustadas al ordenamiento jurídico, y debe observarse que, en todas las actuaciones del Estado, no exista una extralimitación en el ejercicio de las competencias y potestades atribuidas por ley, para evitar el abuso y el exceso de poder.

El principio de razonabilidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Sobre todo, su importancia se destaca como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la Ley General de la Administración Pública, que no podrán dictarse actos administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 16, párrafo 1°, 158, párrafo 4° y 160). En materia de los elementos constitutivos de índole material-objetivo (motivo, contenido y fin), **debe existir una relación de proporcionalidad entre los mismos**, así para una falta disciplinaria específica de un funcionario –motivo- debe existir una sanción proporcionada –amonestación verbal o escrita, suspensión o destitución. En tal sentido, el artículo 132, párrafo 2°, de la LGAP establece que el contenido *“Deberá ser (...) proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados”*. En el terreno del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Tributario, el principio de proporcionalidad y razonabilidad es determinante para evitar sanciones o tributos desorbitados o desproporcionados.<sup>7</sup> (el resaltado no es propio del original), en este caso No tenemos certeza de que los incentivos dispuestos en las normas de cita sean suficientes o desproporcionados, esto en virtud de la ausencia de estudios técnicos que así lo definan.

Por otra parte es necesario no dejar de lado las implicaciones del ingreso de Costa Rica a la OCDE, aspecto que conmina a nuestro país a respetar las directrices de buena gestión política y económica, propuestas por el propio país. Es así como se debe buscar la sostenibilidad fiscal del país, de la manera como es analizada por la OCDE, incluyendo entre otras acciones la eliminación de exoneraciones fiscales, según se analiza en el documento “Nota de la OCDE sobre el nuevo plan fiscal de Costa Rica – 2021”. El documento se basa en el plan fiscal aprobado en 2018.

En consecuencia, cabe concluir que la normas consultadas podrían estar viciadas de inconstitucionalidad por estar ayunas de criterios técnicos que justifiquen razonablemente el otorgamiento de los incentivos de cita es decir ante la ausencia de análisis técnicos de la implicación de estos incentivos en las finanzas públicas y la invisible cuantificación de la

---

<sup>6</sup> DFOE-SOS-0494, Contraloría General de la República.

<sup>7</sup> ERNESTO JINESTA L, Principios Constitucionales que rigen a las Administraciones Públicas, págs. 18 y 19.

estimación de reducción en el fisco por ejemplo, esta falta de criterios técnicos, podría lesionar además el principio de equilibrio presupuestario, establecido en el artículo 176 constitucional. Este principio constitucional está íntimamente asociado al principio de eficiencia administrativa, sin embargo, limita su esfera de influencia exclusivamente a la actividad fiscal. A raíz de este principio, se impone la obligación de una adecuada administración de los fondos públicos, de allí la importancia del análisis técnico del impacto de los beneficios acordados en la normas citadas.

Por lo que consideramos que las normas consultadas contradicen el principio de razonabilidad técnica y equilibrio financiero, ampliamente explicado las líneas anteriores. Siendo que dentro de este marco de consideraciones constitucionales y jurisprudenciales, se solicita al honorable Tribunal Constitucional valorar los anteriores razonamientos.

VI. CONSULTA SOBRE LA POSIBLE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DEL PROYECTO # 22392 POR LA POSIBLE LESIÓN DEL ARTÍCULOS: 21, 46, 50 Y 69 , CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO ASÍ COMO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE JERARQUÍA DE LA NORMA E INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGALMENTO PRINCIPIO DE OBJETIVACIÓN DE LA TUTELA AMBIENTAL ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL.

El artículo 18 del proyecto de marras establece que debido al interés público que revisten los proyectos de producción de hidrógeno verde y que requieren una viabilidad ambiental, cuya revisión se dará en forma expedita y con una priorización, el trámite a seguir será el que dictamine el jerarca del Ministerio de Ambiente y Energía (Minae) de acuerdo con la categorización de la actividad, la obra o el proyecto.

