



Al servicio
de las personas
y las naciones



Universidad de
Costa Rica

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

MARIO PEÑA CHACON
DIRECTOR



Al servicio
de las personas
y las naciones



Universidad de
Costa Rica



Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

MARIO PEÑA CHACON
DIRECTOR

El principio de la no regresión
ambiental en el derecho
comparado latinoamericano El
principio de la no regresión
ambiental en el derecho
comparado latinoamericano
El principio de la no regresión
ambiental en el derecho
comparado latinoamericano El principio
de la no regresión ambiental
en el derecho comparado
latinoamericano El principio de la

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

MARIO PEÑA CHACON
DIRECTOR

**El principio de no regresión ambiental
en el derecho comparado latinoamericano**

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)
Maestría Profesional Derecho Ambiental de la Universidad de Costa

La información contenida en este libro no necesariamente refleja las opiniones del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El libro es una publicación apoyada por el PNUD.

Todos los derechos reservados. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, sin el consentimiento por escrito del PNUD. Se autoriza la reproducción y difusión del material contenido en esta publicación para fines educativo y otros fines no lucrativos sin previa autorización escrita de los titulares de los derechos de autor, siempre que se especifique claramente la fuente. Las peticiones para obtener tal autorización deberán dirigirse al PNUD, Costa Rica al apto. postal 4540-1000.

344.046

P349p Peña Chacón Mario, director

El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano [libro en línea] / Mario Peña Chacón. – 1 ed. – San José, C.R. : Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013.
392 p. ; 22 X 28 cm.

ISBN: 978-9968-794-62-6

1. Control Ambiental – América Latina 2. Protección del Medio Ambiente – América Latina. 3. Política Ambiental – América Latina.
I. Título.

Presentación	6
Prólogo por Michel Prieur	8
I. Costa Rica	11
1. El principio de no regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense, <i>Mario Peña Chacón</i>	12
2. Reflexiones para la interpretación de la no regresión, <i>Rafael González Ballar</i>	77
3. Reflexiones sobre el principio de no regresión ambiental en el derecho costarricense, <i>Edgar Fernández Fernández</i>	89
4. La explotación geotérmica en parques nacionales: una alternativa compatible con el principio de no regresión, <i>Jorge Cabrera Medaglia</i>	108
5. El principio de no regresión en materia ambiental: análisis de dos casos de directrices transgresoras, <i>Alvaro Sagot Rodríguez</i>	174
II. Argentina	
Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente, <i>José Alberto Esain</i>	199
III. Brasil	
Ensaio sobre o estado de retrocesso ambiental: é possível não retroceder na ordem jurídica brasileira?, <i>Patryck de Araújo Ayala</i>	257
IV. México	
Del eterno retorno a la no regresión, <i>Ramón Ojeda Mestre</i>	307
V. Panamá	
El Principio de no regresión del derecho ambiental en el contexto legal y jurisprudencial en la República de Panamá, <i>Jessica Young</i>	321
VI. Colombia	
Caso práctico de violación al principio de no regresión en Colombia: Código de Minas Ley 1382 del 2010, <i>Rosana Romero Angarita</i>	347
VII. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	
Principio de no regresión ambiental y los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Enseñanzas de la jurisprudencia Interamericana, <i>Karine Rinaldi</i>	356
Semblanza de los autores	385

PRESENTACIÓN

Para el equipo de medio ambiente del Centro Regional de América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo es un honor presentar el libro El principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano, elaborado por destacados juristas y abogados latinoamericanos, y lanzado en su versión electrónica en coordinación con el PNUD.

El principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental dispone que las leyes nacionales no deberían ser revisadas si esto implicara retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad en un determinado país.

Este principio busca perpetuar el nivel de protección ambiental ya alcanzado en los países de la región y por esta razón, favorece los esfuerzos que ha venido haciendo el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo relativos a conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de servicios eco-sistémicos que brindan los recursos naturales en América Latina y el Caribe.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder y no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos. En momentos de recesión económica es especialmente importante que los tomadores de decisiones eviten flexibilizar la normativa ambiental vigente en aras de crecimiento económica.

En otra reciente publicación del Centro Regional del PNUD titulada América Latina y el Caribe una Superpotencia de Biodiversidad, argumentamos como la protección del medio ambiente contribuye al desarrollo y al crecimiento económico. Específicamente analizamos los sectores primarios de las economías de la región centrados en la biodiversidad: agricultura, pesca, bosques, servicios hidrológicos, áreas protegidas y turismo. Para cada uno de estos sectores expusimos sugerencias para incorporar el valor económico de los bienes y servicios proporcionados por los ecosistemas en la toma de decisiones de cada sector económico concreto.

Con esta publicación buscamos complementar la argumentación económica a favor de la protección del medio ambiente con la argumentación jurídica. Los autores de este libro nos explican como la reducción territorial o el cambio de una categoría de manejo de un Área Silvestre Protegida, o la introducción de mínimos de tolerancia más elevados para estándares ambientales sin sustento técnico-científico constituyen claros ejemplos de violaciones al principio de no regresión que deben evitar las sociedades de la región.

Con esta publicación el equipo de medio ambiente del Centro Regional de América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo busca contribuir al debate regional para preservar la vida en el planeta.

Chris Briggs
Líder de Práctica Medio Ambiente
Centro Regional para América Latina y el Caribe
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

PRÓLOGO

El principio de no regresión en materia de derechos humanos tiene su origen, a nivel internacional, en el área de los derechos sociales, en particular en relación con la cláusula de progresividad que contiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretado por la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, prohibiendo toda medida deliberadamente regresiva. La extensión del principio de no regresión en el derecho ambiental es más reciente y más es el resultado de innovaciones nacionales que internacionales. Los jueces constitucionales fueron los primeros en identificar los desafíos que se presentaban como consecuencia del retroceso en la protección del ambiente. El desarrollo no puede ser sostenible si no es bajo la condición que las reglas de protección del ambiente devengan intangibles, como lo es el derecho fundamental a la vida que se aplica no solamente a beneficio de las generaciones presentes, pero igualmente a beneficio de las generaciones futuras.

El año 2012 marcará la historia del principio de no regresión. En efecto, es en ocasión de la conferencia de Río + 20 que la comunidad internacional declara, por primera vez, que los logros de Río son irreversibles, en el párrafo 20 de la declaración «El futuro que queremos». Al respecto, es menester destacar la presión de la comunidad internacional de juristas del ambiente, a través del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado) y la Comisión de Derecho Ambiental de la IUCN. Esta última adoptó, durante su Congreso Mundial, una resolución en ese sentido aprobada por 81 Estados : «reconozcan que el principio de no regresión es necesario en el marco de su derecho y política ambientales ».

Al mismo tiempo la doctrina profundiza las causas y los efectos del principio de no regresión en el derecho internacional y derecho comparado, ligado a un programa de investigación Franco-Argentino . Pero la promoción de la no regresión como nuevo principio del derecho ambiental le debe mucho a América Latina. Al respecto, se debe resaltar las iniciativas de los jueces y juristas brasileños, de los autores de la Constitución del Ecuador de 2008 que integra la no regresión ambiental por primera vez en una constitución, así como de los juristas de Costa Rica. Entre estos, el Profesor Mario Peña, tiene un lugar aparte. Este eminente jurista se ha comprometido con éxito a analizar y promover este principio, tanto en el plano teórico como en la práctica judicial.

La presente obra es el fruto de sus esfuerzos. En ella reúne a lo más ilustres autores de América Latina, acentuando los progresos y fracasos de la no regresión en materia ambiental.

Es el momento de alertar a los juristas, a los políticos y a la sociedad civil, de las amenazas que pesan sobre los logros ambientales. Debemos recordar que algunos Estados, antes apóstoles del desarrollo sostenible, han recientemente tomado la grave decisión de denunciar tratados relativos al ambiente, dando así un terrible ejemplo de renuncia y retroceso en la protección del medio ambiente .

Pero la Tierra no podrá soportar más las regresiones sin vengarse. El futuro de la humanidad exige el compromiso de todos de luchar contra la contaminación y conservar la biodiversidad. También debemos continuar demostrando sin descanso, el carácter criminal de las regresiones toleradas tanto en la escala internacional como en la nacional. Por ello y en espera de una competencia en materia ambiental de la Corte Penal Internacional, un tribunal moral comienza a instaurarse: «El Tribunal Internacional de la Naturaleza», que alertará a la opinión pública internacional sobre los crímenes ambientales más graves y que educará y concientizará sobre las buenas prácticas ambientales. Hay que continuar demostrando incansablemente, la necesidad imperiosa y vital de no retroceder en materia ambiental. Para ello, deben ser divulgadas todas las innovaciones doctrinales y jurisprudenciales. De esta manera, debemos reconocer la valentía del juez brasileño que condenó en el 2013 la regresión del Código Forestal. De igual forma, hay que recordar a las cancillerías que en derecho internacional la no regresión ha sido formalmente incluida en tratados incluyendo aquellos de libre comercio o, incluso mejor, en el Convenio de Montego Bay sobre el Derecho del Mar. En efecto, según el artículo 311-6 de este instrumento internacional, los Estados se comprometen a que «no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad». En fin, conviene desde ahora utilizar los recursos procedimentales del Protocolo Facultativo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2009, que recién entró en vigor el 5 de mayo de 2013 y que brinda acceso a las acciones individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . Remarcamos que entre los primeros Estados que ratificaron este Protocolo Facultativo, cinco son de la región latinoamericana .

Lo decidido en 1982 para preservar por siempre los fondos marinos, debe decidirse hoy para preservar el conjunto de los elementos del ambiente terrestre y marino, que constituyen un patrimonio común para las generaciones presentes y futuras. Ello se debe traducir mediante la prohibición expresa de la reducción de los niveles de protección alcanzados. Un grupo de ONGs, entre las cuales se encuentra el Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado, adoptó en ese sentido en Bonn (Alemania) en marzo 2013 una declaración «Derechos Humanos para Todos Pos-2015» que solicita la garantía de un nivel mínimo de derechos humanos, entre ellos el ambiente, sin regresión. La misma idea circula actualmente en las Naciones Unidas en Nueva York, en el seno de las discusiones sobre el foro de alto nivel a implementarse en materia ambiental en aplicación de Rio +20. El 3 de mayo de 2013, los Grupos Principales sobre el compromiso de las partes involucradas, plasman el principio de no regresión en el primer rango enunciando: «The principle of non regression must be respected and effective modalities and practices for participation from the CSD and elsewhere in the UN system must be granted and any new rules and practices must not regress to either current formal and informal practices ».

Desde ahora, la vía hacia la consagración jurídica del principio de no regresión está despejada.

Profesor Michel Prieur
Presidente del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement
Université de Limoges, France
(Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado
Universidad de Limoges, Francia).
Director de la Revue Juridique de l'Environnement
(Revista Jurídica del Ambiente)



COSTA RICA

UN PHOTO/COSTA RICA

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

MARIO PEÑA CHACÓN¹

“No, no es cierto que todo tiempo pasado fue mejor. El derecho ambiental no es para regresar a la caverna de la historia”.

Ramón Ojeda Mestre

El principio de no regresión o de prohibición de retroceso enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, a la misma Constitución Política, a la normativa interna, y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

I. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

El Diccionario de la Lengua Española en su vigésima segunda edición² le otorga varios significados al vocablo “Principio”, entre ellos: base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; y norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas edición 2003³ al definir “Principios Generales del derecho” expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón,

los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mugger).

En doctrina a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para Jaquenod de Zsogon se entiende por Principio (del latín principium), aquella “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”, y por Rector (del latín rector), lo que ‘rige o gobierna’, por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho⁴.

El jurista argentino Cafferatta⁵ citando a Vigo y a Cañiza-Merlo destaca que “A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar⁶”. En ese mismo sentido, “tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares⁷”.

Lorenzetti destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas⁸. Por su parte Vigo expone que en materia de principios “el Juez los utiliza para resolver cuestiones difíciles, el legislador para proyectar normas legales, el jurista para pensar y el operador del derecho, para actuar⁹”.

“Entonces el nivel de protección ambiental no sólo no avanza, sino que disminuye”

Ricardo Luis Lorenzetti

“La degradación normativa conduce a la degradación ambiental”

Antonio Herman Benjamin

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo¹⁰.

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del Derecho Ambiental Internacional se ha creado una gran gama de soft law que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados)¹¹.

Forman parte del soft law o derecho blando todas aquellas Resoluciones y Declaraciones de Principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible y la Declaración de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20). Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El soft law no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.

- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de los costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros¹².

Por su parte, en junio de 2012 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, mejor conocida como la Conferencia de Río+20, cuyo mayor logro fue el de reafirmar los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, asignándoles con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto toda regresión¹³.

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense no sólo ha reconocido la función de integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad¹⁴.

A partir de la sentencia constitucional 1993-6240 se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior¹⁵.

Aplicando el anterior criterio y en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional costarricense¹⁶ al resolver recursos de amparo por violaciones al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha procedido a fundamentar sus fallos por medio del derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de soft law antes citadas, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible¹⁷.

II. PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, CONTENIDO Y ALCANCES.

Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.

Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

A primera luz no aparece expresa o taxativamente plasmado en ninguna de las Declaraciones de Principios, Convenios o Tratados ambientales, sin embargo, encuentra su mayor desarrollo y aplicación a nivel internacional a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como contracara del principio de progresión.

Como bien lo afirma Prieur¹⁸, la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, principio de prohibición del retroceso ambiental, antidegradation policy, standstill, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección;

no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente ecológico, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el “dar un paso hacia atrás”¹⁹.

Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia delante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales.

De esta forma, mientras que el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo²⁰ de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca la evolución sostenida de la normativa ambiental. Por ello, el principio objeto de este estudio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente. Por medio de este tipo de procesos, y en muchos casos por razones eminentemente políticas y económicas (tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas) grupos de presión pretenden romper el equilibrio óptimo entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible, en favor del crecimiento económico a través de la derogación o modificación de normativa ambiental. La ideología desreguladora se suele centrar en la ciencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social. Se resume en la máxima

de que los controles gubernamentales sólo están justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad²¹.

La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente en pro de un supuesto “mejoramiento” o “incremento” de la eficacia del derecho y la tutela de los consumidores y usuarios de servicios²². De esta forma, escudándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente²³, fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión²⁴.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que “la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental”²⁵.

También es posible encontrar regresiones por “omisión” que se plasman cuando el Poder Legislativo o bien el Poder Ejecutivo omiten desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales tornando ineficaz dicho derecho. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por sí misma constituye una regresión.

De esta forma y a manera de ejemplos, la reducción territorial o el cambio/rebaja de categoría de manejo de un Área Silvestre Protegida, la introducción de mínimos de tolerancia más elevados o variación de estándares y umbrales ambientales sin sustento técnico-científico que lo justifique, o bien, la omisión al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales, así como la falta de aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental, constituyen claras violaciones al principio de no regresión.

Por último, tal y como se desarrollará más adelante, el principio de no regresión no podría ser ilimitado ni irrestricto y por consiguiente, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. De igual forma, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.

III. RELACIÓN RESPECTO A LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVACIÓN DE LA TUTELA AMBIENTAL E IRREDUCTIBILIDAD DE ESPACIOS SOMETIDOS A RÉGIMEN ESPECIAL DE PROTECCIÓN.

Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de ecosistemas relevantes y no regresión son autónomos e independientes, presentando cada uno de ellos su propia naturaleza, contenido, alcances, fundamentos, limitaciones y restricciones. Sin embargo, poseen y comparten áreas de confluencia o zonas comunes, que hacen posible su interdependencia e incluso su coexistencia.

1. Principio de Objetivación de la tutela ambiental

El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias²⁶, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

De esta forma, todas aquellas decisiones administrativas, que puedan tener incidencia en el ambiente, requieren de un sustento técnico y científico que les de respaldo, y en tal condición queda limitada y condicionada la discrecionalidad de la Administración en su actuación²⁷, discrecionalidad que encuentra asidero jurídico en los artículos 16 y 160 de la Ley General de Administración Pública.

Se trata ni más ni menos de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad al derecho ambiental, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera de manera expresa²⁸. No exige sólo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente²⁹, esto en cabal cumplimiento del principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza, el cual insta a utilizar las mejores técnicas disponibles para reducir al mínimo los daños

ambientales, así como del Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo que obliga a emprender una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente pueda producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente. Lo anterior encuentra respaldo en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo en los votos 2011-13294 y 2011-13295 donde la Sala Constitucional dispuso:

“El artículo 50 de la Constitución Política ordena al Estado que garantice el derecho a un ambiente sano. Tal obligación implica que el Estado debe tomar todas las medidas técnicas posibles para asegurarse de que la actividad que aprueba no causará daños al ambiente.”

En la misma línea, el voto 2007-2410 estableció:

“...a través de la producción y uso de la tecnología es que debe de promoverse que se obtenga (...) un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause a éstos daño o perjuicio, como lo ha considerado nuestro Tribunal Constitucional, en su amplia jurisprudencia, inclusive desde sus orígenes, así en las sentencias supra citadas número 3705-93 y número 2006-17126.”

Ahora bien, específicamente sobre el principio de objetivación, la Sala Constitucional en los votos 2005-14293, 2006-17126 y 2009-3684 expuso:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como 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. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.”

La objetivación del principio constitucional de razonabilidad permea al entero ordenamiento jurídico, a lo cual por supuesto, no escapa el derecho ambiental, incluyendo la totalidad de sus principios rectores, entre ellos: preventivo, precautorio, contaminador-pagador, reparación in natura, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección, no regresión, etc. Por ello, toda actuación en materia ambiental, así como toda normativa, no puede desvincularse, bajo ninguna circunstancia, de este principio sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por violación al criterio de razonabilidad, o bien, de ilegalidad por infringir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

A nivel normativo es posible encontrar la obligatoriedad de la vinculación entre la ciencia y técnica y las decisiones ambientales en las disposiciones que regulan la evaluación de impacto ambiental en la Ley Orgánica del Ambiente; la evaluación de riesgos en materia de organismos genéticamente modificados prevista en Ley de Protección Fitosanitaria; la exigencia de estudios técnicos justificativos como requisito sine qua non para la reducción de la superficie de Áreas Silvestres Protegidas contenida tanto en la Ley Orgánica del Ambiente como en el Convenio para la Protección de las Bellezas Escénicas de los países de América, así como la exigencia de planes de manejo forestal previo a su aprovechamiento, o bien, la plasmación de los criterios para otorgar permisos de corta limitada, razonable y proporcional en terrenos privados cubiertos de bosque que exige la Ley Forestal.

En estricta aplicación del principio de objetivación de la tutela ambiental a raíz de la ausencia de criterios y estudios técnicos y científicos que les otorgara respaldo, y a manera de ejemplo, la Sala Constitucional por medio del voto número 2009-2019 declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Decreto Ejecutivo número 32734 del 09 de agosto del 2005 por el cual se derogó la obligación de viabilidad ambiental (EIA) previo al otorgamiento de concesiones para el aprovechamientos de aguas superficiales y subterráneas. De igual forma, mediante el voto 2012-12081 decretó la inconstitucionalidad de la Nota del Cuadro 3 del Anexo I del Reglamento para la Calidad de Agua para Consumo Humano en Establecimientos de Salud, Decreto Ejecutivo número 37314-S del 10 de octubre de 2012, que permitió un nivel de arsénico en el agua mayor al que recomiendan diversos estudios científicos, incrementando con ello el riesgo de padecer de cáncer.

2. Principio de Irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección

Íntimamente relacionado con el principio de objetivación de la tutela ambiental se encuentra el principio de irreductibilidad, que tiene como finalidad impedir la reducción, disminución, desafectación, exclusión,

segregación y limitación de los espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, debido a que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes, entre ellos es posible reconocer: bosques ubicados en terrenos privados, humedales (manglares), áreas silvestres protegidas (ASP), territorios indígenas, anillo de contención del Gran Área Metropolitana (GAM), así como todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE).

El principio de irreductibilidad busca el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y encuentra fundamento tanto en el Convenio de Diversidad Biológica³⁰ como en la Ley de Biodiversidad³¹, y en los Principios del Enfoque de Ecosistemas de Malawi³² contenidos en el Reglamento de la Ley de Biodiversidad³³ que conceptualiza dicho enfoque como una estrategia para la gestión integrada de tierras, aguas y recursos vivos, fundamentada entre otros, en los siguientes principios:

- “Principio 5: A los fines de mantener los servicios de los ecosistemas, la conservación de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas debería ser un objetivo prioritario;
- Principio 6: Los ecosistemas se deben gestionar dentro de los límites de su funcionamiento”.

Es posible extraer, sustentar y desarrollar el principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes basándose tanto en el derecho internacional ambiental como en la normativa constitucional, legal y reglamentaria.

Diversas normas contenidas en instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica imponen la obligación de evitar el cambio de uso de suelos en las áreas con cobertura forestal y aptitud forestal, así como el deber de recuperar las áreas deforestadas, entre ellas:

- El párrafo tercero del artículo 3 del Convenio Marco de Cambio Climático de las Naciones Unidas dispone que los Estados Partes deben “tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”, mientras que por el artículo 4 se adquiere el compromiso de promover la conservación y el reforzamiento de sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, entre los que se encuentran los bosques.
- El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica estipula el deber de los Estado Parte de administrar los recursos “importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación”, así como el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.