De acuerdo a esta norma se le dará un trámite rápido a los proyectos de producción de hidrogeno verde, este fast track aplicado a temas relacionados con el medio ambiente, consideramos debe ser revisado a la luz del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se reconoce de manera expresa y claramente individualizado (voto No. 1394 de las 15:21 horas del 16 de marzo de 1994) mediante la reforma introducida al artículo 50 constitucional por la Ley No. 7412 de 3 de junio de 199, en relación con el último párrafo del artículo 46 de la Carta Política que a los efectos dispone:

“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esas materias.” (adicionado por Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996, el destacado no pertenece al original).}

Lo anterior debe además relacionarse con los artículo 21 constitucional: “La vida humana es inviolable”, derivando de allí el derecho a la salud, para la cual es un presupuesto necesario la protección del ambiente y con el artículo 69 constitucional, del cual se deriva el principio de explotación racional de la tierra, imponiendo tanto a los particulares como al Estado, la

obligación de proteger y preservar los recursos naturales renovables (votos números 2233-93, 4818-2003 y 6322-2003).

Este derecho se consagra también en el numeral 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), suscrito por nuestro país en 1988 y aprobado mediante Ley No. 7907 de 3 de setiembre de 1999:

" Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

El vínculo entre la protección del ambiente y el derecho a la salud (también consagrado en el artículo 46 constitucional como señalamos anteriormente y numeral 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la calidad de vida —la calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida (Votos números 3705 de las 15 horas del 30 de julio de 1993, 2219 de las 15:18 horas del 24 de marzo de 1999, 6716 de las 11:50 horas del 5 de julio del 2002, 4818 de las 10:51 horas del 20 de mayo del 2003 y 6322 de las 14:14 horas del 3 de julio del 2003)—, particularmente estrecho tratándose del tema que nos ocupa, se desarrollará en los acápite siguientes:

"V.- La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico: constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva. Es así como el artículo 21 de la Constitución Política señala: "La vida humana es inviolable." " Es de este principio constitucional de donde innegablemente se desprende el derecho a la salud, al bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho de la salud y a la obligación del Estado de proteger la vida humana." Del desarrollo efectuado por la Sala en sus diferentes resoluciones, se desprende entonces que en aras de garantizar el derecho a la salud y a la vida, se hace indispensable tutelar la protección al ambiente (...)" (Sala Constitucional, sentencias números 3705-93 y 3341-96, el destacado no pertenece al original)

Se considera que la viabilidad ambiental otorgada en la norma de cita podría contradecir los principios y normas constitucionales señalados, debido a la forma expedita en que se tramitaría, siendo que la viabilidad, es una evaluación que exige el Estado costarricense, de aquellos estudios de impacto ambiental presentados por las empresas u organizaciones privadas, para aquellos proyectos enmarcados en el plan de desarrollo sostenible del país, en este caso serían proyectos relacionados con el hidrogeno verde, los cuales tendrían prioridad, sin que en esta iniciativa de ley consten los estudios pertinentes que confirmen el trato expedito.

Otro punto importante a consultar al honorable Tribunal, es la competencia otorgada en este artículo al ministro de ambiente en cuanto sea este el que determine el trámite a seguir en proyectos relacionados con el hidrógeno verde, cuando esta es una función que le corresponde por ley a la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA), como lo dispone la Ley Orgánica del Ambiente N° 7554 del 13 de noviembre de 1995, la cual crea la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, como órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE).

El artículo 18 de la ley de cita señala que la *“aprobación y costo de las evaluaciones. La aprobación de las evaluaciones de impacto ambiental deberá gestionarse ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental; estas evaluaciones deberán ser realizadas por un equipo interdisciplinario de profesionales, inscritos y autorizados por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, de conformidad con las guías elaboradas por ella. El costo de las evaluaciones de impacto ambiental correrá por cuenta del interesado.”*

El artículo veinte indica además que *“La Secretaría Técnica Nacional Ambiental establecerá instrumentos y medios para dar seguimiento al cumplimiento de las resoluciones de la evaluación de impacto ambiental. En los casos de violación de su contenido, podrá ordenar la paralización de las obras. El interesado, el autor del estudio y quienes lo aprueben serán, directa y solidariamente, responsables por los daños que se causen.”*

Sobre las competencias de SETENA el voto constitucional 14093-2008 dispuso:

*“VII.- EN CUANTO A LA ACTUACIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA AMBIENTAL.- El legislador encomendó a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, las evaluaciones a cargo de "un equipo interdisciplinario de profesionales, inscritos y autorizados por la Secretaría de conformidad con las guías elaboradas por ella. El costo de las evaluaciones de impacto ambiental correrá por cuenta del interesado". En el artículo 19 de la Ley Orgánica del Ambiente se estableció que "las resoluciones de la Secretaría Técnica Ambiental deberán ser fundamentadas y razonadas", con lo que se recoge en esta materia el principio general de fundamentación de los actos administrativos desarrollado también por la Ley General de la Administración Pública, que es a su vez una garantía que integra el debido proceso sustantivo. La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere, de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica y encomendados a SETENA, un análisis pormenorizado que incluya, como lo exige el artículo 24 de la Ley del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hacen posible la aprobación del estudio. Además, debe responder a las normas, los objetivos de ordenación y prioridades ambientales del Estado nacional y del gobierno local, tal como lo recoge el principio 11 de la Declaración de Río. Debe hacerse además, la advertencia de que la realización y aprobación del estudio de impacto ambiental no implica en sí misma la puesta en funcionamiento del proyecto en cuestión, por cuanto es tan sólo uno de los requisitos exigidos para culminar el proceso de autorización, que en algunos casos será la obtención del permiso de salud, la aprobación de los planos de la construcción por la municipalidad respectiva, el visto bueno de la concesión por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, o el acueducto correspondiente así como*

*el otorgamiento de las licencias comerciales, etc. Ello es así debido a que, tratándose del ambiente no se puede hablar de variables inmodificables; todo lo contrario, por su propia naturaleza el ambiente es, por sí mismo y con mayor grado por intervención del ser humano, cambiante. La aprobación de un estudio de impacto ambiental en los términos que lo señala la Ley Orgánica del Ambiente, tampoco supone una autorización inmodificable para realizar un determinado proyecto humano, toda vez que a través de la labor de fiscalización a cargo de la Administración, al detectarse un daño al ambiente según lo establece la Convención de Río, el permiso puede revocarse, a fin de garantizar el derecho establecido en el numeral 50 de la Constitución Política y a la vez, ejecutar la garantía ambiental que se dispone para resguardar la aplicación de medidas ambientales de corrección, mitigación o compensación por daños ambientales o impactos ambientales negativos no controlados por la actividad, obras o proyecto.”*

Las funciones otorgadas a Setena, son funciones propias como órgano desconcentrado en grado máximo del Ministerio de Ambiente. De acuerdo con el inciso 3) del artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública, la desconcentración máxima implica que el superior, además de estar imposibilitado para avocar competencias del inferior y revisar o sustituir su conducta (ya sea de oficio o a instancia de parte), está, igualmente, inhibido para dar órdenes, instrucciones o circulares al órgano inferior, sobre este punto es conveniente citar el Dictamen número 313 del 10 de setiembre de 2008, de la Procuraduría General de la República que claramente dispone:

*“La desconcentración máxima constituye el mayor límite a la relación de jerarquía, en cuanto impide al jerarca el ejercicio de los poderes de mando y de instrucción y alternativamente el de revisión o de avocación.” (C-255-2005 del 15 de julio de 2005) y “...desaparece, además de la contralora, la potestad de mando, entendida como la posibilidad de dar órdenes, instrucciones o circulares.” (Dictamen C- 255-2000 del 12 de octubre del 2000). (El resaltado no es propio del original)*

Siendo relevante para los efectos de la presente consulta el señalar que la desconcentración máxima de las competencias implica una técnica de ordenación y distribución de las funciones y competencias, la cual *“supone la atribución en cabeza de un órgano administrativo de una competencia externa y exclusiva sometida o no a una relación jerárquica con el superior. La desconcentración, tiene como propósitos racionalizar y flexibilizar el aparato administrativo, descongestionando de atribuciones a los órganos centrales superiores, para hacer más ágil y expedito el ejercicio de las competencias especiales, técnicas y exclusivas que son desconcentradas y la redistribución o reparto de competencias entre los órganos centrales y los periféricos.”* (JINESTA LOBO, Ernesto. “Tratado de Derecho Administrativo Tomo I Parte General”. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2006, p.487).