- El Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central, en su artículo 10, contiene la obligación estatal de: “tomar todas las medidas posibles para asegurar la conservación de la biodiversidad”; entre éstas, las “que contribuyan a conservar los hábitats naturales y sus poblaciones de especies naturales”.
- El Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales consagra en su artículo 3 el compromiso de los Estados Parte de propiciar que los suelos se utilicen en concordancia con su mejor aptitud; priorizar la rehabilitación de bosques degradados y secundarios y detener o disminuir la presión para la conversión del bosque natural primario a otros usos del suelo.
- Por su parte, el artículo 19 de la Ley Forestal dispone que en terrenos cubiertos de bosque, no se permite cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado se encuentra autorizada a otorgar permisos en esas áreas para los siguientes fines: a) Construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. En estricta vinculación con el principio de objetivación de la tutela ambiental, la norma expresamente dispone que en estos casos de excepción la corta de bosque debe ser limitada, proporcional y razonable, previo dictamen que podría exigir la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Por su parte, el artículo 52 de Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos dispone la obligación de reparar los daños causados al recurso suelo, así como la de indemnizar a terceros afectados, independientemente de la existencia de dolo o culpa.
- En esa misma línea, pero en materia de manglares, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE dispone que aquéllas áreas que hayan sido desprovistas de manglar mantendrán su condición de tal. Esta disposición de suma importancia establece su irreductibilidad, pues con ella se busca evitar que las zonas de manglar, una vez degradadas, sean objeto de un cambio de uso de suelo y de apropiación privada³⁴. Mientras tanto, el artículo 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece expresamente la obligación de recomposición de este tipo de ecosistema³⁵.
- Tratándose de áreas silvestres protegidas, tanto la ley Orgánica del Ambiente como el Reglamento Ley de Biodiversidad, en armonía con el Convenio de Washington, prohíben la reducción de su superficie,

salvo que ésta fuera realizada mediante ley de la República y después de realizar estudios técnicos que justifiquen dicha medida.

- En materia de paisaje, el artículo 72 de la Ley Orgánica del Ambiente, dispone que: cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser, por lo menos, de calidad igual que el anterior, siendo que la jurisprudencia constitucional, por medio de los votos números 1993-3705 y 2003-6324, ha expuesto que el paisaje es un recurso integrante del derecho fundamental al ambiente encontrándose por tanto tutelado en los artículos 50 y 89 constitucionales.

A nivel jurisprudencial, el principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes ha sido desarrollado ampliamente por el Tribunal Superior de Casación Penal al interpretar y aplicar el delito de cambio de uso de suelo de terrenos privados cubiertos de bosques, ilícito previsto y sancionado por el numeral 61 en relación con el artículo 19 de la Ley Forestal. También, ha encontrado respaldo en la jurisprudencia constitucional, en especial en materia de Patrimonio Natural de Estado³⁶ y áreas silvestres protegidas³⁷.

3. Análisis comparativo.

Los principios de no regresión, objetivación e irreductibilidad poseen un carácter finalista, buscan satisfacer el interés público mediante la protección del medio ambiente, y encuentran sustento jurídico tanto a nivel de la Constitución Política, del derecho internacional, de la normativa de carácter legal y reglamentaria, así como de la jurisprudencia constitucional, contenciosa administrativa y penal.

Los principios de objetivación y no regresión sobrepasan al derecho ambiental, siendo posible encontrarlos, en el primer caso impregnando el entero ordenamiento jurídico por medio del criterio de razonabilidad, y en el segundo relacionado no sólo a normas jurídicas, sino también a políticas y jurisprudencia, puede hallarse incluso en todos aquellos derechos denominados prestacionales. Por su parte, el principio de irreductibilidad es más restringido que los dos anteriores, encontrándose limitado y supeditado únicamente a espacios naturales y ecosistemas jurídicamente relevantes.

La objetivación del principio constitucional de razonabilidad permea al entero ordenamiento jurídico, a lo cual no escapa el derecho ambiental y sus principios rectores de prevención, precaución, contaminador-pagador, reparación in natura, y por supuesto, de irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y prohibición de retroceso.

De esta forma, toda actuación en materia ambiental, así como toda normativa, no pueden desvincularse, bajo ninguna circunstancia, de este principio sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por violación al criterio de razonabilidad, o bien, de ilegalidad por infringir las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

Por ello, el principio de objetivación de la tutela ambiental actúa como una especie de requisito sine qua non de ciertas regresiones ambientales, en la medida que podría catalogarse de regresivas todas aquellas políticas, normas o jurisprudencia que no se fundamenten ni sustenten en las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, y que además tengan como consecuencia el deterioro o puesta en peligro del medio ambiente. De esta forma el principio de objetivación actuaría como un condicionante del principio de no regresión, el cual no es ilimitado ni irrestricto, y se encuentra limitado además por el deber estatal de garantizar, defender y preservar el ambiente; por los principio de desarrollo sostenible y uso racional; precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.

En virtud de la existencia de cierto tipos o clases de regresiones no vinculadas al principio de objetivación, tales como la omisión al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales, así como la falta de aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental, se concluye que no necesariamente toda violación al principio de no regresión implica, a la vez, violación al principio de objetivación de la tutela ambiental, pero si existen algunos tipos de regresiones (las más comunes) que concomitantemente vulneran el principio de objetivación.

De igual forma, no toda vulneración al principio de objetivación conlleva violación al principio de prohibición de retroceso, debido a que sería posible que se diera el supuesto, a título de ejemplo, donde por medio una norma jurídica se aumenten los niveles o estándares de protección ambiental haciéndolos más estrictos, pero que estos no se ajusten a los criterios de la ciencia y la técnica. En esta situación, se violentaría y vulneraría el principio de objetivación de la razonabilidad, pero no así el de prohibición de retroceso, en la medida que no tendría como consecuencia el deterioro o puesta en peligro del bien jurídico tutelado ambiente.

El principio de objetivación de la tutela ambiental también actúa como excepción al principio de irreductibilidad de ecosistemas relevantes. De esta forma, sólo es posible el cambio de uso de suelo en bosque o terrenos con aptitud forestal ubicados en terrenos privados, en los supuestos previstos en los incisos a, b, c y d del numeral 19 de la Ley Forestal, y siempre y cuando su corta sea limitada, razonable y proporcional, no exista afectación sensible de los recursos, se resguarden los ecosistemas frágiles, se respete y adapte el paisaje, no implique devastación de la cobertura boscosa ni se modifique de manera negativa ni grave el medio natural.

Tratándose de los demás espacios naturales sometidos a régimen especial de protección y cobijados por el principio de irreductibilidad, existen ciertas excepciones que permiten su reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación; siempre y cuando éstas se realicen por ley y cuenten con estudios técnicos y científicos que demuestren su no deterioro o no puesta en peligro. De lo anteriormente expuesto se deduce la existencia de un vínculo directo o conexidad entre los principios irreductibilidad y objetivación de la tutela ambiental, a los cuales debe agregárseles además, los principios de reserva de ley, preventivo, precautorio, reparación in natura y prohibición de retroceso.

Si bien existe conexidad entre los principios de objetivación e irreductibilidad, no toda violación que sufra el primero de ellos implicaría per se vulneración del segundo, ya que podría darse el supuesto donde se modifiquen estándares o umbrales de contaminación sin sujeción a las reglas de la ciencia y la técnica, y por tanto se quiebre el criterio de razonabilidad, sin que esto implique impacto alguna de las áreas físicas donde se asientan espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, y que por tanto, se esté frente a una violación al principio de objetivación, pero no así al de irreductibilidad.

A contrario sensu, al ser los estudios técnicos y científicos un condicionante que permite, bajo ciertas circunstancias, la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación de espacios naturales relevantes, podríamos concluir que siempre que ocurra una violación al principio de irreductibilidad por la ausencia de dichos estudios, a la vez se estaría vulnerando las reglas de la razonabilidad, ciencia y técnica, y por tanto, del principio de objetivación.

Por su parte, también sería posible afirmar que toda violación al principio de irreductibilidad de ecosistemas frágiles, además de vulnerar el principio de objetivación como se acaba de mencionar, implica a la vez una regresión ambiental, ya que se estaría disminuyendo el nivel actual de protección en menoscabo de las presentes y futuras generaciones, pero no toda violación al principio no regresión conlleva rompimiento del principio de irreductibilidad, ya que este último se encuentra únicamente supeditado a la reducción territorial de espacios naturales relevantes, mientras que el principio de prohibición de retroceso es más amplio y no sólo incluye regresiones en espacios naturales, sino que también en todo tipo de políticas, normas e incluso en la jurisprudencia ambiental.

IV. FUNDAMENTOS DE LA NO REGRESIÓN AMBIENTAL.

Además de lo ya expuesto respecto al carácter finalista del derecho ambiental, es posible también derivar y fundamentar el contenido, alcance y limitaciones del principio de no regresión basado en el Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como en la misma Constitución Política, a la normativa interna, y en especial, en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1. Fundamentación basada en el Derecho Internacional Ambiental y sus principios rectores.

Es posible sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (*soft law*³⁸) como en los convenios ambientales vinculantes (*hard law*).

En un primer orden de ideas, resultaría imposible interpretar el concepto del desarrollo sostenible desvinculándolo del principio de no regresión. Tal y como fue concebido en el Informe Brundtland el desarrollo sostenible consiste en aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de la generaciones presentes sin menoscabar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades, y derivado de éste nace el precepto de equidad intergeneracional recogido en el principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Coincidiendo con Prieur³⁹, al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia con el principio de equidad intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado⁴⁰.

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena

certeza científica. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2010-18702, único precedente existente a la fecha sobre la aplicación directa del principio de progresión y no regresión en materia ambiental:

“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, mas 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”.

Por su parte, también es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales (hard law) vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.

Afirma Prieur que en materia de medio ambiente no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que de lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan el Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

Entre ellos, y a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y por tanto, se descarta la regla de “lex posterior derogat priori”, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Descartadas las regresiones a nivel estrictamente del derecho internacional ambiental, reviste interés destacar el rol de “dique de contención” que asumen los convenios ambientales en pro de evitar regresiones a nivel del derecho interno.

El derecho internacional ambiental parte del concepto soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, y por ello, tanto la suscripción de convenios internacionales, como la inclusión de sitios o espacios físicos a regímenes especiales de protección de carácter internacional, se hace por mera voluntad soberana de los Estados, razón por la cual, estos mismos Estados están facultados, en cualquier momento, a denunciar las convenciones ambientales que suscriben o bien, desafectar sitios ubicados dentro de sus territorios, siempre y cuando se ajusten a las reglas previstas al efecto en cada tratado.

La regla general es que todo sitio sometido a un régimen especial de protección ambiental debe mantener tal designación, ya sea que se trate de un sitio Ramsar, una Reserva de la Biosfera, un sitio del Patrimonio

Mundial o un Parque Nacional, y que su extensión inicial completa debe mantener su designación, siempre que sea posible y apropiado, lo cual, a todas luces es acorde con los principios de prohibición de retroceso y de irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección. De esta forma, sólo en circunstancias realmente excepcionales, un Estado debería considerar la posibilidad de retirar o de modificar la extensión inicial de uno de estos sitios.

La Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América (Convenio de Washington⁴¹), en su artículo III prohíbe alterar los límites de los Parques Nacionales y enajenar parte alguna de ellos si no lo es por acción de autoridad legislativa competente, a la vez, prohíbe la explotación comercial de las riquezas existentes en ellos⁴². La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención Ramsar⁴³), en sus artículos 2.5 y 4.2, establece como situaciones de excepción para retirar de la Lista o reducir los límites de humedales de importancia internacional *“motivos urgentes de interés nacional”*⁴⁴ debiendo compensar la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales⁴⁵.

De igual forma, el procedimiento de supresión de la lista de una Reserva de la Biosfera⁴⁶ es absolutamente excepcional y debe aplicarse únicamente después de un minucioso examen, atendiendo debidamente a la situación cultural y socioeconómica del país, y tras consultar con el Gobierno interesado. Por su lado, la Convención del Patrimonio Mundial⁴⁷ prevé como excepción la posibilidad de modificar los límites de un bien del Patrimonio Mundial o bien, su retiro o exclusión de la Lista, estableciendo que cuando un bien está amenazado por peligros graves y concretos, primero debe considerarse su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, y solamente cuando se destruye su Valor Universal Excepcional que justificó la inscripción en la Lista del Patrimonio Mundial, puede considerarse la posibilidad de excluirlo.

Como puede observarse, en todos los casos, además de evitarse situaciones de violación al principio de no regresión, se cumplen a cabalidad con los principios de irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección⁴⁸ y de objetivación de la tutela ambiental, íntimamente relacionados con la prohibición de retroceso, y que exigen la vinculación de la decisión de retiro o alteración de límites a las reglas unívocas de la ciencia, técnica, lógica y la conveniencia. Al efecto, a la luz del Convenio de Washington, toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas, o bien, toda explotación comercial o industrial de sus riquezas, calificaría como una regresión ambiental y por tanto, quedaría expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa; disposición que se encuentra reforzada por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que obliga además contar con estudios técnicos y científicos que lo justifiquen.

En esa misma línea, la Convención Ramsar, mediante sus resoluciones VIII.20 y IX.6 exige, previo a retirar de la Lista o reducir los límites de un humedal de importancia internacional, la realización de una evaluación ambiental previa, que tenga en cuenta toda la gama de funciones, servicios y beneficios ofrecidos por el humedal, y en la medida de lo posible, propone que la evaluación se realice consultando ampliamente a todos los interesados directos; aplicar del principio precautorio al tomar en cuenta que cuando existen amenazas de daño grave o irreversible, la falta de plena certidumbre científica no se debe utilizar como un motivo para aplazar medidas eficaces en función del costo para prevenir el deterioro del medio ambiente, y por último, obliga informar a la Secretaría de la Convención Ramsar de tales cambios a la mayor brevedad posible.

Tratándose de Reservas de la Biosfera, el procedimiento de supresión de la lista es excepcional y debe aplicarse únicamente después de un minucioso examen, atendiendo debidamente a la situación cultural y socioeconómica del país, y tras consultar con el Gobierno interesado. Mientras que en el caso de Sitios del Patrimonio Mundial Natural, únicamente cuando un bien incluido en la Lista del Patrimonio Mundial se haya deteriorado gravemente, o cuando las medidas correctivas necesarias no se hayan adoptado en el plazo de tiempo propuesto, sería posible aplicar el procedimiento excepcional de exclusión o modificación de límites.

En todos los casos se busca el fiel cumplimiento de los principios preventivo, precautorio y de restauración/recomposición de ecosistemas, previo a cualquier intento de exclusión o modificación de límites. Al efecto, la Convención Ramsar y sus Resoluciones obligan, en primera instancia, a distinguir y diferenciar entre cambios reversibles e irreversibles en los ecosistemas de humedal. Si existen posibilidades de remediar la situación del humedal, deben definirse las condiciones en las que el cambio puede invertirse, y las actuaciones de manejo (con inclusión de la restauración) necesarias para asegurarlo, así como los períodos de tiempo que probablemente serían necesarios para permitir recuperar las características del sitio. En caso de daños irreversibles, obliga a considerar, como primera opción, la posibilidad de restricción de los límites y sólo en circunstancias excepcionales debe considerarse la posibilidad de retirar un sitio de la Lista, siempre que una parte o todo un sitio haya perdido los elementos, los procesos y/o los servicios del ecosistema del humedal por los que inicialmente se designó. En estos casos, la Convención Ramsar obliga compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar.

Tratándose de Reservas de la Biosfera, su situación debe ser revisada cada diez años sobre la base de un informe preparado por la autoridad competente, y remitido a la Secretaría por el Estado interesado. El informe

deber ser sometido al Comité Consultivo sobre Reservas de Biosfera para que emita una recomendación destinada al Consejo Internacional de Coordinación (CIC). Si el CIC estimara que la reserva de biosfera ha dejado de cumplir los criterios que sustentaron su designación, podrá recomendar que el Estado interesado adopte medidas para ajustarse a tales criterios, teniendo en cuenta el contexto cultural y socioeconómico del Estado interesado y únicamente, si el CIC estimara que la reserva de biosfera todavía no cumple los criterios que sustentaron su designación, al cabo de un plazo razonable, la zona dejará de ser considerada reserva de biosfera perteneciente a la Red.

Por su parte, la Convención UNESCO obliga a los Estados Parte tomar medidas correctivas necesarias para conservar un bien cuyas cualidades intrínsecas ya estuvieran en peligro debido a la actividad humana en el momento en que se propuso su inscripción y a informar de tales circunstancias, lo antes posible, a la Secretaría del Comité.

Vale la pena resaltar que únicamente, el Convenio de Diversidad Biológica hace una alusión clara, directa y expresa a las obligaciones derivadas del principio de no regresión, al disponer en su artículo 8 inciso k) que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones reglamentarias para la protección de las especies y poblaciones amenazadas.

Por lo anterior, es posible afirmar que el derecho internacional ambiental ejerce un papel fundamental en la sustentación del principio de no regresión, reforzando a la vez los criterios de irreductibilidad de los espacios sometidos a regímenes especiales de protección y de objetivación de la tutela ambiental o vinculación del derecho ambiental a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

2. Fundamentación basada en el Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones.

También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR⁴⁹.

Manifiesta Cabrera⁵⁰ que la principal obligación contenida en el Capítulo 17 del CAFTA-DR consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 17.1:

Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.

Del artículo anterior se interpreta que cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único condicionante que dichas reformas busquen lograr “altos niveles de protección” concepto que evidentemente se opone a la idea de la regresión. A la anterior disposición hay que sumarle la obligación de aplicar de manera sostenida y recurrente la legislación ambiental contenida en el artículo 17.2.1.a:

Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Esta segunda obligación busca evitar la ineficacia en la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental, ineficacia que por sí misma constituye una regresión ambiental. Según Cabrera, no cualquier incumplimiento conlleva la posibilidad de iniciar el proceso de solución de controversias que establece el CAFTA-DR, sino únicamente aquellos que califiquen como recurrentes, sostenidos y que además afecten el comercio entre las Partes. Otro aspecto a considerar respecto a esta obligación es la restrictiva definición de legislación ambiental que ofrece el Tratado en el artículo 17.13.1, y que excluye toda aquella normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales:

Para los efectos de este Capítulo:

Legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

A. la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

B. El control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o

C. La protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, “legislación ambiental” no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales.

Para los efectos de la definición de “legislación ambiental”, el propósito primario de una disposición particular de una ley o regulación se deberá determinar por referencia a su propósito primario en vez del propósito primario de la ley o regulación de la que es parte.

Aunada a las anteriores obligaciones se encuentra aquella contemplada en el artículo 17.2.2 que con el fin de evitar “dumping ambiental” y la existencia de “paraísos de contaminación”, taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental:

Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Sobre esta disposición expresa de no regresión, única dentro del bloque de legalidad ambiental costarricense, es importante tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Al estar establecida en un tratado internacional ostenta rango superior a la ley ordinaria y demás normas infralegales;
- La normativa ambiental que estaría protegida de la no regresión sería únicamente aquella que se ajuste a la definición restrictiva de “legislación ambiental” según el artículo 17.13.1, excluyendo la legislación relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales;

- Debe considerarse la intención o “*animus*” de la regresión, tomando en cuenta que únicamente estarían vedadas aquellas derogatorias, reducciones o debilitamientos normativos cuyo fin sea incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o pretendan otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.

Las obligaciones establecidas en el capítulo 17 del CAFTA-DR, incluyendo por supuesto la prohibición expresa de no regresión, fueron objeto de una consulta preceptiva de constitucionalidad⁵¹ por parte de la Defensoría de los Habitantes y un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual, mediante el voto de mayoría 2007-9469, les otorgó la viabilidad constitucional disponiendo al efecto:

“En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 “Obstáculos Técnicos al Comercio”, en el Capítulo 9 “Contratación Pública”, en el Capítulo 10 de “Inversiones” y en Capítulo 21 “Excepciones”. Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna”, por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas, no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de

cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto”.

Sin embargo, en voto de minoría los magistrados Fernando Cruz y Gilbert Armijo no sólo encontraron vicios de constitucionalidad en el Tratado de Libre Comercio objeto de estudio, sino que además determinaron dentro del mismo violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente:

“En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. De hacerlo, se trataría entonces de una violación al derecho a la salud. En cuanto a la protección de este derecho no se puede retroceder en la implementación, o tomar medidas que disminuyan este derecho. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciante.”.

“Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna” esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que

se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión”.

Por todo lo anteriormente manifestado, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental prevista en el artículo 17.13.1. y al “*animus*” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio. De esta forma, el Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren “altos niveles de protección ambiental” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos– obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. Pero a la vez, y al amparo del voto de minoría de la consulta preceptiva de constitucionalidad antes citado, de ese mismo Tratado se podrían deducir violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente.

3. Fundamentación basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Donde mayor desarrollo ha encontrado el principio de no regresión en Costa Rica es en materia de derechos humanos, en especial como contracara del principio de progresión, siendo la Sala Constitucional, por medio de sus fallos, quien ha ejercido el rol de garante de los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica⁵².

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Corte Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales

forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica⁵³.

En la sentencia 1995-2313⁵⁴, el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al Derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al Derecho Internacional, y dentro de éste, al Derecho Ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre Derecho Humano y Derecho Fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los Derechos Humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de Derechos Humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica⁵⁵.

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior⁵⁶. Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de derechos humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793⁵⁷ el primer precedente al establecer que “una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”, debido a que como afirma Prieur “la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado”⁵⁸.

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁹ abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, contracara de la no regresión, mismo que reza:

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰

ratifica la visión de progresividad de los derechos humanos iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, visión que quedó plasmada en los siguientes artículos:

Artículo 2.1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

Artículo 5.2. *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

Artículo 11.1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.*

Artículo 12. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹ en su artículo 5.2 dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Convención Americana de Derechos Humanos⁶² abre la vía de la progresividad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Además, su numeral 29 establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

A. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

B. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

C. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

D. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por último el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador⁶³, no sólo reconoce expresamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente sano y a su protección, preservación y mejoramiento (Artículo 11), sino que además ratifica la idea de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de su numeral 1:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recocado en instrumentos internacionales se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Es a partir del año 2001 que la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los derechos humanos. De esta forma, al referirse sobre la normatividad de los derechos prestacionales en el voto 2001-3825 dispuso:

“La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada”.

Siempre en el tema de los derechos fundamentales prestacionales, mediante la sentencia 2007-1378 la Sala Constitucional estableció su necesario vínculo con el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“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”.

Fundamentándose en el numeral 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo Corte Constitucional reconoció la progresividad y no regresión del derecho fundamental a la educación:

“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 2002-11515.

“En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión”. Voto 2003-2443.

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto 2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

“Bajo esta tesitura, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se exceptiona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jerarcas institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración. Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción

bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo, con las consecuencias que a continuación se detallarán”.

Siempre respecto al derecho fundamental al trabajo, el salario y la seguridad, en el voto 2009-10553 la Corte Constitucional realizó un análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con el principio de progresividad haciendo énfasis en que debe evitarse todo género de medidas de regresión de los derechos económicos, sociales y culturales:

“De otra parte, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968, consagra, igualmente, los derechos al trabajo, al salario y a la seguridad social, en los artículos 6, 7 y 9 respectivamente. De igual modo y en relación al desarrollo progresivo de estos derechos sociales o prestacionales, el artículo 2, párrafo primero, dispone lo siguiente:

“(…) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (…)” (Lo resaltado no corresponde al original).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, señala lo siguiente:

“(…) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” –aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999-, estatuye que los Estados parte

“(...) se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Siendo que los artículos 7º, inciso a), y 9º, de ese protocolo contemplan, respectivamente, el derecho el derecho a un salario que consista en “Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” y a la seguridad social que proteja “(...) contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (...)”.

De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción.

En criterio de este Tribunal, en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en aras de reconocer y garantizar la progresiva tutela de los derechos fundamentales económicos y sociales, no resulta conforme con el Derecho de la Constitución dictar medidas que supongan un retroceso en la tutela y efectividad de un derecho social, máxime, cuando éste ha sido potenciado por la jurisprudencia del máximo”.

En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales:

“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”.

En la sentencia 2010-14467 el Tribunal Constitucional otorgó carácter de mínimo o “piso” a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico:

“Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la citada Convención, imponen la obligación al Estado, de adoptar en forma progresiva medidas que garanticen la plena efectividad de tales derechos. La doctrina habla de “obligaciones mínimas” de los Estados, que pueden ser ampliadas de acuerdo con los recursos disponibles y tomando en cuenta el grado de desarrollo de los Estados, conceptos presentes también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De manera que, si el grado de protección de los derechos es ampliado en el ordenamiento interno, los poderes públicos no podrían luego desconocerlos o restringirlos a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente”.

Los más recientes fallos ratifican el carácter progresivo de los derechos humanos así como la prohibición de adopción de medidas restringidas sobre lo ya logrado.

Tampoco se trata de convertir «deseos» en derechos de una manera irracional, pues debe comprenderse que cuando se opera jurídicamente con derechos fundamentales, se está en el ámbito de los derechos humanos, siendo que una de sus características elementales es la progresividad, entendida esta como el proceso constantemente inacabado de conformación y consolidación del reconocimiento de un derecho humano determinado; de esta manera, se impone al Estado el deber de brindar respeto y garantía a todos los derechos humanos, obligación que es paulatinamente creciente y absolutamente exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento. Voto: 2011-6329.

Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso. Voto 2011-1985.

De los sentencias constitucionales antes expuestos es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos que impone al Estado el deber de brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todas los estadios de su desarrollo y crecimiento.

Esta misma línea jurisprudencial que reconoce la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente.

4. Fundamentación basada en el Derecho de la Constitución.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado al estar reconocido expresamente por el numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica y ostentar estatus de derecho humano fundamental⁶⁴, se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley, reconocidos a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional:

“Efectivamente, a la luz del principio de la supremacía constitucional, los derechos y garantías -éstas últimas, entendidas como instrumentos de servicio y eficacia de los primeros- sociales, son irrenunciables; sin embargo, esta especial condición debe entenderse referida a todos los derechos fundamentales (concepto más amplio que “constitucionales”), independientemente de la clasificación o categorización que se haga de ellos, precisamente en virtud de su especial naturaleza, al conformarse de la esencia y condición del ser humano y su dignidad, en tanto los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a la libre disposición de su beneficiario. Se entiende que la renuncia se configura en la manifestación expresa de abandono del derecho y su absoluta prescindencia. De manera que hay un interés público en la intangibilidad de los derechos fundamentales, en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido”. Voto 2000-878.

“Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la “rigidez”, es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. Voto 2003-2771.

A la luz de ambas sentencias resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un

ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho⁶⁵.

De esta forma, a partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto al Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley⁶⁶. Al amparo de este criterio jurisprudencial la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar tanto la Ley de Pesca y Acuicultura como el artículo 71 de la Ley Orgánica del ambiente sobre contaminación visual:

“El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental. En el presente asunto, los recurrentes cuestionan la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual fue publicada en la Gaceta 78 del veinticinco de abril de dos mil cinco. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 175 de la norma de cita establece que el Poder Ejecutivo debía emitir el reglamento respectivo para dicha ley, dentro del plazo de noventa días a partir de su publicación, no obstante del informe rendido por las propias autoridades recurridas se desprende que a la fecha no se procedió a cumplir con lo dispuesto por dicho ordinal. A criterio de este Tribunal la inactividad del Poder Ejecutivo constituye una clara violación de los recurridos a lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, omisión que es susceptible de ser conocida por vía del amparo, al estar en peligro el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la falta de emisión del reglamento antes mencionado. Lo anterior, por cuanto la norma que se echa de menos debe regular una serie de puntos relacionados con la pesca y la explotación adecuada de los recursos marítimos, conforme lo dispone la propia Ley 8436, tales como: a) la garantía económica que deberán rendir las entidades y empresas nacionales o extranjeras a las que se otorgue permiso de pesca con fines exploratorios -artículo 18-; b) las especies de tiburón carentes de valor comercial y el aprovechamiento que se dará a éstas para otros fines de la actividad pesquera -artículo 40-; c) el tamaño y pesos proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las

embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97-; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.-artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo. Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia”. Voto: 2009-8065.

“Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: “Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención”; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554”. Voto número 2008-11696.

Además, del principio constitucional de reserva de ley de los derechos fundamentales⁶⁷ es posible también derivar la obligación de no regresión en materia ambiental. Del principio de reserva de ley se extrae la obligación negativa, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de no restringir o limitar el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, restricciones o limitaciones que de darse implicarían ineludiblemente regresiones en materia ambiental.

Por último, del propio artículo 50 constitucional también es posible interpretar la imposibilidad de regresiones relativas a este derecho fundamental, dicho numeral reza:

- *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.*

A todas luces, la obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión. Respecto a estos deberes el Tribunal Constitucional ha dicho:

“La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales”. Voto 1999-644.

Fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) el Tribunal Constitucional mediante un primer precedente jurisprudencial, reconoció el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas, al efecto expuso lo siguiente:

“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, mas 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 2010-18702.

Un aspecto a resaltar es que ese mismo primer precedente sobre la progresión y no regresión del derecho fundamental al ambiente contó con un voto salvado por parte de los magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes a diferencia del pronunciamiento de mayoría, le dieron una connotación de temporalidad a las medidas ambientales a adoptarse a favor del ambiente, disponiendo que éstas no deberían ser extremas e inmediatas sino graduales, escalonadas y progresivas cuando puedan afectar otros derechos fundamentales⁶⁸, al efecto se transcribe un extracto del voto de minoría:

“El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales, evitando medidas drásticas en pro de

la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad". Voto 2010-18702.

5. Fundamentación basada en el derecho interno.

A pesar de que el reconocimiento del principio de no regresión es de muy reciente data, y, aún no se encuentra plasmado de forma clara y expresa a nivel de la legislación interna, creemos posible derivar su existencia y reconocimiento mediante una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva de la propia normativa contenida dentro de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA), la cual a la vez, impregna al resto del bloque de legalidad ambiental costarricense.

5.1. Derivación a raíz de otros principios rectores del derecho ambiental

Siendo que la LOA⁶⁹ recoge y plasma dentro de su articulado de manera expresa los principios ambientales de desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, prevención, patrimonio común, contaminador pagador y recomposición, y que de estos principios adquiere sustento la idea de no regresión, sería posible afirmar entonces vía interpretativa, que la LOA otorga reconocimiento y contenido al principio de regresión impregnando con ello al resto del bloque de legalidad ambiental.

5.2. Derivación en virtud del carácter finalista del derecho ambiental y la prohibición de reducción de límites de las Áreas Silvestres Protegidas.

También es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en el carácter finalista del derecho ambiental, ya que siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inhumano.

Ese carácter finalista se ve reflejado en la Ley Orgánica del Ambiente, en la medida que busca procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la obligación de progreso y su consecuente imposibilidad de regresión en su aplicación dentro del derecho interno.

Cabe también tomar en cuenta que la obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho, contenida tanto en la Constitución Política como en la LOA, es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión.

El numeral 38 de la Ley Orgánica del Ambiente es un claro ejemplo de ese carácter finalista anteriormente expuesto, ya que además de exigir norma de rango legal para reducir los límites de un Área Silvestre Protegida, obliga también a realizar estudios técnicos que justifiquen dicha medida, con un claro objetivo de impedir y evitar regresiones en la extensión de las áreas silvestres protegidas.

Esta disposición anti-regresión se ve complementada y reforzada por el derecho internacional ambiental suscrito por Costa Rica, en especial por el Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, también conocido como Convenio de Washington, el cual en su artículo III prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos si no lo es por acción de autoridad legislativa competente.

De esta forma, el artículo 38 de la LOA reforzado tanto por el Convenio de Washington como por la jurisprudencia constitucional, actúa como una especie de dique de contención que evita regresiones ambientales respecto a la alteración de límites de áreas silvestres protegidas, dándole con ello sustento y contenido a este novedoso principio del derecho ambiental.

V. LÍMITES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN

Si bien la principal obligación que conlleva la correcta aplicación del principio de no regresión es la de no retroceder, no afectar el nivel de protección ambiental adquirido y no derogar o modificar normativa vigente siempre que esto pueda afectar, disminuir o menoscabar el nivel actual de protección, bajo ciertas circunstancias, condiciones y excepciones, actos que podrían calificarse a priori como regresiones ambientales resultarían lícitos.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental⁷⁰.

Como lo señala Cabrera⁷¹, la Sala Constitucional ha sido conteste que con respecto a la materia ambiental se debe de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones, 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. Al respecto el voto constitucional 2006-17126 dispuso⁷²:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior, en tanto, como 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. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente”.

Bajo el anterior enfoque, la desafectación o disminución de los límites geográficos de áreas silvestres protegidas encontrarían validez jurídica siempre que se encuentren fundamentadas y justificadas en estudios técnicos y científicos, y se realicen a través de ley de la República, tal y como lo exige el Convenio de Washington y el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, y por tanto, tales casos no podrían ser calificadas de regresiones ambientales.

A contrario sensu, los decretos ejecutivos 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008 que modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre San Lucas; 34043-MINAE del 11 de setiembre de 2007 que modificó el área del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo y el Decreto Ejecutivo 35748-MP-MINAET-MIVAH del 08 de enero de 2010 que reformó el Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana, sí constituyeron abiertas regresiones ambientales al no contar con justificación técnica ni científica que permitiera sustentar los fines propuestos en cada uno de ellos, siendo así reconocido por la Sala Constitucional al declararlos inconstitucionales mediante los votos 2009-1056, 2010-13099 y 2011-13436 respectivamente.

Igual suerte corrió el Decreto Ejecutivo 32734-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC (respecto al artículo 14) que modificó el Reglamento de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental derogando sin sustento técnico ni científico la obligación de obtener viabilidad ambiental, previo al otorgamiento de concesiones y aprovechamientos de aguas subterráneas, al ser declarado inconstitucional mediante el voto 2009-2019. Siempre bajo esta misma línea, el Tribunal Contencioso Administrativo mediante la sentencia 4399-2010, ratificada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia por el voto 2011-1469 declaró la nulidad del Decreto Ejecutivo 34801-MINAET que había declarado de interés público y de conveniencia nacional el Proyecto Minero Crucitas.

En otro orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, bajo las siguientes condiciones⁷³:

- Debe tratarse de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad,
- Las medidas adoptadas deben ser transitorias, tener como propósito el bien común y ser justas, razonables proporcionadas,
- Subsiste la obligación de aplicar todas normas ambientales no relacionadas con la atención de la emergencia,
- Las actuaciones de la administración deben orientarse a mitigar y eventualmente compensar cualquier posible impacto ambiental ocasionado.

Sobre este tipo de situaciones excepcionales en materia ambiental ha sostenido la Sala:

“De la vinculatoriedad de la normativa ambiental, como consecuencia directa del principio de legalidad regulado en el artículo 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública está obligada a cumplir con el bloque de legalidad; sujeción que

tiene especial connotación en relación con la tutela del ambiente, en tanto, al tenor de la obligación impuesta al Estado en su conjunto en el artículo 50 constitucional, es que se denota su indisponibilidad respecto de las instituciones públicas –condición que también se da respecto de los particulares–, esto es, no está sujeto a pacto o convenio en razón de la trascendencia que tiene para la vida y sobrevivencia de la humanidad; lo que hace imposible su excepción, salvo claro está, en situaciones de urgencia o emergencia, que en sí mismo, es una condición de fuente de derecho (al respecto consultar la sentencia 2340-92). Es así como resultan vinculantes para las instituciones públicas el conjunto que conforma el Derecho Ambiental, formado tanto los principios constitucionales ambientales –que delimitan el contenido de este derecho fundamental–, como las diversas disposiciones normativas sobre la materia (legales y reglamentarias), así como los estándares ambientales, y requisitos dispuestos para la realización de proyectos que incidan sobre el ambiente; y que, están inmersos en la gestión pública encomendada a cada una. Por ello, es que son exigibles la realización de estudio de impacto ambiental, la conformidad de los proyectos con los planes reguladores (en las municipalidades donde hay), la adecuación del funcionamiento de las plantas y proyectos a los estándares ambientales, etc.; caso contrario, sería admitir un “derecho del Estado a contaminar”, lo que es imposible en atención al contenido del propio artículo 50 constitucional, según se ha indicado anteriormente, y como lo ha entendido este Tribunal (entre otras, consultar las sentencias número 5668-94, 5654-95, 8001-97, 2004-1923, 2005-15769, 2006-1963, y 2006-4497), al haber exigido a diversas instituciones públicas el cumplimiento de esa normativa a fin de tutelar de la manera debida el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Voto 2006-17126.

“Sólo el estado de necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales: El estado de emergencia es fuente de Derecho, que conlleva, en algunos casos, un desplazamiento, y en otros un acrecentamiento de competencias públicas, precisamente con la finalidad de que pueda hacerle frente a la situación excepcional que se presente (“necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública”); de manera que se faculta al Poder Ejecutivo excepcionar los normales procedimientos de sus actividades o trámites, previéndose para tales casos, procedimientos excepcionales, más expeditos y simplificados. Se trata, por definición, de situaciones transitorias y que son urgentes en las que se hace necesario mantener la continuidad de los servicios públicos, de manera que se permite a la Administración improvisar una autoridad para el servicio de los intereses generales que no pueden ser sacrificados a un prurito legalista (...). Votos 2003-06322 y 2012-3266.

“Estados de necesidad y crisis hídrica: En circunstancias anómalas, excepcionales y coyunturales que provocan una calamidad pública o conmoción interna (v. gr. sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o intrusión salina generalizada de éstos), el Estado –a través del Poder Ejecutivo- y, con fundamento en el principio de necesidad, puede adoptar las medidas necesarias e idóneas respecto a la utilización del dominio público hidráulico para superar ese estado de cosas o evitar que se agrave. Cuando cesa el estado de necesidad y se restablece la normalidad se pueden adoptar otro tipo de medidas como las anteriormente expuestas (perímetros de protección, declaración de acuíferos sobreexplotados o en proceso de salinización).” Voto 2004-1923

CONCLUSIONES GENERALES.

- Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.
- Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental.
- El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino más bien incrementado.
- La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente ecológico, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso.
- Su contracara, el Principio de Progresión, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia adelante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental.
- Mientras que el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca

la evolución sostenida de la normativa mediante medidas sucesivas y continuas cada vez más favorables al ambiente.

- El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho. A lo que sí se opone es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.
- Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente.
- Una norma podrá ser catalogada de regresiva cuando su grado de efectividad resulte menor al ya alcanzado previamente, en la medida que limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho o le imponga condiciones que con anterioridad no debía sortearse. La nueva norma jurídica no puede empeorar la situación de la reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud.
- Pueden distinguirse varios tipos distintos de regresiones, entre ellas: políticas, normativas y jurisprudenciales; regresiones explícitas e insidiosas; regresiones omisivas y regresiones derivadas de la ineficacia por incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental.
- El Principio de No Regresión no es ilimitado ni irrestricto y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.
- Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, a la misma Constitución Política, a la normativa interna, y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Es posible sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (soft law) como en los convenios ambientales vinculantes (hard law).

- Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de ecosistemas relevantes y no regresión son autónomos e independientes, presentando cada uno de ellos su propia naturaleza, contenido, alcances, fundamentos, limitaciones y restricciones. Sin embargo, poseen y comparten áreas de confluencia o zonas comunes, que hacen posible su interdependencia e incluso su coexistencia.
- Los principios de desarrollo sostenible, prevención y precaución complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica.
- Es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental
- En materia de derecho internacional ambiental no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que de lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente
- El Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren “altos niveles de protección ambiental” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección.
- Es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental y al “*animus*” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.
- Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recogido en instrumentos internacionales se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental

- Es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional que reconoce la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, la cual impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica y científica suficiente.
- A raíz de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.
- La obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho contenida en la Constitución Política es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión
- Fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) la Sala Constitucional mediante un primer precedente jurisprudencial, reconoció el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas.
- Para finalizar, vale la pena retomar lo expresado por el connotado jurista argentino Néstor Cafferatta: “El derecho ambiental es un derecho muy joven, que no tiene más de 40 años de vida frente a derechos o ramas del derecho que son centenarias, entonces, es un adolescente. Tiene todavía defectos, tiene todavía falta de madurez, de desarrollo, es decir, está en evolución» siendo el nuevo principio de no regresión un vivo ejemplo de esta constante transformación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.
- Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.
- Berros, María Valera, Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino” 2011.
- Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010.
- Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, Revista Judicial número 104, 2012.
- Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en: http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf
- Cafferatta, Néstor A., Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 General del Ambiente, Avances y Novedades, accesible en <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/08/11/2012/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades>
- Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.
- Comisión de Medio Ambiente, Defensa de Consumidor y Fiscalización y Control, O Principio da proibição de retrocesso ambiental, Brasília DF, 2012.
- De los Ríos, Isabel, Principio de irreversibilidad de la normas ambientales en el derecho venezolano, Revista Lex Difusión y Análisis, año XII, octubre-noviembres 2011, número 196 y 197, año 8, México.
- Equipo de Investigación ECOS Sud – MINCYT, Adoptar el principio de no regresión del derecho ambiental global: un desafío central para Río+20, La Ley Suplemento de Derecho Ambiental, Año XIX, número 1, Buenos Aires, 2012, disponible en: http://www.farn.org.ar/newsite/wp-content/uploads/2011/05/suplemento_rio20_may2012.pdf
- Esaín, José A., Competencias Ambientales, Abeledo Perrot, 2008.

- Giacosa, Natalia y Lloret, Juan Sebastián, El principio de progresividad y los horizontes de su aplicación, Revista de Derecho Ambiental número 28, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.
- Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.
- Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.
- López Ramón, Fernando, Introducción General: Regresiones del Derecho Ambiental, disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf
- Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- Ojeda Mestre, Ramón, Del eterno retorno a la no regresión ambiental, Revista Lex Difusión y Análisis, año XII, octubre-noviembres 2011, número 196 y 197, año 8, México, 2011.
- Peña Chacón, Mario, Daño Ambiental y Prescripción, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, accesible en: www.cica.es/aliens/gimadus/
- Peña Chacón, Mario, Daño, responsabilidad y reparación del ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Editorial Investigaciones Jurídica, julio 2011, Costa Rica.
- Peña Chacón, Mario, El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 24, Febrero 2013, España, www.cica.es/aliens/gimadus/
- Peña Chacón, Mario, La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2;>
- Peña Chacón, Mario, Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial

de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>

- Peña Chacón, Mario, El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 8, mayo 2013.
- Peña Chacón, Mario, El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>
- Peña Chacón, Mario, Jurisprudencia sobre daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente, Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, junio 2012.
- Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.
- Prieur, Michel, La desregulación ambiental, Revista jurídica del medio ambiente n.º 3, 1987.
- Sozzo, Gonzalo, El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Río + 20, Revista de Derecho Ambiental número 28, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Valls, Mario Francisco, Presupuestos Mínimos Ambientales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.
- Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

NOTAS

1. Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com
2. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drael/>
3. Disponible en: <http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw>
4. Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.
5. Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf
6. Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.
7. Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.
8. Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.
9. Citado por Edgardo Saux., Los principios generales del derecho civil”, LL, 1992-D-839.
10. Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.
11. Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.
12. La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:
 - Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
 - Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
 - El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
 - A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
 - Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible.

Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.

- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán mobilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así

- como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.
13. El documento final de la Conferencia fue aprobado el día 19 de junio de 2012 bajo el nombre “El futuro que queremos”.
 14. “Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales” Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.
 15. “De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional” Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.
 16. Para efectos de este artículo los términos: Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad y Corte Constitucional se utilizan indistintamente al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, haciendo hincapié en que el nombre oficial es Sala Constitucional según la Ley de Jurisdicción Constitucional.
 17. A manera de ejemplo, la sentencia constitucional número 1250 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 14524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
 18. Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.
 19. Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.
 20. “La idea de “mínimo” pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del “volumen de transferencia” hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de “mínimo” en lugar de “máximo” a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir” Berros, María Valera, Construyendo el principio de no

regresión en el Derecho argentino” 2011.

21. Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection, Washington and Lee Law Review, vol. 45, no. 3, Summer 1988.
22. “El impacto de la desregulación no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado-intervención. La desregulación-liberalización impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho Ambiental o los principios constitucionales; Koepfer ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de Ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos” En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, D.A., 1993, citado por Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.
23. Prieur, Michel, La déréglementation en matière d’environnement, Revue juridique de l’environnement, n.º 3, 1987.
24. “Asimismo, debe tomarse en consideración que la eliminación de excesos en los trámites administrativos, no podría generar bajo ningún supuesto la desprotección del ambiente como interés jurídico superior” “Consecuentemente, para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no imprescindibles en el control y regulación de actividades económicas, no podría atentarse contra el ambiente” Dictamen 319-2009 del 18 de noviembre de 2009, Procuraduría General de la República.
25. Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.
26. Votos constitucionales: 2005-14293, 2006-17126, 2007-2063, 2009-3684, 2010-075, 2010-21258, entre otros.
27. Votos constitucionales: 2005-14293, 2006-11562, 2006-17126 y 2006-11562.
28. Votos constitucionales: 1998-7294, 1999-2988, 2012-1963.
29. Votos constitucionales: 2012-964, 2007-8210, 2011-3744, 1998-7294 y 2010-13099.
30. El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica contempla el deber del Estado de administrar los recursos “importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación”, y el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.
31. “Artículo 49.- Mantenimiento de procesos ecológicos. El mantenimiento de los procesos ecológicos es un deber del Estado y los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán mecanismos para su conservación, tales como ordenamiento y evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto y auditorías ambientales, vedas, permisos, licencias ambientales e incentivos, entre otros.”
32. Elaborados en el Taller sobre enfoque por ecosistemas celebrado en Lilongwe en enero de 1998.
33. Reglamento a la Ley de Biodiversidad, Decreto No. 34433 del 11 de marzo de 2008
34. De acuerdo con el Decreto Ejecutivo 7210-A del 19 de julio de 1977, los manglares o bosques salados que existen en los litorales continentales o insulares y esteros del territorio nacional, y que forman parte de la zona pública en la Zona Marítimo

Terrestre, constituyen reserva forestal, y están sujetos a la Ley Forestal y a todas las disposiciones de ese decreto. Esto implica que las mismas forman parte del régimen del Patrimonio Natural del Estado y que gozan de protección subsidiaria que les otorga la Ley Forestal y la Ley de Conservación de Vida Silvestre, de suma utilidad para todos aquellos casos en que no es posible la aplicación la Ley de Zona Marítimo Terrestre.

35. Para mayor información puede consultarse el artículo de este mismo autor titulado “La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal” publicado en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 16, setiembre 2007, España, disponible en la siguiente dirección: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html
36. Existen una serie de espacios naturales, tanto públicos como privados, que por su fragilidad, vulnerabilidad y/o importancia ecosistémica están sometidos a regímenes especiales de protección. Dentro de estos espacios, también irreductibles, se encuentran, entre otros: todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE), anillo de contención del Gran Área Metropolitana (GAM), manglares y reservas indígenas.

Los bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal de las áreas inalienables como la Zona Marítimo Terrestre y las áreas silvestres protegidas estatales; forman parte del Patrimonio Natural del Estado, lo cual implica un régimen restrictivo de uso donde no es permitida la corta, el aprovechamiento forestal ni el cambio de uso del suelo; y está reservado por el legislador para labores de investigación, capacitación y ecoturismo, según lo disponen los artículos 1, 18 y 58 de la Ley Forestal. Al respecto, la Sala Constitucional mediante el voto 2007-3923 dispuso:

“se distingue entre el patrimonio forestal del Estado y el patrimonio forestal privado. El primero está sometido a un régimen de dominio público y es formado por todos los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a las municipalidades, a las instituciones autónomas y a los demás organismos de la Administración Pública. En este caso, la administración puede conceder permisos de uso únicamente para proyectos que no requieran aprovechamiento forestal y que no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los mantos acuíferos. Por su parte, constituye patrimonio forestal privado, todos aquellos bosques y terrenos de aptitud forestal que pertenezcan a personas físicas o jurídicas particulares (artículos 1°, 32 y 43 de la Ley Forestal). En estas propiedades pueden llevarse a cabo diversas actividades, según se trate de terrenos con bosque, con plantaciones forestales o sean terrenos de uso agropecuario sin bosque”.

Por tratarse el Patrimonio Natural del Estado de terrenos de dominio público o bienes demaniales, gozan de las prerrogativas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, lo que a todas luces implica también su irreductibilidad, con la excepción que ésta sea por ley y cuente con criterios técnicos y científicos que le den sustento.

En el caso del anillo de contención del Gran Área Metropolitana, mediante los decretos ejecutivos 29415 -MP-MIVAH-MINAE del 28 de marzo del 2001, 33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril del 2007 y 35748-MP-MINAE-MIVAH del 8 de enero del 2010, el Poder Ejecutivo intentó su ampliación desafectando áreas que formaban parte del mismo permitiendo con ello nuevos usos de suelo, incluyendo su desarrollo

inmobiliario. La Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los citados decretos ejecutivos en virtud de la ausencia de estudios técnicos y evaluación de impacto ambiental (EIA), dejando incólume el área original prevista para el anillo de contención, salvo por los derechos adquiridos de buena fe durante la vigencia de los decretos.

Por su parte, y mediante el voto número 16276-2006 la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 70 del Reglamento para las Actividades de Aviación Agrícola, por medio del cual se redujo la franja de no aplicación aérea de plaguicidas entre el campo a fumigar y las casas, poblados y otros. Entre otras razones, la Sala indicó que la inconstitucionalidad se dio debido a que el artículo impugnado constituyó un menor nivel de protección en relación al artículo 75 del Reglamento anterior violatorio al principio precautorio en la medida que no existió fundamento científico ni técnico que justifique la disminución de la franja.

Por otra parte, a través del voto 2012-18298, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 34303-MP-MIVAH, publicado en la Gaceta número 31 del 13-01-2012, por vulnerar el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a raíz de la exclusión arbitraria y cambio de uso de suelo del 70 % de la zona de reserva creada para fines de protección y esparcimiento recreacional de los habitantes del Distrito de Hatillo, sin estudios técnicos que lo justifiquen.

De lo expuesto hasta el momento es posible afirmar que el principio de irreductibilidad de espacios naturales sometidos a régimen especial de protección no es absoluto, y que por tanto, existen ciertas excepciones que permiten su reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación, y limitación; siempre y cuando éstas se realicen por ley y cuenten con estudios técnicos y científicos que demuestren el no deterioro o puesta en peligro del espacio natural, existiendo por tanto, un vínculo directo entre los principios irreductibilidad, reserva de ley, objetivación de la tutela ambiental, preventivo, precautorio, reparación in natura, y como se verá a continuación, el de prohibición de retroceso.

37. Es posible deducir la existencia del principio de irreductibilidad de las áreas silvestres protegidas derivándolo del artículo 3° de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, así como de la normativa contenida en la Ley Forestal, Ley de Creación de Parques Nacionales y Reservas Biológicas y Ley Indígena, y por supuesto, de los fallos reiterados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La línea jurisprudencial de la Sala Constitucional al respecto ha sido muy consistente al reiterar que únicamente es posible reducir, segregar o excluir la superficie de un área silvestre protegida mediante una ley (principio de reserva de ley) y siempre que medien estudios técnicos y científicos que lo justifique (principio de objetivación de la tutela ambiental). En este sentido, en el voto 1998-7294 por medio del cual se declaró inconstitucional el artículo 71 de la Ley Forestal debido a la reducción de la superficie de la Zona Protectora Tivives, la Sala Constitucional indicó:

“Sin embargo, se debe tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, implica una defensa del derecho fundamental al ambiente y, por ello, la reducción de cabida

no debe implicar un detrimento de ese derecho, situación que debe establecerse en cada caso concreto. No resulta necesariamente inconstitucional el hecho de que por medio de una ley posterior se reduzca la cabida de una zona protectora, una reserva forestal, un Parque Nacional o cualesquiera otros sitios de interés ambiental, siempre y cuando ello esté justificado en el tanto no implique vulneración al derecho al ambiente. (...) Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, en el tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste. De allí que para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional”

Por su parte, mediante el voto constitucional 2003-3480 la misma Sala señaló:

“Nuestro ordenamiento confiere una protección especial a los bienes medioambientales de las áreas silvestres protegidas y para reducir su área exige un acto con rango de ley, sobre la base de estudios técnicos previos que justifiquen la conveniencia de la medida; no por acto reglamentario”.

En el voto número 2009-1056 que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo 34043-MINAE del 11 de setiembre del 2007 que agregó al Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo un área marina que originalmente no formaba parte del mismo, pero que a la vez le segregó áreas terrestres, el Tribunal Constitucional estimó que la exclusión de áreas terrestres del Refugio equivale a una reducción del áreas silvestre protegida, independientemente de la ampliación de la zona marina, y por tanto, consideró tal exclusión como contraria al artículo 50 de la Constitución y al principio de reserva legal.

Ante una situación similar, aumento del área marina incluyendo unos islotes pero a la vez, exclusión de partes terrestres del Refugio de Vida Silvestre Isla San Lucas a través del Decreto Ejecutivo 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero del 2008, la Sala Constitucional en el voto 2010-13099, reiterando su propia línea jurisprudencial, estimó nuevamente que la exclusión de una parte terrestre del Refugio equivalía a una reducción del mismo, independientemente de la ampliación de la zona marina, siendo dicha exclusión contraria a los artículos 11, 50 y 89 de la Constitución por violación al principio de reserva de ley.

38. Con la aprobación del documento final denominada “El futuro que queremos” emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) se reafirmaron los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, adquiriendo con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto todo tipo de regresión.
39. Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.
40. “La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión” Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.
41. Suscrita en la ciudad de Washington el día 12 de octubre de 1940. Fecha de entrada en vigencia del Convenio 30 de abril de 1942
42. A la luz de una interpretación sistemática-evolutiva de este Convenio, toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas, o bien, toda

explotación comercial o industrial de sus riquezas, calificarían como una regresión en materia ambiental y por tanto, quedarían expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Así lo consideró la Sala Constitucional costarricense al interpretar y aplicar la Convención de Washington en el voto 1999-5399:

“V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América -aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”.

Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado. Este artículo debe completarse con el artículo 40 de la Ley Forestal que dice:

“El área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida”.

Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el “recurso forestal”, término que “significa la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural,” (resolución de la Sala Constitucional número 2233-93, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo de 1993) que existe en la zona declarada como parque nacional, y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes especiales dictadas al efecto, como por los textos de las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución Política es que habla de “explotación racional de la tierra”, constituyéndose un principio fundamental su protección (...)."

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales”.

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de

Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este”.

43. El Convenio Ramsar, fue firmado en Irán el día dos de febrero de 1971, entrando en vigor el 21 de diciembre de 1975. Costa Rica la ratificó mediante la ley número 7224 del 09 de abril de 1991, contando a la fecha con 12 sitios Ramsar que suman una extensión de 569.742 hectáreas.
44. A lo largo de la historia de la Convención Ramsar, jamás se ha retirado un sitio de la Lista (aunque tres de los primeros sitios de la Lista se retiraron a posteriori, en coordinación con la Parte Contratante correspondiente, al descubrir que no cumplían los Criterios que se elaboraron posteriormente); en sólo tres ocasiones, las Partes han invocado la cláusula de “motivos urgentes de interés nacional” para reducir los límites de un sitio Ramsar: en Bélgica en los años ochenta, en Australia en 1997 (aunque en este caso la reducción de límites no llegó a producirse de hecho), y en Alemania en 2000.
45. Cabe destacar que la Convención Ramsar, al ser interpretada y aplicada a casos concretos por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, ha impedido regresiones ambientales respecto a la normativa que regula los ecosistemas de humedal, al respecto puede citarse el voto 2011-16938:
“En síntesis, si se aceptaran como constitucionales estas dos normas impugnadas, tal y como fueron redactadas, se estarían excluyendo zonas públicas que a pesar de no ser áreas silvestres protegidas, legalmente corresponden a -y como dice el artículo 1 cuestionado, están constituidas dentro de- ese patrimonio. Esa exclusión también quebrantaría lo dispuesto por la “Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de las aves acuáticas”, denominada también “Convención de Ramsar”, aprobada por Ley No. 7224 del 09 de abril de 1991, que en su Considerando 2 indica que los humedales constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, “cuya pérdida sería irreparable”, y en el artículo 4 estipula que cada parte contratante fomentará la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas creando reservas naturales en los humedales, estén o no inscritos en la “Lista”, y atenderá de manera adecuada su manejo y cuidado; disposición que el legislador costarricense ha reforzado al declarar de interés público los humedales y su conservación, por ser de uso múltiple, “estén o no estén protegidos por las leyes que rijan esta materia” (ver artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente). Además, la violación se extiende en la medida en que circunscribe o limita la gestión de ese sistema público [SINAC/MINAET] a los ecosistemas del patrimonio natural del Estado que cuenten con una declaratoria de área silvestre protegida. Lo anterior en virtud de que esa autoridad pública está obligada a administrar, independientemente de que el bien tenga una declaratoria de ese tipo, cualquier terreno o zona de titularidad pública (de dominio público o bienes de la nación), que conforme con la ley corresponda al patrimonio natural del Estado (véase el voto No. 2008-016975 arriba citado)”
46. La Asamblea General número 16 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (UNESCO) del año 1970 estableció el Programa El Hombre y la Biosfera (MAB) como programa internacional e interdisciplinario para desarrollar y mejorar los fundamentos del uso sostenible y la conservación efectiva de los recursos naturales de la biosfera. En este marco, las Reservas de Biosfera han sido establecidas para promover y demostrar una relación equilibrada entre los seres humanos y la

biosfera. Las Reservas son designadas por el Consejo Internacional de Coordinación del Programa MAB a petición del Estado interesado y cada una de ellas está sujeta a la soberanía exclusiva del Estado en la que está situada y por lo tanto, sometida únicamente a la legislación nacional, formando una Red Mundial en la cual los Estados participan de manera voluntaria.

47. Adoptada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura en noviembre de 1972, entró en vigencia el 17 de diciembre de 1975 y fue ratificada por Costa Rica mediante la Ley número 5980 en 1974.
48. El principio de irreductibilidad, que tiene como finalidad impedir la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación y limitación de los espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, debido a que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes, entre ellos es posible reconocer: bosques ubicados en terrenos privados, humedales (manglares), áreas silvestres protegidas (ASP), territorios indígenas, así como todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE).
49. Ratificado por Ley Nº 8622 del 21 de noviembre de 2007
50. Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, 2011.
51. Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional.
52. Así lo dispone expresamente el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional.
53. Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.
54. “... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución” .
55. Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.
56. “De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-

1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional” Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

57. Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigor.
58. Prieur, Michel, “El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.
59. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.
60. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27
61. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.
62. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
63. Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968.
64. “Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto”. Voto 2006-1109.
65. En el derecho constitucional comparado la Constitución Política de Ecuador, numeral 423 inc 3, expresamente reconoce el carácter progresivo y no regresivo del derecho ambiental, al efecto dispone: Fortalecer la armonización de las

legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. Por su parte, la carta magna de Bolivia, en su artículo 13.I, considera el carácter progresivo del derecho a un ambiente saludable, protegida y equilibrado, al disponer: Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

66. “...distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio”. De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)” Sentencia número 1990-101.
67. “En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear

las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley”. Voto: 1992-3550.

68. La connotación de temporalidad del principio de progresividad de los derechos fundamentales ya había encontrado eco anteriormente en la jurisprudencia constitucional aplicada en materia de eliminación de discriminación y promoción de las personas con discapacidad en el voto 2006-1344.
69. Artículo 1.- Objetivos. La presente ley procurará dotar, a los costarricenses y al Estado, de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El Estado, mediante la aplicación de esta ley, defenderá y preservará ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación. Se define como ambiente el sistema constituido por los diferentes elementos naturales que lo integran y sus interacciones e interrelaciones con el ser humano.

Artículo 2.- Principios. Los principios que inspiran esta ley son los siguientes:

- a) El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública e interés social.
- b) Todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de nuestra Constitución Política.
- c) El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.
- d) Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes.
- e) El daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras. El Estado propiciará, por medio de sus instituciones, la puesta en práctica de un sistema de información con indicadores ambientales, destinados a medir la evolución y la correlación con los

indicadores económicos y sociales para el país.

Artículo 4.- Fines. Son fines de la presente ley:

- a) Fomentar y lograr la armonía entre el ser humano y su medio.
- b) Satisfacer las necesidades humanas básicas, sin limitar las opciones de las generaciones futuras.
- c) Promover los esfuerzos necesarios para prevenir y minimizar los daños que pueden causarse al ambiente.
- d) Regular la conducta humana, individual o colectiva, y la actividad pública o privada respecto del ambiente, así como las relaciones y las acciones que surjan del aprovechamiento y la conservación ambiental.
- e) Establecer los principios que orienten las actividades de la Administración Pública en materia ambiental, incluyendo los mecanismos de coordinación para una labor eficiente y eficaz.

- 70. Al respecto puede consultarse el voto 2006-17126.
- 71. Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010
- 72. También pueden consultarse las sentencias constitucionales: 2006-11562, 2008-18529 y 2009-1056, entre otras.
- 73. Al respecto puede consultarse el artículo de Cabrera Medaglia, Jorge, Corte Centroamericana, las emergencias y el derecho, disponible en: <http://www.nacion.com/2012-02-08/Opinion/Corte-Centroamericana--las-emergencias-y-el-derecho.aspx>

REFLEXIONES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NO REGRESIÓN

RAFAEL GONZÁLEZ BALLAR¹

INTRODUCCIÓN

Pareciera que la no regresión es un concepto que, lógicamente con variantes, ha acompañado el desarrollo de algunas teorías científicas. La teoría de la evolución de Darwin nos propone una mutación y una serie de cambios progresivos que van perfeccionando las especies una de las cuales es el hombre. La teoría del big bang supone un primer instante a partir del cual se da una expansión progresiva de la energía y la materia en el universo, sin regresión posible, al menos en principio.

Nuestra hipótesis en el presente ensayo es que la no regresión ya está normativizada en lo que vamos a llamar el Bloque de Legalidad Ambiental. Por ser el derecho al ambiente un derecho humano conlleva la obligación de aplicarle los criterios interpretativos propios de esta categoría de derechos y de otros tratados y normativa del derecho ambiental. Es por ello que tiene como uno de sus pilares el principio de progresividad de los derechos humanos y para nosotros una gran dosis del principio de seguridad jurídica en materia ambiental. Lo que debemos examinar es como encontrarle una mayor precisión y es lo que el presente libro se propone. Creemos necesario un nuevo enfoque o hermenéutica ambiental necesaria al aplicar la no regresión. Incluso, la construcción de una nueva forma de interpretar dicha rama del derecho en el siglo XXI. Nos preocupa que a cualquier concepto nuevo le estemos dando la categoría de principios. Para la doctrina el principio general de derecho tiene una serie de características que nos hacen pensar que muchas categorías jurídicas a las que llamamos en derecho ambiental “principio” no lo son.

Insistimos, para efectos de este ensayo, la no regresión nos obliga a un cambio en el abordaje por medio de la interpretación y de la hermenéutica jurídica ambiental. Es importante recordar que hay autores que enfatizan que analizándolo como principio se refiere sólo a una aplicación dirigida esencialmente “al núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales²”, o la tutela de un piso mínimo con la búsqueda de un nivel cada vez más amplio de calidad ambiental³.

Nos preguntamos ¿es aplicable sólo en lo jurídico ambiental o se extiende a lo jurídico-político, jurídico-económico o jurídico-administrativo relacionado al ambiente? ¿Cuáles son los límites de la no regresión? ¿A partir de qué parámetros jurídicos o técnicos debo medir la no regresión? Muchas otras dudas pueden surgir. Nos parece importante aportar algunos elementos para la discusión.

“El derecho ambiental tiene una generación de atraso con respecto a los problemas que debemos resolver en la actualidad”

Rafael González Ballar

I. ALGUNOS CRITERIOS NECESARIOS PARA INTERPRETAR LA NO REGRESIÓN.

1. Nuevos criterios para la interpretación expansiva de la no regresión.

Es importante afirmar que la no regresión surge por los aspectos que se han dado en las últimas décadas de una falta de gobernanza ambiental a nivel internacional y en algunos países a nivel nacional. El Derecho Ambiental tiene una generación de atraso con respecto a los problemas que debemos resolver en la actualidad. No vamos a abordar dichos cambios en el presente ensayo. Sin embargo, en próximos ensayos es necesario replantear el objeto, funciones, principios y normas, confrontación de fuentes y la hermenéutica jurídica ambiental.

Para efectos de nuestro objetivo, sin pretender agotar el tema, plantearemos algunos puntos importantes relacionados con la interpretación y la hermenéutica jurídica ambiental y su necesaria aplicación a la no regresión.

A pesar de la prédica a lo interno de las agencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de la necesidad del desarrollo sostenible, y de la existencia de agencias y comisiones como el Centro Mundial para el Desarrollo Sostenible y del Consejo Comercial para dicha materia o el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), existe fuerte presión de gobiernos e intereses corporativos que se oponen a un desarrollo de tratados y legislación ambiental por el temor a que la misma va a significar el retraso del avance económico. En el mismo sentido la creación de la Comisión para el Desarrollo Sostenible por parte de la Asamblea General para dar continuidad y efectividad a las obligaciones de la Agenda 21, los países se han negado a darle apoyo y no se han producido suficientes e importantes nuevos tratados.

Por último el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), a pesar de sus esfuerzos en el pasado en pro de las políticas y la legislación ambiental, desde el 2004 ha empezado a reducir el enfoque en la legislación ambiental y el mejoramiento de la implementación de los tratados multilaterales en dicha materia⁴.

No vamos a entrar en la polémica de si la no regresión es o no un principio. Nos parece más importante recordar que como principio, el juez, el legislador o el operador jurídico pueden delimitarlo e interpretarlo más objetivamente si está plasmado en una norma jurídica. Nuestras reflexiones nos llevan a encontrar la no regresión en regulaciones ya existentes en Costa Rica.

Creemos importante analizar algunos de los nuevos planteamientos de la hermenéutica jurídica ambiental como esenciales para entender la no regresión ante un mundo con una falta de gobernanza evidente. La interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos, el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir -de la Pacha Mama- como lo dice la moderna constitución del Ecuador⁵ en sus artículos 14 y 71. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper -ampliar- los criterios clásicos de la interpretación jurídica.

1.1 El bloque de legalidad ambiental.

Una de las bases de la interpretación expansiva del derecho ambiental se encuentra en la amplitud del criterio de legalidad que lo nutre así como el de sus fuentes: los tratados internacionales, regionales, los convenios, protocolos, la normativa propia de cada país, los principios generales del derecho en su sentido más amplio, los propios y los del derecho público, el soft law, las leyes y reglas de la ciencia, la técnica, la lógica, la conveniencia- artículos 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública, (LGAP) entre otras. En Costa Rica al menos esto lo ha reafirmado nuestra Sala Constitucional en su jurisprudencia.

El criterio jurisprudencial (voto 1993-6240) de nuestra Sala Constitucional, por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, y sus normas no precisan de mayor desarrollo legislativo, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.