Debido a lo expuesto se considera que la norma en consulta podría ir en contra del principio de jerarquía, si bien ante la interdisciplinariedad que caracteriza la materia ambiental, los diversos repartos administrativos han de ejercer sus competencias singulares en forma

coordinada para la mejor satisfacción del interés público, especialmente tratándose del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, (artículos 50 y 121 inciso 14), no obstante, esto no equivaldría a que el Ministro de Ambiente, sustituya las competencias exclusivas otorgadas a Setena, pues como señalamos anteriormente, la competencia de diseñar; aplicar y aprobar las evaluaciones de impacto ambiental no es una competencia que puede aplicar el ministro del Ambiente debido a que las evaluaciones de impacto ambiental son una competencia que corresponde de manera desconcentrada a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental; órgano con máxima desconcentración de competencias especializada en el tema, siendo que la Ley General de Administración Pública en el artículo 83, tan clara que no admitía dobleces de interpretación, en cuanto a los alcances de la desconcentración máxima, por lo que se estaría además desaplicando en esta norma la ley de cita para un caso particular o específico como el hidrógeno verde y su viabilidad, debido a la naturaleza jurídica de Setena por lo que la aprobación del proyecto podría implicar una violación al principio de inderogabilidad singular de la norma para el caso concreto, que significa que el Parlamento no puede separarse de las normas generales por él dictadas, cuando alteren o violenten gravemente dicho régimen, tal como se lee a continuación del voto N° 02009-95:

*“A juicio de la Sala, el principio general de Derecho que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y, dentro de sus competencia, a su superior, implica que la ley que disciplina el funcionamiento de la Asamblea Legislativa para el ejercicio de su competencia también constitucional la vincula en los casos concretos en que haya de ejercerla, lo cual no es más que la aplicación del principio general de la inderogabilidad singular de la norma para el caso concreto, principio general de rango constitucional como que es aplicable a la totalidad del ordenamiento jurídico, como derivación y a la vez condición del Estado de Derecho en su integridad(...)”* (la negrita no es del original)

Por su parte, el Magistrado Piza Escalante, en voto salvado N° 08743-97, explicó ese principio de la siguiente manera:

*“He concurrido en el voto de la Sala en cuanto considero que, efectivamente, la excepción que en el proyecto de ley se intenta para autorizar la ampliación del edificio ahora destinado al Museo de Arte Costarricense cercena, aunque sea en un área modesta, el espacio del Parque de La Sabana que es ya uno de los poquísimos pulmones que le quedan a la ciudad de San José, así como de los poquísimos lugares de recreación y deporte al alcance de todas las personas. Pero quiero agregar algunas observaciones de carácter general que me parecen involucradas en este asunto y que quizás podrán contribuir a que se tenga mejor conciencia sobre un problema de la mayor importancia en el Estado Democrático de Derecho, como es el de la subordinación de los actos y normas especiales incluso respecto de normas de igual rango que definen regímenes de carácter general.*

*En efecto, uno de los principios de hermenéutica que ya han comenzado a superarse en el Derecho Público contemporáneo, es, precisamente, el de que "la ley especial deroga la general" ("lex specialis derogat generalis") con sus corolarios de que "la ley posterior general*

*no deroga las anteriores especiales" ("lex posterior generalis non derogat priori speciali") y de que, en consecuencia, entre normas de igual rango prevalece la más concreta o especial, sea anterior, sea posterior. Por el contrario, hoy, con la consagración constitucional de otros principios como los de la buena fe y de no derogación singular de reglamentos o normas generales, se reconoce universalmente que también el Parlamento está atado por sus propias normas anteriores que establecen regímenes de carácter general, de las cuales no puede separarse en caso concretos o normas especiales cuando estas alteran o violentan gravemente el dicho régimen general. En este sentido, las normas generales que cita la sentencia le fijaron claramente al Parque de La Sabana un destino de dominio público y de uso común para el deporte y la recreación, incluso prohibiendo expresamente construcciones o espacios cerrados vedados al acceso al público gratuitamente y sin límites para fines de recreación o de deporte, que, además, coinciden con la necesidad, cada vez mayor, de promover y proteger un ambiente sano y equilibrado; de manera que, en este primer sentido, yo añado a las razones de mis compañeros de Tribunal, las de la necesaria subordinación de la Asamblea Legislativa a los propios regímenes generales por ella establecidas... sin que esto implique, por supuesto, que yo le niegue la potestad de reformar esos regímenes generales, sino sólo de apartarse de ellos sin reformarlos en sí mismos. (la negrita no es del original)*

Siendo entonces, que la opción para evitar la inconstitucionalidad señalada, sería reformar el artículo 18 del proyecto consultado.