La Sala al resolver los amparos por violaciones al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o las acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha fundamentado sus fallos en el derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de soft law, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible.

Otro aspecto importante que quisiera introducir en el desarrollo del tema, aunque atrevido, es cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar en el derecho ambiental. Lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de soft law, al momento de su aplicación al caso concreto. Entonces hablaremos, claro está, de una mutua relación o comunicación de fuentes. Ello sólo lo podremos hacer en el instante en que el intérprete tenga claros algunos nuevos y viejos principios en la nueva hermenéutica jurídica ambiental.

1.2 Una nueva hermenéutica jurídica ambiental.

Nos parece importante tener claro que la no regresión la visualizamos como uno de los nuevos conceptos jurídicos derivados del desarrollo de una ética ambiental cuyo origen permite una potenciación o expansión de la interpretación para el ambiente.

Lo anterior implica empezar a discutir la necesidad de una nueva hermenéutica jurídica ambiental para interpretar de acuerdo con las nuevas necesidades que impone la sociedad del riesgo⁶.

Recordemos que la hermenéutica tradicional nos plantea el criterio del círculo hermenéutico. Es un momento esencial para el intérprete por medio del cual se establece la relación con el objeto dentro de un contexto determinado. Lo que nos interesa resaltar en este tema es el mecanismo de la preconcepción. Lo anterior significa que el intérprete siempre tendrá una serie de vivencias, ideas, conceptos con los cuales dará sentido y un juicio de validez a la construcción del sentido del objeto.

En el caso del derecho ambiental nos parece importante y conveniente aportar el hecho de que la hermenéutica jurídica ambiental debe tener una serie de características propias y necesarias en el mecanismo de la preconcepción del intérprete. Introducimos, no como únicas pero para el presente ensayo como esenciales:

- La necesidad de un nuevo marco teórico axiológico. Ello debe empezar desarrollando más que todo la idea de un nuevo tipo de Estado. Lo podremos llamar Estado Ecológico, Estado de Derecho Ambiental, lo esencial es que debe ser un Estado solidario. Con visión bioética al decir de Leonardo Boff⁷, o con un nuevo planteamiento de las relaciones sociales del hombre con la naturaleza en el Marxismo ecológico al decir de Elmar Altvater⁸. Una ordenación jurídica del mercado de Vicente Bellver⁹. Es necesaria una nueva ética ambiental antropocéntrica ampliada pero intra e intergeneracional¹⁰.
- La necesidad de una nueva racionalidad ambiental. Es decir un sistema de valores que normativicen acciones con cuatro ejes esenciales: desarrollo ecológicamente sostenido, socialmente equitativo, culturalmente diverso, políticamente democrático.
- El derecho ambiental por su misma esencia debe tener sobre todo una forma de interpretación sistemática y teleológica. Esto ayudaría a que todo aquello que en el derecho administrativo, con gran influencia sobre el ambiental y el ambiental que en muchos aspectos utilizan conceptos indeterminados, vagos o discrecionales más fácilmente los podamos interpretar de una manera objetiva y que garantice seguridad jurídica y transparencia en la interpretación.
- Algo que no siempre es evidente es la claridad en la utilización de los principios propios del derecho ambiental. Nos referimos al

preventivo, precautorio, de responsabilidad incluyendo en éste último el que contamina repara, de información, de participación y el de mínimo existencial ecológico.

- Estar apegado en la interpretación, por la importancia del derecho constitucional en el ambiental, de los principios de interpretación constitucional como el de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación¹¹.

II. LA NO REGRESIÓN ES NORMA JURÍDICA INTEGRADORA.

Encontramos dos formas de interpretación y aplicación integradora que tendrán consecuencias teóricas o prácticas importantes. Nos referimos a la no regresión integradora en sentido positivo y negativo.

1. Como imperativo jurídico negativo.

En este sentido se hace presente sobre todo el principio de seguridad jurídica. La interpretación obliga a no variar la categoría jurídica dada, los niveles, los estándares en detrimento de los aspectos sustanciales que originalmente le dan vida a un instituto jurídico.

Cualquier forma de interpretación, acción o actos tomados por la administración desmejorando o en contra de lo dispuesto en el Bloque de Legalidad Ambiental se podría considerar una violación a una norma imperativa obligatoria que no admite regresión. Algunos ejemplos nos ayudarán a entender los posibles alcances.

Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América, Ley No. 3763 del 19 de octubre de 1976 (conocido como el Convenio de Washington), que en su artículo 3 establece que *“las riquezas existentes en los parques nacionales no se explotarán con fines comerciales”*. En virtud de lo anterior cualquier iniciativa que conllevara la *“explotación comercial de las riquezas naturales”* sería contraria al Convenio y a la Constitución misma (artículos 7 y 50 constitucionales). ¿Cuáles son los parámetros que nos deben guiar para medir los alcances de la prohibición?

En nuestro país la Sala Constitucional nos ha dado ejemplos de actividades que puedan poner en peligro la integridad de las áreas protegidas (voto 18529-08), incluyendo al disminución de sus límites (voto 1056-09 tratándose de un refugio de vida silvestre). Se debe de *“acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos administrativos individuales como los de carácter reglamentario, 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". (entre otros, resoluciones: 17126-2006 y 11562-2006)

Las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR, contiene párrafos donde es posible encontrar el sentido de regresión en sentido negativo pero por igual en su sentido positivo. Nos interesa sobre todo la manifestación de que cada parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único condicionante que dichas reformas busquen lograr "altos niveles de protección" concepto que implicaría sentido de la progresión y no de la regresión.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 17.2.1.a: numeral 29, que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a los Estados partes, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Esta es una obligación a aplicar de manera sostenida y recurrente al derecho fundamental al ambiente.

2. Como imperativo jurídico positivo.

En este sentido el principio de progresividad y regularidad obliga a una interpretación siempre con el mejoramiento de los niveles o estándares de cualquier categoría jurídica. En este sentido, la no regresión como norma integradora positiva, es preciso medir en que tanto el Estado es lo suficientemente eficaz y eficiente en materia ambiental.

Lograr lo anterior será posible si entendemos la necesidad de un buen gobierno por medio de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza.

Gobernabilidad se refiere solo a "la cualidad de gobernable", mientras que Gobernanza es el "Arte o manera de gobernar (para) el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la Sociedad Civil y el Mercado de la Economía".

En el ámbito de la gobernanza se distinguen cuatro consideraciones diferentes del concepto de gobernanza en el ámbito del desarrollo. En primer lugar, la Ciencia de la Administración hace uso del término a partir de la constatación de la erosión de las fronteras entre lo público y lo privado en la conducción de los asuntos públicos. La gobernanza resultaría de la interacción entre agencias públicas, agentes privados, individuos y organizaciones. El enfoque de la gobernanza no es sólo descriptivo sino normativo, ya que se subrayan determinadas cualidades de una buena gobernanza: transparencia, participación, responsabilidad, etc. En segundo lugar, las Relaciones Internacionales, en tanto que disciplina académica, hacen un uso diferente del mismo término. La Gobernanza

internacional se conecta con las teorías de la interdependencia y se acentúa el hecho de que existen regímenes internacionales estables dentro de los cuales los estados asumen obligaciones y normas mutuas. La cooperación internacional se basa en determinadas pautas de comportamiento mutuamente aceptadas. La gobernanza es igualmente una noción tanto descriptiva como normativa, ya que se promueve la integración política y económica como una condición necesaria para la buena gobernanza internacional. En tercer lugar, la política comparada ha hecho un uso frecuente del término aportando su propia matización. La gobernanza es un concepto dinámico que se refiere a los procesos de transición política o democratización y que se centra en la legitimación de las instituciones del Estado y de los procesos decisorios y de políticas públicas. En este sentido, subraya la importancia de las relaciones entre la sociedad y el Estado y el marco legal e institucional formal. Finalmente, las agencias internacionales de desarrollo parten de un concepto genérico que define la gobernanza como el modo en el que la actividad política puede conducir el funcionamiento de las sociedades.”¹²

Debe existir buena gobernanza para el manejo de la integridad ecológica, la eficiencia económica y la equidad social. Es necesario verlos como principios de un ideal progresivo de cualquier Estado moderno. Al declarar el proyecto minero de Crucitas de conveniencia nacional el ex presidente de Costa Rica Oscar Arias Sánchez nos dio un ejemplo de como él entiende la gobernabilidad y nunca entendió la necesidad de una buena gobernanza en el sentido antes mencionado. Un pensamiento de este tipo está en regresión por las consecuencias ambientales que ya conocemos.

Para nuestro estudio es de resaltar los elementos más importantes que se derivan de una buena gobernanza. Los que detallamos a continuación son de relevancia, pero priorizamos para nuestro ensayo la eficacia y la eficiencia, como parte de cualquier Estado que progresivamente pretenda mejorar el derecho humano al ambiente.

- No incurrir en abuso o en desviación de poder.
- Ejercicio proporcional, racional y razonable del poder.
- Respetar el Estado de Derecho.
- Respetar los derechos humanos y libertades fundamentales.
- Cumplir con los principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia en el ejercicio del poder.
- Cumplir los principios constitucionales de justicia, equidad y de igualdad
- Régimen de toma de decisiones públicas de modo democrático y

participativo.

- Rendición de cuentas y transparencia.
- Medidas efectivas de combate a la corrupción.

La Sala Constitucional ha utilizado ambos conceptos de una manera clara para imponer a la Administración una obligación en la gestión del poder.

En la eficiencia su contenido descansa en obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos materiales, tecnológicos y financieros; para el juez constitucional no es sólo la realización de las funciones públicas, sino también llevarlos a cabo de la mejor manera, que implica buena calidad y mínimos costos. (Voto 1696-92)

Este criterio la Sala Constitucional lo mantiene durante el período 1992-2011, sin que se aprecien cambios sustanciales en la jurisprudencia¹³.

En la eficacia se supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas diseñados por el ordenamiento jurídico y ligado a la evaluación y rendición de cuentas.

Este principio fue señalado por la Sala Constitucional en los votos 1182-2003, 09141-2004, 16397-2008, 06706-2005 y 12773-2010 y 15393-2010, no dándose cambios la jurisprudencia de este órgano de Administración de Justicia a lo largo de 21 años de funcionamiento. Ciertamente, se nota un reforzamiento de la característica “responsabilidad”, como parámetro de ponderación del juez ordinario respecto de la actuación de la Administración, a partir de la reforma constitucional al artículo 9 en 2003.

El ideal lo expresa muy bien el profesor Mario Peña Chacón en el artículo publicado en la presente obra, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado, “el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia delante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales”.

En Costa Rica nuestra Sala lo ha manifestado en el voto 2010-18202, aceptando para nosotros la aplicación directa de la no regresión en materia ambiental.

El sentido positivo de la no regresión, la encontramos en lo dispuesto en el artículo 26 de La Convención Americana de Derechos Humanos,

pero en esta ocasión relacionado con la progresividad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador. El profesor Cafferatta resume muy bien las ideas de Prieur en Francia y Sosso en Argentina y que compartimos relacionados con el desarrollo del tema de la progresividad¹⁴.

2.1 Los aspectos técnico científicos

Nos parece importante recordar que la no regresión ya está presente en algunas regulaciones previstas en nuestra Ley General de la Administración Pública (LGAP). Lo anterior incluso para efectos de interpretación tendrá el rango de la norma interpretada. No puede la administración ni interpretar, ni dictar actos o promover actividades que en esencia vayan a ser contrarios a reglas de la ciencia o la técnica las cuáles por ser unívocas no presentan dudas de que no pueden ser violentadas. Notemos que incluso sería posible una no regresión cuando es contrario a reglas elementales de justicia, lógica o conveniencia. El artículo 16 de la ley mencionado es claro:

1. *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.*
2. *El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.*

Los anteriores razonamientos son aplicables a la interpretación en el Derecho Ambiental y condicionan a la administración en esta materia.

Existen votos de la Sala Constitucional de interés relacionados con la importancia de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático. (Voto 12282-2011) Otro ejemplo que hemos venido citando es el derivado de la relevancia en la generación de energía mediante fuentes limpias. (Voto 13100-2010)

2.2 Los aspectos jurídico administrativos.

Los encontramos desde el artículo 50 de la CP obligando al Estado a asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales”. (Voto 1999-644)

La Sala insiste en la necesidad de un criterio técnico que sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”. (Voto 2010-18702).

Cuando la Comisión Brundtland nos legó el criterio de la justicia inter e intrageneracional nos obliga a interpretar pensando en la progresión. Es decir siempre en la necesidad de un mejoramiento para nuestras y futuras generaciones. Nunca condiciones ambientales menos favorables para una calidad de vida igual o parecida para ellas.

Debemos empezar por valorar lo que llamamos el uso expansivo del bloque de legalidad y uso más adecuado de las fuentes en materia del derecho ambiental para lograr una forma objetiva de interpretarlo.

Podemos cerrar con el reciente ejemplo de la Constitución de Ecuador donde aparece la no regresión como norma integradora en sentido positivo a nivel constitucional.

- Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
- Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración....el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

CONCLUSIONES

La no regresión ha acompañado el pensamiento de la humanidad en la evolución de muchas de sus manifestaciones. En el campo de lo jurídico lo vemos ya presente en el principio de progresividad en la interpretación de los derechos humanos y en el de seguridad jurídica. Como nuevo concepto jurídico necesita más precisión. Debemos insistir en nuevas formas de interpretación en el derecho ambiental y el perfeccionamiento de una hermenéutica jurídica ambiental.

Consideramos que la no regresión está presente en normas jurídicas ya presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Directa o indirectamente lo encontramos como norma integradora en sentido negativo y positivo. El criterio de progresión en la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador es una forma de su manifestación. Cuando la LGAP obliga a la Administración a no dictar actos contrarios a las reglas de la ciencia, la técnica, la lógica y la conveniencia. Los criterios modernos del buen gobierno para el Estado lo obligan a ser eficiente y eficaz y la jurisprudencia reiterada de nuestra Sala Constitucional así lo ha dejado

claro. Señalamos tratados propios del derecho ambiental o de libre comercio que insisten en la progresión y por ende en la no regresión.

La Constitución del Ecuador, como normas más de avanzada, es un claro ejemplo moderno de caracterización de formas de garantizarle derechos a la naturaleza, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales en regulaciones específicas. Por último, la restauración como concepto más técnico que jurídico, integrado en normas constitucionales, en un sentido positivo permite integrar la no regresión.

BIBLIOGRAFÍA

- Addink, G.H. (2009) ¿Buen gobierno un deber de la administración o un derecho ciudadano?, Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/Buen%20Gobierno%20FINAL.pdf>
- Cafferatta, Néstor A., Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 General del Ambiente, Avances y Novedades, accesible en <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/08/11/2012/doctrina-del-dia-reformulacion-del-principio-de-progresividad-a-10-anos-de-la-ley-25675-general-del-ambiente-avances-y-novedades>
- Rojas Aravena Francisco, La Gobernabilidad en América Latina Balance reciente y tendencias a futuro. Costa Rica, 2005.
- Alarcón García Gloria, Justicia ecológica y protección al medio ambiente. Coordinadora. Editorial Trotta, Madrid 2002.
- Unión Mundial para la Naturaleza. “De Río a Johannesburgo: Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica”. 2002.
- Daniel C. Esty, Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law, Yale Law School, 2006.
- Jan Wouters and Cedric Ryngaert, Good Governance: Lessons From International Organizations, Institute for International Law Working Paper No 54 – May 2004.
- Robinson, Nicholas A., Reflecting on Rio: environmental law in the coming decades, in Environmental law and Sustainability after Rio, EE, 2011.

NOTAS

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Nantes, ex decano de la Facultad de Derecho y profesor de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN). rgonzalezballar@gmail.com
2. Krell Andreas J, Desemobimento sustentável nas praias de Maceió: a liberacao de epagoes pelo Novo Código de Urbanismo e Edificacoes, Maceió, Edufal, 2008.
3. Femsterseifer Tiago, Direitos fundamentais e protecao do meio ambiente: a dimensao ecológica a dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Socioambiental de Direito, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
4. Robinson, Nicholas A., Reflecting on Rio: environmental law in the coming decades, in Environmental law and Sustainability after Rio, p. 10, 11, 18 y 23, EE, 2011.
5. Constitución Política del Ecuador, 2008.
6. Germana Parente Neiva B., Hermenéutica jurídica Ambiental, Ed. Saraiva Brasil, 2011
7. Boff Leonardo, Saber cuidar: ética do humano compaixao pela terra, Petrópolis Voxes, 1999.
8. Alvater Elmar, Existe un marxismo ecológico? In Boron Atilio Amadeu, Javier González, A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas, Traducao de Rodrigo Rodrigues, Sao Paulo Clacso, Expresao Popular, 2007.
9. Vicente Bellver Capella, Ecología: de las razones a los derechos, Edit. Comores, Brasil, 1994.
10. Germana Parente Neiva B. Hermenéutica jurídica Ambiental, Ed. Saraiva Brasil, 2011
11. Alexy Robert, Teoria dos direitos fundamentais, Traducao de Virgilio Alfonso Da Silva, Sao Paulo, Malheiros 2008.
12. Rojas Aravena Francisco. La Gobernabilidad en América Latina, Balance reciente y tendencias a futuro. Costa Rica, 2005 y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Prácticas de buen gobierno para la protección de derechos, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf
13. Para ahondar en el tema véanse los votos: 03409-92, 00140-93, 02541-93, 05056-93, 11832-2003, 06706-2005, 16397-2008, y 02892-2011, 12773-2010, 15393-2010, 03043-2011.
14. Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968. Este tema de la progresividad es analizado por el profesor Néstor A. Cafferatta, Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 general, en Revista de Derecho Ambiental, Avances y novedades, Publicado el 8 de noviembre 2012, de Abeledo Perrot.

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE “NO REGRESIÓN AMBIENTAL” EN EL DERECHO COSTARRICENSE

EDGAR FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ¹

INTRODUCCIÓN

El principio de “no regresión ambiental”, o de “no regresión en Derecho Ambiental”, es una creación doctrinal reciente que busca ser reconocida como un principio del Derecho Ambiental. Como no figura aún en ningún texto jurídico, no existe en estos momentos una definición jurídica del mismo. El Parlamento Europeo, en su Resolución del 29 de setiembre del 2011 sobre la elaboración de una posición común de la Unión Europea en vista de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), en su párrafo 97, hizo un llamado “al reconocimiento del principio de no regresión en el contexto de la protección ambiental y de los derechos fundamentales”, pero no sugirió ninguna definición.

Una propuesta de definición es la establecida en la Recomendación No. 1 sobre el Principio de No Regresión en Materia Ambiental, que la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental acontecida en Limoges (Francia) del 29 de setiembre al 1 de octubre de 2011, hiciera a los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Río de Janeiro en junio de 2012. Dicha recomendación establece: *“Para evitar cualquier retroceso en la protección del medio ambiente, los Estados deben, en aras del interés común de la humanidad, reconocer y consagrar el principio de no regresión. Para ello, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que ninguna acción pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento”*².

Como antecedentes, según cuenta Michel Prieur, uno de los juristas que ha liderado el llamado al reconocimiento del principio de “no regresión en Derecho Ambiental”, debido a que sobre este derecho se ciernen actualmente múltiples amenazas que lo ponen en riesgo de retroceder, en agosto del 2010, en el seno de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN, se creó un grupo de expertos para poder juntar las experiencias y argumentos jurídicos que permitieran frenar dichas amenazas³. Igualmente, desde 2011, un equipo franco-argentino de las Universidad de Limoges – de la cual forma parte Michel Prieur – y de la Universidad Nacional del Litoral, trabajan en el Proyecto de Investigación Binacional denominado *“La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y Perspectivas”*⁴.

El primer estudio publicado acerca del contenido, alcances, límites, excepciones y fundamentación jurídica que podría tener este principio en el Derecho Costarricense, fue el artículo de Mario Peña Chacón titulado “El Principio de No Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense”⁵. Partiendo de dicho estudio, el presente artículo tiene como objetivo realizar algunas reflexiones puntuales acerca de este principio y su aplicación en el Derecho Costarricense.

En un primer momento, se reflexionará acerca del objeto de la “regresión ambiental”, con la intención de poder contribuir a determinar en qué casos sí, y en qué casos no, estaríamos en presencia de una regresión de este tipo para efectos de la aplicación del principio de “no regresión ambiental” (I). En un segundo momento, la atención se centrará sobre la interrogante de si estamos en presencia de un principio absoluto o relativo (II). En un tercer momento, se analizarán ejemplos de situaciones en las que podríamos estar ante violaciones a este principio (III). Finalmente, se reflexionará también acerca de cómo el control a posteriori del principio podría resultar ineficaz, dependiendo del alcance que se le dé a la máxima de la no afectación de derechos adquiridos de buena fe que hayan podido derivar de la aplicación de una norma contraria al principio (IV).

I. EL OBJETO DE LA “REGRESIÓN AMBIENTAL”

Una interrogante que surge cuando hablamos del principio de “no regresión ambiental”, es la de qué es lo que debe retroceder para estar en presencia de un retroceso o regresión de este tipo: ¿basta que se produzca una reducción o flexibilización del nivel actual de protección jurídica, o es necesario también que, como consecuencia de dicha reducción o flexibilización, se cause un deterioro o se ponga en peligro de deterioro al ambiente?

Pareciera que la “no regresión ambiental” hace referencia al nivel de protección jurídica de que gozan determinados espacios, bienes o servicios ambientales; es decir, que para que haya “regresión ambiental”, basta con que se reduzca o flexibilice dicho nivel de protección jurídica alcanzado hasta el momento. Ello se colige de la definición que nos da Mario Peña en el supracitado artículo: *“El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad”*⁶. También se colige de la supracitada Recomendación No. 1 sobre el Principio de No Regresión en Materia Ambiental, la cual pareciera ir en el mismo sentido de hacer referencia al nivel de protección jurídica alcanzado.

Partiendo de lo anterior, conviene interrogarse acerca de si al principio de “no regresión ambiental” debería reconocérsele un carácter absoluto o relativo.

II. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL

Como se verá a continuación, pareciera que el principio de “no regresión ambiental” no puede ser absoluto, sino que debe admitir excepciones, ya que en ciertos casos es conveniente y hasta necesario una reducción del nivel de protección jurídica. De lo contrario podríamos estarnos poniendo una “camisa de fuerza”.

Lo anterior no quiere decir que se esté aceptando que se produzca un deterioro ambiental o que se ponga en peligro de deterioro al ambiente. Esto por cuanto la reducción del nivel de protección jurídica no puede admitirse si ello conlleva tales efectos. Por lo tanto, dicha reducción del nivel de protección sólo puede darse en aquellos casos en los que se demuestre técnica y científicamente que con un nivel más reducido, o menos rígido, de protección jurídica, no se estaría deteriorando, o poniendo en peligro de deterioro, al ambiente.

En este sentido, en su Voto No. 7294-98 de las 16:15 horas del 13 de octubre de 1998⁷, por medio del cual se declaró inconstitucional el artículo 71 de la Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, el cual reducía la superficie de la Zona Protectora Tivives, la Sala Constitucional indicó:

*“Sin embargo, se debe tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, implica una defensa del derecho fundamental al ambiente y, por ello, **la reducción de cabida no debe implicar un detrimento de ese derecho**, situación que debe establecerse en cada caso concreto. No resulta necesariamente inconstitucional el hecho de que por medio de una ley posterior se reduzca la cabida de una zona protectora, una reserva forestal, un Parque Nacional o cualesquiera otros sitios de interés ambiental, **siempre y cuando ello esté justificado en el tanto no implique vulneración al derecho al ambiente**. (...) Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, **en el tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste**. De allí que para reducir un área silvestre protegida cualquiera, **la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional**”* (el resaltado no es del original).

En el mismo sentido, en el Considerando V del Voto No. 2006-16276 de las 14:56 horas del 8 de noviembre del 2006, a través del cual fue declarado inconstitucional parte del artículo 70 del Reglamento para las Actividades de Aviación Agrícola⁸, la Sala Constitucional indicó que el actual contenido de dicho artículo *“constituye un menor nivel de protección en relación al artículo 75 del Reglamento anterior”* (el resaltado no es del original),

ya que disminuye la franja de no aplicación aérea de plaguicidas entre el campo a fumigar y las casas, poblados y otros. Además, invocando el mencionado Voto No.7294-98, dijo que en estos casos debía aplicarse el principio precautorio, *“sobre todo, tomando en cuenta que **no hay fundamento científico ni técnico que justifique la disminución de la franja**”* (el resaltado no es del original).

Finalmente, siempre en el sentido dicho, en la opinión jurídica OJ-122-2009 del 30 de noviembre del 2009, por medio de la cual se dio respuesta a una consulta de la Comisión Permanente Especial de Ambiente de la Asamblea Legislativa respecto al proyecto de ley No. 17383 denominado “Ley de Rectificación de Límites del Parque Nacional Marino Las Baulas y Creación del Refugio Nacional de Vida Silvestre Las Baulas de Propiedad Mixta”, la Procuraduría General de la República indicó:

*“Por tanto, para adoptar una medida como la propuesta, **desmejorando el nivel de protección (...), es claro que debe contarse con un estudio técnico que determine con certeza la no afectación de la integridad y unidad ecológica del ecosistema que motivó la creación del parque**”* (el resaltado no es del original).

Dos ejemplos de casos en los que podría ser necesario o útil que exista una excepción al principio de no regresión ambiental serían: el Proyecto de Ley del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional No. 17512 (A), y los cambios de categoría de manejo de “reserva biológica” a “parque nacional” (B).

A. Proyecto de ley del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional no. 17512

Este proyecto de ley busca crear un régimen de excepción al régimen de las áreas silvestres protegidas en general, y de los refugios nacionales de vida silvestre en especial, con el fin de poder contar con los instrumentos para regularizar la situación de tenencia de la tierra dentro del Refugio en aquellos casos en los que técnicamente se compruebe que la presencia humana no pone en peligro sus objetivos de conservación. Esto por cuanto, de aplicarse el régimen jurídico actualmente existente, debería desalojarse a toda aquella persona que se encuentre viviendo o realizando otros usos estables en terrenos del Estado situados dentro de los límites del Refugio, independientemente de que su presencia y su actividad vayan o no en contra de, o pongan o no en peligro, los objetivos de conservación del Refugio.

De aplicarse un principio de no regresión ambiental que no admita excepciones, un proyecto de ley como éste, que busca armonizar la protección ambiental con la realidad social en tanto ello sea técnicamente factible, nunca podría ser aprobado como Ley de la República, ya que iría

en contra de dicho principio. Tampoco hubiera sido posible que la Sala Constitucional adicionara y aclarara el Voto No. 2009-2020 de las 8:30 horas del 13 de febrero del 2009, mediante el cual había ordenado al Director del Área de Conservación Tempisque del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio de Ambiente y Energía, llevar a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias para que, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta sentencia, *“a) Se desaloje a toda persona física o jurídica que ocupe terrenos ubicados dentro del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional, salvo que se trate de ocupantes anteriores a la creación del refugio en el año de 1983, o bien hayan sido autorizados para ejercer actividades de investigación, protección, capacitación y ecoturismo”*. Dicho voto fue adicionado y aclarado mediante el Voto No. 2009-16892 de las 14:11 horas del 4 de noviembre del 2009, en el sentido de que *“el MINAET y la Dirección Regional del Área de Conservación Tempisque del SINAC, deberán desalojar, únicamente, a las personas físicas o jurídicas cuya presencia en el entorno pueda afectar los fines o propósitos del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional, como sitio de anidamiento masivo de las Tortugas Lora. La determinación de esas personas, la hará el MINAET y la Dirección Regional dicha, con fundamento en criterios técnicos, unívocos, técnicos y científicos que deberán serle informados a este Tribunal Constitucional. (...)”*. Para emitir esta adición y aclaración, la Sala Constitucional tomó en consideración *“las graves dislocaciones sociales (...) que provocaría un desalojo masivo e indiscriminado, como el ordenado en el Voto No. 2020-2009”*. Como se observa, mediante la citada adición y aclaración la Sala Constitucional flexibilizó la orden dada en la primera sentencia, pero al mismo tiempo dictó las medidas necesarias que deben ser tomadas para que con dicha flexibilización no se cause un daño al ambiente o se le ponga en peligro.

B. Cambios de categoría de manejo, de “reserva biológica” a “parque nacional”

Las dos categorías de manejo más restrictivas con las que cuenta la legislación costarricense son las de “reserva biológica” y “parque nacional”, siendo la de “reserva biológica” la más restrictiva puesto que prácticamente el único uso que se puede hacer en ellas es el de investigación científica, contrario a la de “parques nacionales” en la que se pueden recibir visitantes para que disfruten de sus bellezas naturales.

Debido a la diferencia anteriormente apuntada, muchas veces las comunidades aledañas a las reservas biológicas presionan para éstas sean convertidas en parques nacionales, con el fin de atraer turistas a la zona y con ello generar beneficios económicos a las comunidades. Como resultado, se han dado casos en los que se ha producido el cambio de categoría de manejo de “reserva biológica” a “parque nacional”, como

es el caso del cambio de “Reserva Biológica Carara”⁹ a “Parque Nacional Carara” . Pero también se presentan casos de reservas biológicas que en la realidad son manejadas como si fueran parques nacionales, como es el caso de la Reserva Biológica Isla del Caño, la cual recibe miles de visitantes al año.

Técnicamente puede ser factible el cambio de categoría de “reserva biológica” a “parque nacional”, sin que ello implique un menoscabo para la protección ambiental. Además, a través de la zonificación de un parque nacional se pueden prever zonas al interior del mismo que sean manejadas como reserva biológica.

Como corolario de todo lo anterior, podría decirse que aún en los casos en los que se compruebe técnicamente que con la reducción del nivel de protección jurídica no se está poniendo en peligro o deteriorando el ambiente, estaríamos, estrictamente hablando, ante una “regresión ambiental” – desmejora del nivel de protección jurídica –, sólo que al ser la misma “aceptada” por el principio de “no regresión ambiental”, entraría dentro de sus excepciones y no se estaría violentando el mismo.

Como se mencionó anteriormente, pareciera entonces que el principio de “no regresión ambiental” no puede ser un principio absoluto, que no admita excepciones, ya que es posible aceptar excepciones razonables desde el punto de vista constitucional, que serían aquellos casos en los que técnica y científicamente se demuestre la inocuidad para el ambiente del nuevo régimen jurídico de protección. Por ello, pareciera que a la supracitada Recomendación No. 1 sobre el Principio de No Regresión en Materia Ambiental, le hace falta prever alguna hipótesis de excepción.

III. SITUACIONES CONTRARIAS AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL

A continuación se analizarán dos ejemplos de situaciones frente a las cuales se estaría ante una violación del principio de no regresión ambiental: la “desafectación”, sin estudios técnicos previos que la justifiquen, de espacios sometidos a un régimen especial de protección (A) y la desnaturalización de las excepciones legalmente permitidas a un régimen de protección ambiental (B).

A. Desafectación, sin estudios técnicos previos que la justifiquen, de espacios sometidos a un régimen especial de protección

A continuación se analizarán casos de desafectación, sin estudios técnicos previos que la justifiquen, de tres tipos de espacios que se benefician de un régimen especial de protección: las áreas silvestres protegidas (1), el

anillo de contención urbana del Gran Área Metropolitana (GAM) (2), y el Patrimonio Natural del Estado (PNE) (3).

1. Las Áreas Silvestres Protegidas

Dos casos emblemáticos en los que se desafectaron porciones de áreas silvestres protegidas sin estudios técnicos previos que lo justificaren, fueron el del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca- Manzanillo (a) y el del Refugio Nacional de Vida silvestre Isla San Lucas (b).

a. El refugio nacional de vida silvestre Gandoca-Manzanillo

Por Decreto Ejecutivo No. 34043-MINAE del 11 de setiembre del 2007, se agregó al Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo un área marina que originalmente no formaba parte del mismo. Sin embargo, el mismo decreto le segregó áreas terrestres que formaban parte del mismo.

A pesar de que la redacción del referido decreto intentaba dar a entender que el Refugio se estaba ampliando, por ser el área agregada mayor en superficie que el área segregada, la Sala Constitucional, en su Voto No. 2009-1056 de las 14:59 horas del 28 de enero de 2009 estimó: 1. Que la exclusión de áreas terrestres del Refugio equivalen a una reducción del mismo, independientemente de la ampliación de la zona marina, y 2. Que dicha exclusión es contraria al artículo 50 de la Constitución y al principio de reserva legal.

Con base en estas consideraciones, la Sala declaró inconstitucional y anuló la disposición del decreto que excluía áreas terrestres del Refugio, así como todos los demás artículos que creaban un régimen especial para las áreas excluidas.

b. El Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas

Por Decreto Ejecutivo No. 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero del 2008 fueron agregados, como parte del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas, un área marina y unos islotes. Sin embargo, el mismo decreto segregó del Refugio un área terrestre y un área marina que hasta entonces formaban parte del mismo.

Al igual que en el caso anteriormente comentado del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo, la redacción de este decreto intentaba hacer pasar todo como una ampliación del Refugio, por ser el área agregada mayor en medida que el área excluida. A pesar de ello, en su Voto No. 2010-13099 de las 14:56 horas del 4 de agosto de 2010, la Sala Constitucional, fiel a su línea jurisprudencial, estimó: 1. Que la exclusión de una parte marina y terrestre del Refugio equivalía a una reducción del mismo, independientemente de la ampliación de la zona marina, y 2. Que dicha exclusión es contraria a los artículos 11, 50 y 89 de la Constitución.

Sin embargo, contrario al caso del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo, en este caso la Sala declaró inconstitucional y anuló únicamente la disposición del decreto que hizo la referida exclusión, dejando vigentes todos los demás artículos que creaban un régimen especial para las áreas excluidas¹⁰.

2. El anillo de contención urbana del GAM

Del 2001 hasta la fecha, el Poder Ejecutivo ha emitido tres decretos a través de los cuales ha intentado ampliar el anillo de contención urbana del GAM. Se trata de los decretos No. 29415-MP-MIVAH-MINAE del 28 de marzo del 2001, No. 33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril del 2007 y No. 35748-MP-MINAET-MIVAH del 8 de enero del 2010. Los tres decretos comparten la particularidad de la Sala Constitucional los declaró inconstitucionales por motivo de no haber estado fundamentada la ampliación del anillo de contención en estudios técnicos en los primeros dos casos, y de no haber contado con la viabilidad ambiental otorgada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) en el tercer caso¹¹.

3. El Patrimonio Natural del Estado

Por Decreto Ejecutivo No. 35869-MINAET del 24 de marzo del 2010 se emitió un nuevo Manual para la Clasificación de Tierras dedicadas a la Conservación de los Recursos Naturales dentro de la Zona Marítimo Terrestre, el cual derogó el anterior manual, establecido mediante Decreto No. 34295 del 29 de enero del 2008. En el nuevo manual se excluyó de entre los terrenos a clasificar como parte del PNE, a los terrenos forestales, o de aptitud forestal, ello a pesar de que el artículo 13 de la Ley Forestal¹² No. 7575 es muy claro al establecer que el PNE está conformado por “bosques y terrenos forestales”. Además, en el Transitorio III del nuevo manual se otorgó un plazo de 12 meses a partir de la vigencia del nuevo Manual para que el ICT y las municipalidades solicitaran al SINAC una nueva certificación del PNE en terrenos que hubieren sido clasificados como de aptitud forestal conforme a anteriores manuales.

Este decreto nunca fue impugnado por inconstitucional, pero fue derogado por el Decreto No. 36786-MINAET del 12 de agosto del 2011, el cual reincorporó a los terrenos forestales o de aptitud forestal entre los terrenos a clasificar como parte del PNE.

B. Desnaturalización de las excepciones legalmente permitidas a un régimen de protección ambiental

Dos ejemplos recientes de casos en los que se han desnaturalizado las excepciones legalmente permitidas a un régimen de protección ambiental, tienen que ver con las excepciones a la prohibición de cambio de uso del suelo de bosques privados que establece el artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575¹³. Se trata de la desnaturalización de las excepciones

establecidas en los incisos a) (1) y b) (2) del artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575.

1. Desnaturalización de la excepción establecida en el inciso a) del artículo 19 de la ley forestal no. 7575

El inciso a) del artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575 excepciona, de la prohibición de cambio de uso del suelo de bosques privados que establece el mismo artículo, a la construcción de “casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones dedicadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques”.

Dicha excepción fue desnaturalizada por el Decreto No. 35883-MINAET del 5 de abril del 2010¹⁴, mediante el cual el Poder Ejecutivo realizó reformas al Reglamento de la Ley Forestal No. 7575 con la intención de reglamentar el inciso a) del artículo 19 de esta ley.

Este decreto crea, a favor de los propietarios privados de bosques, un derecho a talar árboles, realizar aprovechamiento forestal con base en inventarios forestales, y cambiar el uso del suelo, en hasta un 10% de sus bosques o del área total del inmueble¹⁵.

Por un lado, el decreto desnaturalizó los fines para los cuales, conforme al inciso a) del artículo 19 de la Ley Forestal, la Administración Forestal del Estado puede otorgar permiso de corta de bosque en terrenos privados (a). Por otro lado, desnaturalizó los criterios de que la corta sea “limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos”, establecidos en el párrafo 2 del mismo artículo 19 de la Ley Forestal (b).

a. Desnaturalización de los fines para los cuales la Administración Forestal del Estado puede otorgar permiso de corta de bosque en terrenos privados

El decreto desnaturalizó los fines para los cuales, conforme al inciso a) del artículo 19 de la Ley Forestal, la Administración Forestal del Estado puede otorgar permiso de corta de bosque en terrenos privados, básicamente por dos razones:

En primer lugar, porque incluyó dentro de dichos fines al aprovechamiento forestal, el cual no se encuentra regulado en este artículo sino en los artículos 20 y 21 de la esta ley. En efecto, el artículo 19 de la Ley Forestal lo que regula es la prohibición de cambio de uso de suelo y de establecimiento de plantaciones forestales en bosques privados, así como la posibilidad de cortar árboles en dichos bosques para los fines indicados en sus incisos a), b), c) y d), pero nunca el aprovechamiento forestal. Para empeorar las cosas, el decreto flexibilizó de paso el régimen jurídico establecido para el aprovechamiento forestal al exigir, entre los

requisitos para otorgar el “permiso de intervención o aprovechamiento” del bosque, no el plan de manejo exigido por el artículo 20 de la Ley Forestal, sino un simple “inventario forestal del área efectiva sujeta a la intervención o aprovechamiento (...)”¹⁶.

En segundo lugar, porque interpretó extensivamente las excepciones establecidas en el inciso a) del artículo 19, ya que en muchos casos el referido 10% sería desproporcionado para las excepciones ahí establecidas. Sería desproporcionado, por ejemplo, que en un bosque de 100 hectáreas se autorizara a talar 10 hectáreas para “construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas”. Dicha autorización sería más apta para otro tipo de fines, como “proyectos habitacionales” o “proyectos de desarrollo turístico”. Sin embargo, las excepciones establecidas en el inciso a) del artículo 19 de la Ley Forestal no incluyen este tipo de proyectos, y ello se desprende claramente de la redacción de este inciso.

b. Desnaturalización de los criterios de corta “limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos”

De la lectura del párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Forestal se observa claramente que el carácter limitado, proporcional y razonable de la corta del bosque que la Administración Forestal del Estado puede autorizar es con respecto a los fines mencionados en los incisos a), b), c) y d) del primer párrafo del mismo artículo 19¹⁷. Es decir, lo que exige el segundo párrafo de este artículo es que se autorice a cortar únicamente lo estrictamente necesario para los referidos fines, lo cual tiene como objetivo último el que el bosque –bien jurídico protegido por la Ley Forestal No. 7575– se vea afectado en lo mínimo, de tal forma que conserve las características que lo identifican como bosque.

En lo que interesa, el primer párrafo de la nueva redacción del artículo 36 del Reglamento a la Ley Forestal No. 7575, contenido en el artículo 1 del Decreto No. 35883-MINAET, dispone que el SINAC “*autorizará la intervención o aprovechamiento del bosque conforme lo establecido en el artículo 19 de la Ley Forestal N° 7575, (...), **bajo los criterios de proporcionalidad, razonabilidad**, dentro de una finca inscrita a nombre de persona física o jurídica*” (el resaltado no es del original). En primer lugar, se observa que esta nueva disposición deja por fuera la exigencia de “corta limitada” que establece el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley Forestal. En segundo lugar, a pesar de que hace referencia a “criterios de proporcionalidad, razonabilidad”, lo cual guarda relación con la exigencia de corta “proporcional y razonable” que establece el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley Forestal, el problema se da con las definiciones de “criterio de proporcionalidad” y de “criterio de razonabilidad” establecidas en el artículo 2 del decreto.

La definición de “criterio de proporcionalidad” que establece el decreto no hace en realidad ninguna referencia a la proporcionalidad que debe existir entre los medios utilizados para alcanzar los fines establecidos en los incisos a), b), c) y d) del artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575 –medios entre los cuales se encuentra la corta del bosque–, y los referidos fines. Ello a pesar de que dicha proporcionalidad medios-fines es necesaria para que estos últimos sean alcanzados causando el menor impacto negativo posible al bosque y a la integridad del medio ambiente natural.

Por su parte, la definición de “criterio de razonabilidad” que da el decreto es más bien la que establece algunos criterios que podrían ser de proporcionalidad, aunque no condiciona al cumplimiento de ningún criterio o estudio técnico la posibilidad de talar árboles, realizar aprovechamiento forestal con base en inventarios forestales, y cambiar el uso del suelo, en hasta un 10% de los bosques o inmuebles privados, pues el decreto parte de que ese 10% no es una simple posibilidad sino un derecho que tiene el propietario.

Con todo lo anterior, se deja sin efecto, y por lo tanto se desnaturaliza, la exigencia de que la corta sea “limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos”, establecida en el párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575.

2. Desnaturalización de la excepción establecida en el inciso b) del artículo 19 de la Ley Forestal no. 7575

El inciso b) del artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575 excepciona, de la prohibición de cambio de uso del suelo de bosques privados que establece el mismo artículo, a los “proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional”.

Dos ejemplos de la desnaturalización de esta excepción son: el decreto que declaró de conveniencia nacional al Proyecto Ecoturístico “Cacique-Costa Rica” (a), y el decreto que declaró de conveniencia nacional al Proyecto Minero Crucitas (b).

a. La declaratoria de conveniencia nacional del Proyecto Ecoturístico “Cacique-Costa Rica”

Por medio del Decreto No. 34701-MINAE-TUR del 6 de agosto del 2008¹⁸, el Poder Ejecutivo declaró de conveniencia nacional el Proyecto Ecoturístico “Cacique-Costa Rica”. A través de este decreto se desnaturalizó la excepción contenida en el inciso b) del artículo 19 de la Ley Forestal, ya que la declaratoria de conveniencia nacional se hizo sin que el decreto viniera justificado en sus Considerandos en un balance entre los beneficios sociales y los costos socio-ambientales del proyecto, a pesar de ser este balance un requisito exigido por el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal, para declarar proyectos como de conveniencia nacional.

Tal fue la omisión del balance, que en los Considerandos del Decreto ni siquiera se mencionaron los costos socio-ambientales del proyecto. Únicamente se mencionaron aspectos positivos del proyecto, que fueron en los que al final de cuentas se basó la declaratoria de conveniencia nacional. De esta manera, en el tema ambiental se resaltó el hecho de que se trata de *“un proyecto basado en estándares ambientales rigurosos, ampliamente detallados en el Estudio de Impacto Ambiental”*, y el hecho de que el proyecto cuenta con viabilidad ambiental aprobada por SETENA¹⁹. Por su parte, en cuanto a los beneficios sociales, se indicó que el proyecto brindaría, entre otras, las siguientes *“contribuciones (...) al desarrollo de las comunidades vecinas y de la provincia de Guanacaste (...): a. La creación de 2.500 empleos directos durante la etapa de construcción, de más de 1.300 empleos permanentes de manera directa, y de más de 8.000 empleos permanentes indirectos. b. Una política explícita de prioridad a los habitantes locales en el reclutamiento de personal y a las empresas locales en la selección de sus proveedores. c. El aporte de un millón de dólares americanos para el estímulo al desarrollo de la actividad empresarial local, la educación y la capacitación, el desarrollo artístico y cultural y las iniciativas locales de protección del ambiente. d. La instalación y soporte de laboratorios de cómputo en las comunidades de Panamá, Coco, Hermosa y Sardinal”*²⁰.