Es importante manifestar nuevamente ante el honorable Tribunal que el ente regulador ante la cual se realizan los trámites de viabilidad ambiental y es el órgano que se encarga de dar este aval es la Secretaría Técnica Nacional Ambiental o (SETENA). La labor de esta institución es sumamente importante para armonizar los procesos productivos nacionales con las políticas de protección al medio ambiente, y, por este mismo motivo, es sumamente exigente y por ello, consideramos riesgoso el incluir procesos acelerados de este trámite en el proyecto de cita, tome nota el honorable Tribunal que en el artículo de este enunciado, se pretende que el trámite a seguir en cuanto a viabilidad será el que dictamine el jerarca del Ministerio de Ambiente y Energía (Minae), lo que podría ir en contra del principio de objetivación de la tutela ambiental, esto al ser el Ministro el que tome una decisión de gran envergadura para el ambiente del país, cuando existe un órgano técnico que tiene encomendada dicha función.

En relación con el punto anterior, la sentencia número 14293-2005 de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, la Sala Constitucional señaló que el principio de objetivación de la tutela ambiental es un derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, 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 –tanto legales como reglamentarias–, 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.

Conviene además señalar que el artículo consultado en este apartado, le da prioridad al hidrogeno verde en relación con similares proyectos de transición energética, que deberían ser consideradas en igualdad de condiciones, pues presentan objetivos coincidentes y afines al presente proyecto de ley, como son los proyectos “Ley para la promoción y regulación de recursos energéticos distribuidos a partir de fuentes renovables”, expediente legislativo n.º 22.009, el proyecto “Ley para la Contribución a la Transición Energética”, expediente 21.343, nuevamente esta preponderancia no se basa en ningún estudio técnico que ampare dicho trato en relación con normativa de igual relevancia, por lo que artículo en consulta podría ir en contra del principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a dicho principio la Sala Constitucional se ha expresado en los siguientes términos mediante el voto número 7261-94, ilustra claramente este principio:

*“Este principio informa todo el ordenamiento jurídico y postula que no es posible otorgar un tratamiento diferente a los que se hayan en la misma situación. La igualdad es, ante todo, un límite de la actuación de los poderes públicos, a la vez que instrumento que se coloca en manos de los administrados para combatir la arbitrariedad. Esto es, que los poderes públicos pueden crear diferencias entre las personas, pero no pueden ser el producto de la arbitrariedad. Por ello se requiere que el trato diferenciado frente a la ley, reúna ciertos requisitos o condiciones: Tanto la doctrina constitucionalista, como la jurisprudencia de este Tribunal, reiterada en numerosas ocasiones, han establecido que no toda diferencia entre sujetos es susceptible o idónea para justificar cualquier diferencia de tratamiento que la Administración haga entre distintos individuos o grupos (véanse sentencias 5061-94, 4451-94, 1732-91 y 1432-91). Para que el elemento diferencial argüido haga posible una tal distinción, no sólo debe ser real, sino que también debe tener una trascendencia jurídica de tal naturaleza o magnitud que haga razonable y justificable ese trato diverso. El poder determinar cuándo una diferencia tiene -o no tiene- la trascendencia jurídica a la que se ha hecho referencia anteriormente, no es una operación mental que pueda efectuarse en forma abstracta, sino que requiere encontrar algún elemento de comparación. Esto se conoce en la doctrina como el "tertium comparationis" y significa, en términos sencillos que, en virtud de que en realidad nadie es igual a otra persona, la igualdad que se exige respecto de seres o grupos humanos diversos por naturaleza, debe referirse no a la existencia de esa misma diversidad, sino a uno o varios rasgos o cualidades claramente discernibles que sirvan como una medida o como el término de comparación, desde el cual pueda exigirse la igualdad de trato. Así, el que una desigualdad sea ilícita o no, sólo puede ser afirmado o negado en relación con un determinado término de comparación. De este modo, la carga de la prueba le corresponde lógicamente a quien invoca la pretendida violación y a quien le corresponde aportar parámetros idóneos a fin de que se pueda efectuar una comparación plena, que permita cotejar si se produce la alegada desigualdad o no.”*

No existe ningún razonamiento técnico que justifique la determinación de interés público de los proyectos de producción de hidrógeno verde, cuando, tal y como se ha indicado anteriormente existen otras iniciativas con propósitos idénticos, además, esto se refuerza ante la ausencia de análisis y estudios de carácter técnicos y científicos que determinen la

preponderancia del hidrogeno verde en comparación con otras alternativas como las señaladas anteriormente.

#### VII. CONSULTA SOBRE LA POSIBLE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DEL PROYECTO # 22392 POR LA POSIBLE LESIÓN DE LA LIBRE EMPRESA, ARTÍCULO: 46 CONSTITUCIONAL.

El artículo 19 del proyecto consultado establece la autorización para el aprovechamiento del hidrógeno verde en actividades específicas e indica que se autoriza a las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, cuyo uso final del hidrógeno verde sea la producción de alcoholes y sus derivados, combustibles sintéticos, fertilizantes, amoniaco, exportación de hidrógeno verde, a desarrollar la actividad en competencia. Se excluye de esta norma a la producción del alcohol etílico para fines licoreros e industriales protegidos por el artículo 443 del Código Fiscal Ley No. 8 del 31 de octubre de 1885 cuya producción, distribución y comercialización corresponde a la Fábrica Nacional de Licores (FANAL).

Además dispone que los combustibles sintéticos que se produzcan en el país con hidrógeno verde, podrán ser comercializados en las estaciones de servicio y demás agentes de la cadena de valor del suministro de combustibles fósiles, bajo las condiciones que se determinen vía reglamento.

Esta norma, consideramos crea condiciones para que se cartelize un sector para la producción de alcoholes, lo cual podría ser violatorio del artículo 46 de la Constitución Política, dado que lo deseable es la apertura total del monopolio y no que solo unos pocos lo realicen.

El artículo 46 constitucional y demás normas relacionadas -artículo 28 párrafo segundo de la Carta Política, por ejemplo-, es posible encontrar en esa disposición, además de la fuente constitucional de la libertad de empresa y la libertad de comercio en beneficio del agente económico y del consumidor, este derecho constituye un sistema de garantía admitido de manera consensual en nuestro sistema jurídico y que acuerdo al jurista alemán Robert Alexy es conocido como un “derecho a acciones negativas”, un derecho a “no impedimento de acciones”, es decir este derecho constituye un seguro para el ciudadano independientemente de su posición en el mercado a tener como acto prohibido cualquier tipo de actuación incluso avalada en la misma ley que por su contenido amenace o restrinja la libertad de empresa.

En ese sentido, como lo expresó PIZA ESCALANTE, “al prohibir el artículo 46 de la Constitución todo monopolio particular y todo acto, inclusive fundado en una ley, que amenace o restrinja la libertad empresarial, e imponer una mayoría legislativa calificada para la creación de monopolios públicos, hizo imposibles los primeros y excepcionales los segundos (...)”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No.3220-00 de las 10: 30 horas del 18 de abril del 2000.

En relación a la libertad de empresa se afirma “ comprende los derechos a realizar una actividad económica, así como a crear, cambiar y poner término a una empresa organizada”<sup>8</sup> Dentro de las libertades de empresa destaca la libre dirección de la empresa de la cual derivan los derechos de libre disposición, de libre producción y de inversión y desarrollo <sup>9</sup>.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha precisado al respecto que “En efecto, es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación en esta secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia”(Voto 1441-92).