Como se observa, la declaratoria de conveniencia nacional del Proyecto Ecoturístico “Cacique-Costa Rica” no se fundamentó en un balance entre los beneficios sociales y los costos socio-ambientales del proyecto, sino exclusivamente en las bondades del proyecto en materia de creación de empleos, y en una serie de regalías ofrecidas por la empresa desarrolladora.

b. La declaratoria de conveniencia nacional del
Proyecto Minero Crucitas

Por medio del Decreto No. 34801-MINAE del 13 de octubre del 2008²¹, el Poder Ejecutivo declaró de conveniencia nacional el Proyecto Minero Crucitas. Al igual que sucedió con el decreto que declaró de conveniencia nacional el Proyecto Ecoturístico “Cacique-Costa Rica”, a través de este decreto se desnaturalizó la excepción contenida en el inciso b) del artículo 19 de la Ley Forestal, ya que en sus Considerandos tampoco consta la realización del balance entre los beneficios sociales y los costos socio-ambientales del proyecto que exige el artículo 3, inciso m), de la Ley Forestal.

En este caso, aparte de la corta de un número determinado de hectáreas de bosque, y de árboles en una cantidad determinada de hectáreas de terrenos de uso agropecuario sin bosque y de plantaciones forestales, el decreto no hizo mención a ningún costo socio-ambiental del proyecto²². Además, dicha corta ni siquiera fue mencionada como uno de los

elementos del balance exigido por la Ley Forestal, sino únicamente como una necesidad que justificaba la emisión del decreto.

Por otro lado, se mencionó que el proyecto *“traerá beneficios económicos a la comunidad de San Carlos y al gobierno central”*, entre los cuales se citaron los siguientes: 1. Desarrollo de las comunidades cercanas a Crucitas y necesidad de mano de obra durante los aproximadamente once años de operación de la mina. 2. Utilización de gran parte de los cerca de 65 millones de colones de la inversión inicial para construir la mina *“para compra de servicios profesionales, pago de contratistas, compra de materiales y maquinaria; mucho de estos adquiridos en la zona de San Carlos”*. 3. Empleo directo a 253 personas, y a 5 empleados indirectos por cada empleado directo, sea 1,256 empleados indirectos. 4. Compromiso social de que al menos el 75% de los empleados sean de la zona cercana a Crucitas. 5. Una planilla anual para pagar empleados estimada en US \$4,132,859. 6. Pago anual a la municipalidad de San Carlos y la comunidad del área de influencia a Crucitas, de aproximadamente US \$1,441,158 durante ocho años, para un total de US \$11,529,263, por concepto del pago del 2% de la utilidad bruta de las empresas mineras que establece el Código de Minería. 7. Funcionamiento de un fideicomiso para desarrollar obras sociales y las acciones de la comisión de monitoreo del Proyecto Crucitas, que recibiría anualmente la suma de US \$364,063. 8. Pago anual por impuesto de la renta de US \$8,790,289, para un total por la vida de la mina de US \$70,322,309.

Como se observa entonces, la declaratoria de conveniencia nacional del Proyecto Minero Crucitas no se basó en un balance entre los beneficios sociales y los costos socio-ambientales del proyecto, sino exclusivamente en los beneficios económicos que generaría por conceptos tales como creación de empleo, pago de planillas, y pago de cánones e impuestos.

IV. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO Y EL ALCANCE DE LA NO AFECTACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS DE BUENA FE

El control a posteriori del principio de no regresión ambiental no es una garantía de respeto al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política. La importancia del Derecho Ambiental radica en su cumplimiento, y por lo tanto en su eficacia. Por eso, muchas veces la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o decretos ejecutivos que violentan el principio de no regresión ambiental pueden resultar en lo que popularmente se denomina *“alegrones de burro”*. Esto por el alcance que se le ha dado en la práctica a la no afectación a derechos adquiridos de buena fe que enuncia el párrafo primero del artículo 91 de la Ley de la

Jurisdicción Constitucional, el cual dispone textualmente: *“La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe”*.

Esta no afectación de derechos adquiridos de buena fe es generalmente interpretada en la práctica, tanto por las municipalidades como por otros órganos y entes públicos, como una incolumidad de las autorizaciones administrativas otorgadas con base en la normativa declarada inconstitucional. En consecuencia, sucede que estos órganos y entes no inician de oficio los procedimientos correspondientes para anular las autorizaciones que fueron dadas con fundamento en dicha normativa.

Algo que no ayuda a revertir esta situación es el hecho de que la Sala Constitucional, en sus sentencias que han declarado inconstitucionales normas por violación al artículo 50 de la Constitución Política, se ha limitado a indicar en el Por Tanto de la sentencia que la declaratoria de inconstitucionalidad se hace *“sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe”*. Un ejemplo de esto lo constituyen los tres votos, anteriormente mencionados, que declararon inconstitucionales los decretos que ampliaron el anillo de contención urbana del GAM. Es decir, en estos casos la Sala ha omitido ejercer la potestad y el deber que le otorga el párrafo segundo del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual establece que *“la sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales”*. Debido a que se trata de materia ambiental, de la cual dependen directamente la vida y a la salud de las personas, sería muy conveniente que la Sala dimensionara los efectos de sus sentencias indicando qué es lo que puede considerarse como un *“derecho adquirido de buena fe”*, y que además ordenara a la o las Administraciones que hayan otorgado autorizaciones con base en la normativa declarada inconstitucional, que inicien los procedimientos correspondientes para anular dichas autorizaciones, todo sin perjuicio de las indemnizaciones que en derecho correspondan.

Casos en los cuales la Sala Constitucional casi sistemáticamente ha dimensionado los efectos de sus declaratorias de inconstitucionalidad, y ha emitido las órdenes pertinentes, son aquéllos en los que han estado de por medio bienes de dominio público. Ejemplos de lo anterior, que podrían ser retomados para dimensionar los efectos de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normativa que violenta el principio de no regresión ambiental, son los siguientes:

El Voto No. 1999-2988 de las 11:57 horas del 23 de abril de 1999, mediante el cual la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 8 de la Ley de Titulación de Tierras ubicadas en Reservas Nacionales, No. 7599

del 29 de abril de 1996. Tanto en el Considerando VI como en el Por Tanto de esta sentencia, la Sala afirmó lo siguiente: *“Asimismo, se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que son derechos adquiridos de buena fe, las titulaciones de tierras declaradas con lugar e inscritas, antes del 16 de mayo de 1997, fecha en que se publicó el primer aviso de la interposición de esta acción en el Boletín Judicial, siempre y cuando, a esta fecha ya hubiere transcurrido el término de tres años, contados a partir de la fecha de la sentencia. En esos casos, deberá el Estado proceder a expropiar en forma inmediata los terrenos titulados y si no fuera así, deberá interponer las acciones ordinarias necesarias para revertir las titulaciones. También serán derechos adquiridos de buena fe, toda mejora introducida antes del 16 de mayo de 1997 en los terrenos ubicados en las áreas protegidas y fronterizas, todo ello, sin perjuicio de los daños y perjuicios que deberán demandarse, en su caso, en la vía ordinaria”*.

El Voto No. 2001-8560 de las 15:37 horas del 28 de agosto del 2001, a través del cual la Sala Constitucional declaró inconstitucional la Ley de Titulación de Tierras ubicadas en Reservas Nacionales, No. 7599 del 29 de abril de 1996. En su Considerando VI, la Sala indicó que dimensionaba los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad *“en el sentido de que no afecta a las personas que hayan titulado sus tierras al amparo de la Ley, que se declarará inconstitucional, siempre y cuando haya transcurrido el término de tres años para impugnar los efectos de esa declaratoria”, a lo cual agregó inmediatamente: “Lo anterior sin perjuicio de que el Estado pueda ejercer las acciones tendentes a recuperar aquellos terrenos titulados, que constituyan bienes de dominio público”*. Sobre este dimensionamiento, en su dictamen C-321-2003 del 9 de octubre del 2003, la Procuraduría General de la República afirmó: *“En congruencia con ese régimen, el fallo aclara tácitamente que el Estado puede ejercer acciones para recobrar sus bienes de dominio público indebidamente titulados y anular los títulos e inscripciones, con posterioridad al plazo de tres años”*. En el informe que había rendido para este caso, de fecha 18 de julio del 2001, la Procuraduría General de la República había solicitado a la Sala Constitucional que en caso de que declarare inconstitucional la Ley 7599 y señalare que lo hacía sin perjuicio de las personas que hubieren titulado sus tierras al amparo de esa ley y de los casos en los que hubiere transcurrido el término de 3 años para impugnar los efectos de esa declaratoria, especificara *“que lo es sin perjuicio de los bienes de dominio público, a los que, por su carácter de inalienabilidad, no les prescribe la acción estatal para recuperarlos”*.

Finalmente, está el Voto No. 2007-2063 de las 14:40 horas del 14 de febrero del 2007, mediante el cual la Sala Constitucional declaró inconstitucional el Reglamento para la Titulación en Reservas Nacionales del IDA. En el Considerando XV de esta sentencia, la Sala afirmó que la declaratoria de inconstitucionalidad *“tiene efectos declarativos y retroactivos a la*

*fecha de vigencia de este cuerpo reglamentario, sea el doce de agosto del dos mil dos, lo anterior, **de manera que procede la recuperación de los bienes que, siendo de dominio público, hayan sido objeto de titulación al tenor de la normativa que ahora se anula, lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado que derive de esta inconstitucionalidad***".

Muchas veces este tipo de normativa viene "con nombres y apellidos", sobre todo cuando se trata de decretos ejecutivos. Busca abrir una "ventana de legalidad" para que "alguien" o "algunos" puedan beneficiarse con permisos otorgados durante su plazo de vigencia, ya que una vez declarada la inconstitucionalidad del decreto, los cubriría la no afectación a los derechos adquiridos de buena fe.

La mala fe hay que probarla, lo cual muchas veces es sumamente difícil, por lo que los permisos otorgados durante la "ventana de legalidad" quedan cubiertos con una presunción de buena fe.

El problema de la mala aplicación que en la práctica se hace de esta máxima – "sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe" – en los casos de regresiones ambientales, son las gravísimas consecuencias para el ambiente, la salud y la vida de las personas que la misma puede traer. Por ejemplo, si no se inician los procedimientos para anular los permisos otorgados durante la vigencia de un decreto que amplió, sin estudios técnicos y/o sin viabilidad ambiental, el anillo de contención urbana de la GAM, entonces se podría estar permitiendo que se urbanicen áreas de recarga acuífera estratégicas, o zonas de alto y muy alto riesgo.

En estos casos, el Derecho Ambiental pierde razón de ser, ya que se está permitiendo que se produzca el deterioro ambiental, y que se ponga en riesgo la salud y la vida de las personas, al poner cierta interpretación de los "derechos adquiridos de buena fe" por encima del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de los mismos derechos a la vida y la salud humanas. Al contrario, partiendo del hecho de que estamos en presencia de intereses de más alta valía que el interés particular de la persona que de buena fe adquirió un derecho, este derecho debería ser garantizado, no manteniendo vigente el permiso o autorización que adquirió con base en la normativa declarada inconstitucional, sino a través del otorgamiento de una indemnización por ese derecho, como sucede en los casos de expropiación.

BIBLIOGRAFÍA

- Equipo de Investigación ECOS Sud – MINCYT, “Adoptar el principio de no regresión del derecho ambiental global: un desafío central para Río+20”, La Ley, Año XIX, No. 1, Buenos Aires, 23 de mayo de 2012, disponible en: http://www.farn.org.ar/newsite/wp-content/uploads/2011/05/suplemento_rio20_may2012.pdf.
- Fernández Fernández, Edgar, “La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas”, en *Ambientico*, No. 206, noviembre 2010.
- Peña Chacón, Mario, “El Principio de No Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense”, *Revista Judicial*, No. 103, San José, marzo 2012, disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/07-principio%20no%20regresion.pdf
- Prieur, Michel, “De la nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l’environnement”, disponible en: <http://gouvernanceenvironnementale.files.wordpress.com/2011/03/texte-de-michel-prieur.pdf>
- Prieur, Michel, “De l’urgente nécessité de reconnaître le principe de « non régression » en droit de l’Environnement”, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue 2011*, disponible en: <http://www.iucnael.org/en/e-journal/previous-issues/157-issue-20111.html>

NOTAS

1. Doctor en Derecho, Universidad de Nantes, Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental, Universidad de Costa Rica. edgarfernandez_cr@yahoo.com
2. Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado, "Recomendaciones resultantes de la 3ª reunión mundial de juristas y asociaciones de derecho ambiental (Limoges-Francia)", p. 4 [en línea]. Disponible en: <http://www.cidce.org/rio/pdf%20appel/Recomendaciones.pdf> [consultado el 12 de mayo de 2012].
3. Ver PRIEUR, Michel, "De la nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l'environnement", pp. 1-2 [en línea]. Disponible en: <http://gouvernanceenvironnementale.files.wordpress.com/2011/03/texte-de-michel-prieur.pdf> [consultado el 1 de mayo de 2012], y PRIEUR, Michel, "De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de « non régression » en droit de l'Environnement", IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue 2011 (1), pp. 30-31 [en línea]. Disponible en: <http://www.iucnael.org/en/e-journal/previous-issues/157-issue-20111.html> [consultado el 1 de mayo de 2012].
4. Ver Equipo de Investigación ECOS Sud – MINCYT, "Adoptar el principio de no regresión del derecho ambiental global: un desafío central para Río+20", La Ley, Año XIX, No. 1, Buenos Aires, 23 de mayo de 2012, pp. 6-7, [en línea]. Disponible en: http://www.farn.org.ar/newsite/wp-content/uploads/2011/05/suplemento_rio20_may2012.pdf [consultado el 14 de julio de 2012].
5. Peña Chacón (Mario), "El Principio de No Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense", Revista Judicial, No. 103, San José, marzo 2012, pp. 143-180.
6. Ibid., p. 143.
7. Citado, entre otros, por el Voto No. 1999-2988 de las 11:57 horas del 23 de abril de 1999, y en parte por el Voto No. 2007-2063 de las 14:40 del 14 de febrero del 2007.
8. Decreto No. 31520-MS-MAG-MOPT-MGSP del 16 de octubre del 2003.
9. Decreto Ejecutivo No. 27411-MINAE del 28 de agosto de 1998.
10. Sobre este tema ver: FERNANDEZ FERNÁNDEZ (Edgar), "La incoherencia del régimen jurídico surgido del voto de la Sala Constitucional para el Refugio de Vida Silvestre San Lucas", en Ambientico, No. 206, noviembre 2010.
11. Votos No. 2003-11397 de las 14:43 horas del 8 de octubre del 2003, No. 2009-3684 de las 10:32 horas del 6 de marzo del 2009 y No. 2010-13436 de las 15:13 horas del 5 de octubre del 2011, respectivamente.
12. Ver, entre otros, los artículos II y VI.
13. El artículo 19 de la Ley Forestal No. 7575 dispone: "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: a) Construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. c)

- Cortar los árboles por razones de seguridad humana o de interés científico. d) Prevenir incendios forestales, desastres naturales u otras causas análogas o sus consecuencias”.
14. Existe una acción de inconstitucionalidad presentada contra este decreto (exp. 11-007738 de la Sala Constitucional). En ella se invoca, entre otros, violación a los artículos 17.1 (progresividad) y 17.2.2 (no regresión) del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.
 15. El articulado del decreto no es claro en cuanto a si el referido 10% debe calcularse a partir del área total de bosques presentes en el inmueble o a partir del área total del inmueble.
 16. Inciso a.4) de la nueva redacción del artículo 36 del Reglamento a la Ley Forestal, establecida por el artículo 1 del Decreto No. 35883-MINAET del 5 de abril del 2010.
 17. El párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Forestal dispone: “En estos casos, la corta del bosque será limitada, proporcional y razonable para los fines antes expuestos. (...)”.
 18. Contra este decreto se interpuso un recurso de amparo que fue declarado sin lugar, por considerar la Sala Constitucional que se trataba de un asunto de legalidad (Voto No. 7005-2009 de las 16:42 horas del 30 de abril del 2009).
 19. Considerandos 5 y 6 del Decreto.
 20. Considerando 7 del Decreto.
 21. Este decreto fue anulado por sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, No. 4399-2010 de las 10:40 horas del 14 de diciembre del 2010, confirmada por sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1469-F-S1-2011 de las 9 horas del 30 de noviembre del 2011.
 22. Considerando VIII del decreto.

LA EXPLOTACIÓN GEOTÉRMICA EN PARQUES NACIONALES: UNA ALTERNATIVA COMPATIBLE CON EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN?¹

JORGE CABRERA MEDAGLIA²

RESUMEN:

El presente artículo explora las iniciativas legales para permitir las actividades de exploración y explotación geotérmica en parques nacionales y su posible relación con el principio de no regresión. El principal mecanismo planteado en los proyectos de Ley para permitir realizar estas actividades radica en la modificación/reducción de los límites de los parques nacionales- y la posible compensación mediante la adición de otras áreas al mismo- y la transferencia al Instituto Costarricense de Electricidad de los terrenos segregados para el desarrollo de actividades geotérmicas. Se sugiere como una alternativa considerar el establecimiento de un nuevo uso del Patrimonio Natural del Estado y se analiza la compatibilidad de tal instrumento con el principio de no regresión.

ACRÓNIMOS

AC	Área de Conservación
ACG	Área de Conservación Guanacaste
AC	Área de Conservación Arenal-Tempisque
ASP	Área Silvestre Protegida
CBD	Convención sobre la Diversidad Biológica
CGR	Contraloría General de la República
CONAC	Consejo Nacional de Áreas de Conservación
CORAC	Consejos Regionales del Área de Conservación
COP	Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica o del Convenio Marco de Cambio Climático

ACRONIMOS	
DVUE	Declaración de Valor Universal Excepcional de un Sitio de Patrimonio
ICE	Instituto Costarricense de Electricidad
LB	Ley de Biodiversidad
LF	Ley Forestal
LOA	Ley Orgánica del Ambiente
LGAP	Ley General de Administración Pública
MINAET	Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones
PNE	Patrimonio Natural del Estado
PN	Parque Nacional
PGR	Procuraduría General de la República
PNRV	Parque Nacional Rincón de la Vieja
PNVT	Parque Nacional Volcán Tenorio
RLB	Reglamento a la Ley de Biodiversidad
SETENA	Secretaría Técnica Nacional Ambiental
SINAC	Sistema Nacional de Áreas de Conservación
SC	Sala Constitucional

INTRODUCCIÓN

Los parques nacionales constituyen una categoría de manejo de protección absoluta. De esta manera, según la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084 del 25 de agosto de 1977 y alguna normativa conexas, las actividades comerciales, industriales, domésticas y agrícolas, en general, están vedadas. De conformidad con el artículo 8 de la Ley citada, dentro de los parques nacionales, queda prohibido a los visitantes emprender cualquier tipo de actividad comercial, industrial o de otro tipo. El artículo 11 de la Ley, dispone que “podrán constituirse servidumbres a favor de fundos particulares en parques nacionales.” El numeral 12 impide “otorgar concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de parques nacionales, ni permiso para establecer otras instalaciones que las del servicio.” El artículo 10 permitía, previo dictamen afirmativo del Consejo Asesor del Servicio, autorizar la pesca deportiva y artesanal en determinadas áreas de los parques nacionales, cuando se compruebe que no producirán alteraciones ecológicas. No obstante, la Ley de Pesca y Acuicultura ha venido a prohibir (artículo 9) la pesca con fines comerciales y la pesca deportiva en parques nacionales y reservas biológicas. Las leyes que establecen estas áreas repiten estas prohibiciones o remiten expresamente a la Ley de Parques, como ocurre con la normativa de creación del PNRV- tal y como se explica más adelante-.

Adicionalmente, la actual Ley Forestal, Ley No. 7575 del 5 de febrero de 1996, en su artículo 1 prohíbe “la corta o el aprovechamiento de los bosques en parques nacionales, reservas biológicas, manglares, zonas protectoras, refugios de vida silvestre y reservas forestales propiedad del Estado,” permitiendo solo las “labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por el Ministro de Ambiente y Energía.” (Artículo 18).

De estas disposiciones se deduce que las actividades de carácter comercial e industrial se encuentran absolutamente vedadas, con las excepciones que se han permitido para concesionar algunos servicios no esenciales (artículo 39 de Ley de Biodiversidad). Estas restricciones se encuentran sustentadas en otros instrumentos jurídicos, tales como el Convenio para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América, Ley No. 3763 del 19 de octubre de 1976 (conocido como el Convenio de Washington), que en su artículo 3 establece que “las riquezas existentes en los parques nacionales no se explotarán con fines comerciales.” En virtud de lo anterior cualquier iniciativa que conllevará la “explotación comercial de las riquezas naturales” sería contraria al Convenio y a la Constitución misma (artículos 7 y 50).

Aunque en el pasado han existido algunos aspectos no del todo claros respecto a estas prohibiciones, como por ejemplo, el otorgamiento de

permisos de uso para la instalación de antenas y equipos similares en los volcanes (considerados constitucionales por la Sala y reglamentados por decreto No. 26187-MINAE y actualmente contemplados en reforma operada a la Ley de ARESEP por la Ley 8660, como se explicará posteriormente), la imposibilidad de utilizar comercialmente los recursos contenidos en los parques ha sido respetada. Al mismo tiempo se trata porciones del territorio donde- por razones naturales o geológicas- se encuentran recursos geotérmicos. A la fecha los dos únicos proyectos geotérmicos explotados por el ICE se localizan fuera de las ASP: tal es el caso de Miravalles (en operación desde 1994) y las Pailas (en operación desde el 2011) que producen aproximadamente un 13% de la energía del país (cerca de 200 megas, situándose como la segunda fuente de energía luego de la hidroeléctrica). Eventualmente existen recursos geotérmicos promisorios en áreas ubicadas dentro del PNRV, el PNVTV y en otras regiones del país (entre ellas, Turrialba-Irazú, Poas, Barva, Fortuna, Platanar y Orosí-Cacao), todas ellas dentro de Parques Nacionales (aproximadamente un 80% de la posible generación mediante geotermia).