La Sala ha considerado que tales principios se encuentran recogidos y desarrollados en la Ley de Protección al Consumidor. Ha establecido la jurisprudencia constitucional respecto que “Los principios aludidos sirven de marco a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor que, en la medida que se faculta la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de precios de bienes y servicios de consumo básico y la de márgenes máximos de utilidad en los demás, no provoca lesiones constitucionales que la Sala deba declarar. Ello en nada afecta las garantías de mercado y libre circulación de los bienes o lo que es lo mismo, el llamado principio económico "de la economía de mercado". Existe como se ha venido analizando, una amplia interrelación entre la defensa de los derechos del consumidor, representados en el acceso a todos los bienes legalmente comercializables, así como a la cantidad y calidad que el particular puede adquirir, según su propia capacidad y los derechos de la libre competencia y libertad de empresa, los que podrían verse amenazados y hasta eliminados por el juego incontrolado de las tendencias de cualesquiera de ellos”. (Voto 2435-95). Dentro de tales principios se encuentra la protección de la libertad de elección.

Este derecho tiene como finalidad promover la mayor cantidad de productos y servicios disponibles en el mercado para los consumidores y usuarios.

---

<sup>8</sup> En Stober Derecho Administrativo, pág. 134.

<sup>9</sup> Osenbühl, las Libertades del Empresario págs. 21 a 41.

Por ello, no son posibles los monopolios en los servicios públicos, salvo aquellos que se hayan establecido por la Asamblea Legislativa por una mayoría calificada de dos tercios del total de sus miembros.

Los monopolios privados de hecho deben ser regulados y el Estado debe tomar medidas concretas para incentivar la competencia en los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado a los usuarios y consumidores.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha precisado que “Por otra parte, la disposición contenida en el artículo 46 de la Constitución Política debe verse como una protección a los derechos del consumidor, ya que con la creación de los monopolios se coarta la posibilidad de elección, por cuanto existe una única opción. Es por ello que aquellas instituciones a las que se le haya otorgado un monopolio no pueden negarse a contratar, sin que exista un motivo razonable, ya que de lo contrario se haría nugatoria la posibilidad del particular de acceder a los servicios que brinda quien tiene un monopolio” (Voto 5207-95).

Asimismo, ha precisado *“El objeto de la libre competencia es garantizar el libre acceso al mercado de los operadores económicos, sin que encuentren barreras injustificadas evitando prácticas que de algún modo restrinjan o limiten la oferta en unos pocos agentes (sic) económicos.* La anterior filosofía impacta, con mayor razón, el tema de las telecomunicaciones en una sociedad globalizada en donde se requiere, por parte de los usuarios y consumidores, garantías de acceso a los diferentes servicios. Todo consumidor tiene derecho a elegir, dentro de su ámbito de libertad individual, y bajo el respeto de las regulaciones mínimas que garantizan los servicios de telecomunicaciones, la forma y el medio de acceder libremente a los referidos bienes y servicios. En particular, tienen que tener un abanico abierto de posibilidades para poder escoger el aparato que más le convenga, atendiendo al precio y a sus necesidades personales, para solicitar la conexión del servicio. En consecuencia, el consumidor, respetando las normas legales y las exigencias técnicas que el legislador fija con criterios de razonabilidad y proporcionalidad para la prestación de un servicio público, podría solicitar la activación de un servicio de telefonía móvil. En ese sentido, es preciso indicar, el grado de satisfacción o cumplimiento del bien constitucional, cual, es proteger el servicio público y la calidad del servicio público brindado, no es equiparable con la restricción que se le impone al cliente o usuario. En este aspecto en concreto, es donde alcanza relevancia la regla que las afectaciones de derechos fundamentales deben ser lo más restringida, posibles y, consecuencia las mínimas necesarias para alcanzar su finalidad, los Órganos Públicos, sin renunciar a sus potestades, no deben excederse en su ejercicio, con el establecimiento de disposiciones que transgredan esa regla y el obligado equilibrio entre la finalidad que busca lograr con la medida y la restricción, limitación, o afectación de derechos fundamentales que se produce para lograrlo. En este punto resulta importante rescatar lo que dispone el artículo 46 de la Constitución Política, en cuanto consagra varios principios y derechos, relacionados con la libertad empresarial y la protección de los derechos del consumidor. Con la puesta en marcha de dicha disposición constitucional, se pretende evitar el ejercicio de una posición

dominante, o prácticas monopólicas que impidan una competencia efectiva. El ejercicio de dicho poder, puede provocar la capacidad de eliminar o debilitar de forma importante la competencia existente, o impedir que competidores potenciales entren en el mercado... En este orden de ideas, no se aprecia que el contenido de la carta machote "Renuncia a futuras reclamaciones de calidad del servicio por utilización de terminal no homologado 'lesione el Derecho de la Constitución. Lo anterior por cuanto, es claro que los dispositivos homologados se encuentran en una situación completamente distinta de los que no lo han sido, con lo cual la Sala no estima que se les brinde un trato discriminatorio cuando se exige al usuario que pretenda utilizar un dispositivo no homologado que renuncie a futuras reclamaciones. Ahora bien, como lo afirma la Procuradora General Adjunta en su dictamen, no se observa que la norma impugnada lesione los derechos de información al consumidor (en cuanto más bien detalla claramente las condiciones con las que figuran en el mercado los aparatos no homologados), ni la libertad de elección, en la medida en que el particular siempre tiene la opción o la oportunidad de elegir libremente alguno de estos dispositivos sean homologados o no, y de someterse al régimen de cada uno de éstos" (Voto 2220-2013).

El artículo en consulta es además confuso pues, por un lado sugiere que quienes produzcan alcoholes a partir de hidrógeno verde no estarán sujetos a las limitaciones que existen para esos productos, pero por otro propicia la monopolización de esta actividad, lo que podría cartelizarla en detrimento de los consumidores, además falta claridad respecto a este tema, motivo por el cual se consulta.

#### VIII- LA VÍA JURÍDICA PARA MINIMIZAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO

A pesar de los sesgos y vicios que el proyecto de ley contiene, se persigue un fin loable. Sin embargo, no se cumplió con la objetividad y criterio técnico-científico. Por tanto, nos permitimos indicar que la forma de darle la viabilidad necesaria es mediante la realización y aportes al expediente de ley, de los estudios pertinentes, para que la toma de decisiones de nosotros los legisladores pueda fundamentarse en estos y no a ciegas como ocurriría en este segundo debate de la iniciativa. En este punto la Sala ha sido muy elocuente, por lo que es necesario invocar su criterio, precisamente en el tema de normativa ambiental:

*"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-tanto legales como reglamentarias- de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la " a la ciencia y a la técnica " que rige la materia ambiental, en tanto las decisiones administrativas que pueden tener incidencia en el ambiente requieren de un sustento técnico que las respalde, y en tal condición, limitan y condicionan la discrecionalidad de la Administración en su actuación..." Se parte del principio de que las normas ambientales deben tener un sustento técnicos, pues su aplicación tiene que partir de límites que determinen las condiciones en las cuales debe sujetarse el uso y aprovechamiento de los recursos naturales" Sentencias Sala Constitucional 17126-06, 14293-05, 11562-06 12716-12. (el resaltado no es parte del original)*

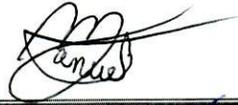
XI. PETITORIA

En razón del fundamento constitucional, legal y jurisprudencial expuesto, solicitamos respetuosamente a este Tribunal estime la presente Consulta Facultativa planteada y declare la inconstitucionalidad de las normas recurridas en cuanto a los razonamientos esbozados así como a cualquier otro asunto que considere relevante desde el punto de vista constitucional.

X. NOTIFICACIONES

Se recibirán en el Edificio principal de la Asamblea Legislativa, jefatura de fracción del Liberal Progresista.

FIRMAS DE DIPUTADOS CONSULTANTES

| DIPUTADO                 | CEDULA      | FIRMA   |
|--------------------------|-------------|---|
| Manuel Morales Díaz      | 1-1134-0303 |   |
| Gilberto Campos Cruz     | 1-0989-0672 |   |
| Luis Diego Vargas R      | 108100440   |  |
| Jorge Dencó Rosabal      | 108610600   |  |
| Kattia Cambonero Aguilar | 204610160   |  |
| Daniel Vargas Quiros     | 108920177   |  |
| Ada Lucena Canto         | 106750915   |  |
| Jorge Ant. Rojas López   | 202960884   |  |