Por tal razón y como parte de los esfuerzos para satisfacer la demanda energética (y en atención a las obligaciones y políticas costarricenses en materia de desarrollo de energías limpias y cambio climático), se ha intentado- por vía legislativa- permitir la explotación de la energía geotérmica localizada dentro de algunos parques nacionales, mediante diferentes figuras y mecanismos legales (inicialmente mediante el proyecto de Ley No. 16137 archivado por el plenario legislativo).

De esta manera, recientemente (2010 y 2011) se ha vuelto a plantear en la Asamblea Legislativa la posibilidad de autorizar la exploración y explotación de energía geotérmica en parques nacionales (expediente No. 17680, Ley para el aprovechamiento de la energía geotérmica en el Área de Conservación Guanacaste, expediente No. 17707 para regularla en el Área de Conservación Arenal-Tempisque-Volcán Tenorio- y el proyecto de Ley Reguladora de la Energía Geotérmica, Expediente No. 18182 que incluye pero no se limita a parques nacionales.)

En el caso de los proyectos de Ley relativos al ACG y al ACA-T tienen por objetivo autorizar la explotación geotérmica en Parques Nacionales por parte exclusivamente del ICE. En estos se establecen regulaciones sobre los objetivos de la iniciativa; la autorización provisional de actividades; los mecanismos de coordinación, supervisión, control y evaluación del impacto ambiental de los proyectos, incluyendo las potestades del Sistema Nacional de Áreas de Conservación/Áreas de Conservación del MINAET en el proceso; los posibles beneficios y compensaciones a ser compartidos con esta última para mejorar la conservación de la biodiversidad; la posterior determinación del área a ser segregada del parque y la compensación de tierras; entre otros aspectos de interés. Estos textos conllevan tomar decisiones de innegable trascendencia

para el modelo de desarrollo del país. Se trataría de permitir el uso de los recursos geotérmicos contenidos en un parque nacional, porción del territorio en la cual históricamente- por los mandatos legales incluidos convenios internacionales mencionados- se han vedado actividades comerciales, productivas y domésticas de la más variada naturaleza. A pesar de lo anterior, debe indicarse que actividades adicionales a las tres normalmente previstas por la normativa de la LF y su reglamento (capacitación, investigación y ecoturismo) se han ejecutado, aumentando el elenco de acciones autorizadas en el Patrimonio Natural del Estado, lo cual evidencia que no se trata de una enumeración inmutable. Precisamente uno de estos ejemplos, lo constituyen la instalación de antenas de telecomunicaciones en estas áreas protegidas, inicialmente reguladas por decretos y prácticas administrativas y hoy en día- con una inadecuada redacción- recogidas en la Ley de ARESEP No. 7593 en su artículo 79 (mediante reforma operada por la Ley de Modernización de las Telecomunicaciones No. 8660) . Decidir si se debe perseguir esta nueva alternativa en los parques nacionales – y los mecanismos adecuados para su correcta ejecución- requiere de una decisión de política pública importante y de considerar con extremo cuidado aspectos tales como las salvaguardas ambientales a ser establecidas (estudios requeridos, potestades de fiscalización a cargo del SINAC); la imprescindible retribución por el servicio ambiental prestado y la mejor manera de desarrollar esta alternativa en apego a las obligaciones internacionales adquiridas por el país (considerando igualmente las relativas al cambio climático). A ello debe abocarse oportunamente la sociedad, incluyendo el ICE, el MINAET, el SINAC y las AC, las organizaciones no gubernamentales y la Asamblea Legislativa.

Entre los puntos de discusión se encuentran al menos los siguientes aspectos:

1. Salvaguardas ambientales y fiscalización ambiental. Cualquier actividad en un parque, considerando la fragilidad del área y su riqueza natural, debe cumplir estrictamente con todos los trámites ambientales- exigidos de por sí por la legislación nacional-, tomando en cuenta especialmente el tipo de lugar donde las actividades se ejecutarían (artículo 54 de la Ley de Biodiversidad). Sin embargo, adicionalmente a la aplicación y observancia de las disposiciones legales en materia de evaluación de impacto ambiental, se discute la participación del Sistema Nacional de Áreas de Conservación en la fiscalización ambiental y la suficiencia del proceso de evaluación de impacto ambiental “normal” para lidiar con actividades de esta naturaleza en PN. Es importante considerar en este supuesto, las capacidades actuales del Sistema con respecto a las actividades geotérmicas y su desarrollo y las necesidades y flexibilidad que puede requerir el ICE en la exploración, explotación, construcción y operación de estos sistemas.

2. Justificación técnica. Debería contarse con un respaldo técnico a las acciones a ser emprendidas. La Sala Constitucional ha sido particularmente celosa de actividades que puedan poner en peligro la integridad de las áreas protegidas (por ejemplo, voto 18529-08), incluyendo al disminución de sus límites (por ejemplo, voto 1056-09 tratándose de un refugio de vida silvestre). Además ha sido conteste en que con respecto a la materia ambiental se debe 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” (entre otros, resoluciones No. 17126-2006, 11562-2006). Resulta además necesario contar con el estudio técnico que requiere la Ley Orgánica del Ambiente (artículo 38), para proceder a desafectar/modificar los límites del Parque (si esta fuera la opción seleccionada) o bien con la suficiente justificación técnica (en atención al principio desarrollado por la jurisprudencia de vinculación entre la ciencia y la técnica u objetivación de la tutela ambiental) para establecer la viabilidad y compatibilidad con la existencia de estas áreas silvestres, de un nuevo uso: la explotación geotérmica, si esta fuera la alternativa o mecanismo legal escogido. En ambos casos debe considerarse el alcance del “principio de no regresión”. El reglamento a la Ley de Biodiversidad (artículos 70-72) claramente establece que los estudios técnicos para modificar las áreas corresponde coordinarlos al SINAC. Debe indicarse que a la fecha existen dos ejemplos de áreas silvestres (un refugio de vida silvestre estatal) cuya reducción se ha realizado mediante una ley (ninguna de ellas cuestionada ante la Sala) y varios ejemplos de reducciones/modificaciones declaradas inconstitucionales (las ASP de Tivives, Isla San Lucas y Gandoca-Manzanillo, entre otros). Por último, también existen votos de interés relacionados con la importancia de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático (votos 12282-2011 y 4982-2011 de la SC) y sobre la relevancia de la generación de energía mediante fuentes limpias (voto 13100-2010 de la SC)³.

3. Compensación. Si las áreas silvestres y los parques en particular, han prestado importantes beneficios económicos (y de otra naturaleza) se discute la compensación y retribución al Sistema Nacional de Áreas de Conservación/ Áreas de Conservación donde se ubican los parques nacionales. La forma de determinarse la misma es otro de los puntos críticos a ser acordados (porcentaje del valor neto de la venta/generación de energía; un pago único o sostenido en el tiempo; compra de tierras para agregarse al parque- especialmente si se desafecta una porción del mismo-, etc.). Lo anterior tomando en consideración el esquema costarricense de pago por servicios ambientales o ecosistémicos y el pago de cánones como retribución por el uso de bienes de dominio público.

4. Mecanismos utilizados y sus implicaciones jurídicas. Otro de los temas a ser discutidos radica en el mecanismo legal seleccionado para posibilitar esta actividad: desafectar/modificar los límites una porción del parque y transferirla al ICE (bajo su control y fuera del PNE) o permitir un nuevo (quinto) uso de estas áreas, bajo condiciones adecuadas. Cada alternativa con sus correspondientes consideraciones legales. Los proyectos de ley referidos a la geotermia en el ACG y el ACA- T en su redacción actual consideran la opción de la modificación de límites. No obstante, es posible analizar la autorización de un nuevo uso dentro de los PN, como ocurrió en la primera iniciativa legal en esta materia. Lo anterior tomando en cuenta que no existe- a juicio del autor- impedimento para adicionar actividades a ser autorizadas siempre que sean compatibles con la conservación de los recursos y objetivos del área protegida y que no conlleven- si se trata de parques nacionales- una explotación comercial. En consecuencia ambos mecanismos legales y su relación con el principio de no regresión se exploran más adelante.

ACTORES:

El Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) en su condición de ente responsable de la generación eléctrica en la país, con el monopolio en la explotación geotérmica (Ley No 5961 de 1976) y con experiencia en este tipo de iniciativas (Miravalles y Pailas), ha sido un impulsor de la necesidad de discutir y decidir sobre esta apertura, bajo determinadas condiciones técnicas y económicas. Como se mencionó la geotermia constituye la segunda fuente de energía y las opciones futuras de generación de la misma se localizan en PN (especialmente, pero no exclusivamente el PNRV y el PNVN).

El SINAC/ Áreas de conservación en su condición de administrador de las ASP, en este caso de los parques nacionales. La estructura del Sistema- tal y como se establece en la Ley de Biodiversidad No. 7788 y su reglamento No. 34433-MINAE- conlleva una gestión bastante descentralizada hacia las AC, en este caso el Área de Conservación Guanacaste (ACG) y el Área de Conservación Arenal Tempisque (ACA-T) por lo cual su participación en el proceso de discusión es igualmente crucial. Finalmente, el máximo órgano del SINAC es el Consejo Nacional (CONAC) presidido por el Ministro (en la práctica el Viceministro de Ambiente). La posición de estos órganos ha sido favorable a una posible desafectación/nuevo uso siempre que existan condiciones ambientales, fiscalizadoras y económicas (compensación) adecuadas.

El Ministerio de Ambiente en su condición de ente rector del sector energía (además conformado por un Viceministerio y Dirección de Energía⁴), el cual también posee un interés en la promoción del desarrollo energético, especialmente mediante el uso de tecnologías limpias como

la geotermia y en la mitigación y adaptación al cambio climático.

El sector privado representado en este caso por la Cámara de Industrias que ha manifestado su apoyo a la apertura inclusive mediante la participación del sector privado y rompiendo, en consecuencia, el monopolio ostentado a la fecha por el ICE.

La Asamblea Legislativa, entidad que en definitiva- luego del proceso de consultas e informes técnicos y legales- debería aprobar el contenido del proyecto de Ley de Geotermia. El Presidente de la Comisión Especial de Ambiente (legislatura anterior) había manifestado públicamente la voluntad política para permitir la explotación geotérmica en Parques Nacionales, pero ha puntualizado algunas de las objeciones de índole legal y constitucional a las iniciativas en curso, las cuales requerirán cambios sustantivos en su texto

La Sociedad civil: No existe una posición uniforme de estos grupos. Mientras algunos parecen estar a favor de la apertura- bajo ciertas condiciones como compensación y fiscalización adecuada, etc., otros han manifestado su oposición a cualquier uso de geotermia en un parque o a la desafectación de una porción de éste, debido al precedente que sentaría, al impacto sobre éstas áreas y a existencia de otras alternativas energéticas, entre otros⁵.

I. PROBLEMÁTICA GENERAL

A) Introducción y contexto.

Debido a que los dos proyectos de Ley en curso se refieren a la desafectación o modificación de límites de un parque nacional (Rincón de la Vieja y el Parque Nacional Tenorio) y a que la única diferencia significativa que se constata entre ambos es el sitio donde se permitirá la explotación geotérmica, este análisis se centrará en el PNRV. Adicionalmente, debe tenerse presente que el proyecto más avanzado política (discusión entre los diversos actores) y técnicamente (estudios científicos y ambientales) es el relativo al PNRV.

B) Breve descripción del proceso de explotación y exploración de la geotermia.

En primer lugar, la energía geotérmica puede conceptualizarse de manera general como aquella que se extrae del calor del interior de la tierra. La misma palabra geotermia proviene del griego geo: tierra y thermos: calor. Algunas legislaciones como la chilena lo definen como la energía que se “obtiene del calor natural de la tierra, y que puede ser extraída del vapor, agua o gases, excluidos los hidrocarburos, o a través de fluidos inyectados artificialmente para este fin”⁶.

El proceso de explotación de la energía geotérmica, comprende las siguientes actividades: exploración, que incluye además la perforación y operación de pozos y la construcción de caminos; perforación de pozos para producción; la construcción y operación, las cuales tienen diferentes impactos asociados. Cabe indicar que en la fase de construcción y operación adicionalmente a los pozos de extracción es necesario el levantamiento de una central de generación (power plant); caminos de acceso; torres de enfriamiento; tuberías y conductos; líneas de transmisión, entre otros. Aunque ello no difiere- en términos de potenciales impactos- de otros proyectos de generación, deben considerarse con particular cuidado debido a la riqueza biológica existente en la zona y al valor social que permea la creación, mantenimiento y funcionamiento de los parques nacionales del país.

Respecto a los posibles impactos- positivos y negativos- estos pueden catalogarse de la siguiente manera⁷:

- a) Paisaje
- b) Vegetación
- c) Fauna
- d) Aguas superficiales y subterráneas
- e) Clima local
- f) Turismo
- g) Actividad sísmica
- h) Ruido
- i) Emisiones de gases/ olores
- j) socioeconómicos

Sobre el proceso de la geotermia se ha indicado que es posible sostener que los gastos involucrados en las primeras etapas de exploración de yacimientos son altos con un importante grado de riesgo de perforar varios pozos sin encontrar los recursos suficientes⁸. Otro obstáculo relevante para el aprovechamiento de los recursos geotérmicos en América Latina es la ausencia de un marco legal. No existen leyes ad hoc para el desarrollo de la geotermia o los marcos regulatorios son insuficientes⁹.

III. ANÁLISIS DE LAS LOS DIFERENTES PROYECTOS DE LEY RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA EN PARQUES NACIONALES.

A) Antecedentes.

Como se indicó, los dos proyectos de ley relativos a los PNRV y al PNVT son básicamente idénticos, razón por la cual este análisis se abocará al primero de ellos, el cual además resulta más avanzado desde el punto de vista político (negociaciones en la Asamblea Legislativa y con los diversos actores) y técnico-ambiental.

Como antecedente debe indicarse que bajo el **expediente No. 16.137 “Ley Reguladora de la Producción de Energía Geotérmica en los Parques Nacionales”** se pretendía autorizar únicamente al ICE, la explotación de los recursos geotérmicos existentes en parques nacionales, pero a diferencia del proyecto actual, no pretendía desafectar el área aprovechable para el proyecto de explotación, sino que constituía una autorización para realizarlo dentro del parque nacional. Este expediente recibió Dictamen Negativo de Mayoría en la Comisión Especial Permanente de Ambiente (30 de octubre de 2008), lo cual motivó su archivo definitivo. Entre los aspectos cuestionados por algunos actores estuvieron: a) la compatibilidad de dicha actividad con los objetivos de los PN; b) la posible explotación comercial (generación y venta de electricidad) en transgresión de un convenio internacional; c) la falta de exigencia de la evaluación de impacto ambiental para ciertas etapas del potencial proyecto.

Otra iniciativa la constituye el **Expediente No. 18.182 “Ley Reguladora de la Producción de Energía Geotérmica”**, este ingresó al Orden del Día de la Comisión Especial Permanente de Ambiente el 8 de setiembre de 2011. El mismo parte del antecedente del expediente 16.137, y pretende explotar la geotermia por vía de concesiones, tanto para sujetos públicos como privados, incluso, pero no limitado, a los parques nacionales.

Finalmente, el **Expediente No. 17.707 “Ley para el aprovechamiento de la energía geotérmica en el Área de Conservación Arenal – Tempisque”** cuya única diferencia con respecto al proyecto 17.680 radica en ámbito geográfico. Fue presentado a la corriente legislativa el 23 de abril del 2010 e ingresó en el Orden del Día de la Comisión Especial de Ambiente el 13 de octubre de 2011.

B) Análisis de los principales contenidos del proyecto de Ley para el PNRV.

A continuación se presenta un análisis preliminar de su contenido.

- **Objetivo:** el objetivo fundamental consiste en permitir el aprovechamiento de la energía geotérmica en las ASP del ACG (en realidad se refiere al PNRV), con la finalidad de contribuir a satisfacer la demanda energética del país, mediante el uso de energías limpias, considerando la protección ambiental y fortaleciendo a la vez al SINAC. No obstante, debe precisarse que la propuesta no tiene por objetivo primordial permitir el aprovechamiento geotérmico en las ASP de manera inmediata (en este caso el PNRV), sino más bien autorizar labores iniciales de exploración (bajo una serie de controles y fiscalización) y sentar las bases para un proceso futuro de desafectación/modificación de límites del PNRV y compensación (en términos de tierras y económicos). A la luz del articulado del proyecto, cualquier aprovechamiento de geotermia en los PN se realizaría una vez desafectada el área y en terrenos que serán traspasados al ICE, por ende fuera del PN.
- **Autorización provisional:** se autoriza en vista del interés público que reviste el aprovechamiento de los recursos geotérmicos exclusivamente al ICE para realizar, en el área definida en el artículo anterior (en realidad el primer artículo no define en sentido estricto un área), específicamente en el PNRV, bajo la supervisión y control del ACG, el aprovechamiento de los recursos de energía geotérmica. Para el desarrollo de la exploración y (según la lógica del proyecto el posterior) aprovechamiento de los recursos geotérmicos, se autoriza al Área de Conservación para que dentro del parque nacional involucrado, pueda otorgar autorización transitoria al ICE para el uso del agua para efectos del proceso de exploración subterránea (sin que mencione la autorización de otras labores de investigación asociadas), una vez realizados los estudios técnicos que correspondan, en salvaguarda del recurso hídrico y su biodiversidad. Este artículo, con una redacción no del todo clara, pretende autorizar actividades previas a la explotación- dado que ésta requiere de la desafectación del área- mismas que no podrían ser llevadas a cabo por bajo el sistema de permisos para la investigación científica existentes.
- **Coordinación:** se designa al ACG como el órgano del Estado (SINAC-MINAET) encargado de otorgar la autorización provisional anterior (artículo 2 del proyecto), sin perjuicio de las potestades de otros entes. Para efectos de la realización de la coordinación y con el propósito de procurar el menor impacto ambiental en las diferentes

fases del proyecto, el ICE y el SINAC- por medio del ACG- deberán realizar un serie de actividades que incluyen: un convenio legalmente formalizado que regule y defina los mecanismos de su ejecución, los requisitos técnicos y ambientales para lograr la mitigación, prevención y conservación de la biodiversidad y ecosistemas, donde se desarrolla el proyecto; la presentación en las distintas etapas de la viabilidad ambiental que exija la legislación y los estudios adicionales que el ACG justifique técnicamente; el estudio de los terrenos a desafectar y la respectiva compensación de tierras; la retribución económica de conformidad con otros artículos del proyecto; respeto de las obras asociadas al transporte de vapor a las condiciones de la viabilidad ambiental o estudios técnicos adicionales exigidos por el SINAC; el restablecimiento- de los sitios afectados a sus condiciones naturales al concluir las fases del proyecto según criterio técnico del AC.

- **Potestades de supervisión:** Se regulan las potestades de supervisión del ACG respecto del cumplimiento del convenio previsto; de la presentación de los estudios técnicos y de viabilidad ambiental; para la comprobación de que los terrenos a compensar la desafectación cuenten con características similares o mejores y que no se disminuya la cabida total del área silvestre; y para el restablecimiento de los sitios afectados.
- **Compensación económica:** Una vez establecida la viabilidad técnica y antes de la etapa de aprovechamiento de los recursos geotérmicos, el SINAC y el ICE definirán una retribución económica, como pago de servicio ambiental asociado a la extracción del recurso geotérmico del subsuelo del Área Silvestre Rincón de la Vieja no inferior a un 6 % de la venta neta de electricidad generada en este proyecto. No se establece la posibilidad de constituir un fideicomiso para el manejo del dinero que ingrese. Estos recursos podrán ser trasladados por el ICE a toda la demanda eléctrica nacional. Los Fondos económicos resultantes serán distribuidos entre el SINAC (40%) y el AC (60%).
- **Créditos de carbono:** se autoriza al SINAC y en conjunto con el ICE a promover obtener créditos de carbono por la reducción de emisiones y distribuir en partes iguales los ingresos generados, sin referirse a quién asume los costos respectivos de la preparación de un eventual proyecto ni a la participación de la Dirección de Cambio Climático del Ministerio de Ambiente.
- **Desafectación e integración y compensación de tierras:** uno de los aspectos cruciales consiste en la determinación posterior del ICE junto con el ACG de la individualización del bien- inmueble- que se pretenda desafectar y de los terrenos que compensarán al mismo. No se trataría en sentido estricto de una permuta como indica el texto del proyecto- según lo define el ordenamiento jurídico

civil o comercial¹⁰-, sino una compensación por la desafectación/modificación de límites. Una vez definida el área, la desafectación será establecida vía decreto por parte del Poder Ejecutivo, lo cual parece contravenir jurisprudencia constitucional¹¹.

- **Consideraciones sobre la posible desafectación:** Para la desafectación y su compensación se debe preparar un estudio técnico ambiental previo que determine la extensión y ubicación del área a aprovechar y la compensada. Este constituiría el estudio técnico exigido por la LOA en su artículo 38.
- **Modificación de límites:** Se prevé que posteriormente de acordarse la desafectación (en realidad se trata de acordar el área a ser desafectada) y la permuta- ver comentario anterior- los nuevos límites del PN serán establecidos mediante decreto ejecutivo, incluyendo sus coordenadas y nueva extensión. El establecimiento de nuevos límites- que legalmente deben ser considerados una reducción del área debido a que se sustraerán de la misma terrenos originalmente incluidos, independientemente de que se aumente el área total del PN- se deja en manos del Poder Ejecutivo vía, decreto. Lo anterior parece contravenir legislación nacional e internacional y jurisprudencia constitucional y administrativa.
- **Transitorios:** Finalmente, el transitorio I otorga un plazo de dos años para la realización de los estudios para identificar la porción exacta a ser segregada y a aquella a ser integrada al PN. Para concluir el convenio de coordinación mencionado en el articulado se otorga un plazo de seis meses, mismo que se establece en el articulado, por lo cual deviene innecesario (transitorio II).

De previo a indicar la compatibilidad de las opción de reducir el área del PNRV (mediante la segregación de un área actualmente integrada a este, aunque sea posteriormente incrementada el área total del PN), es imprescindible conocer los objetivos de conservación de esta ASP y las características particulares que han valido su declaratoria como Sitio de Patrimonio de la Humanidad, en particular la Declaratoria de Valor Universal Excepcional de la misma.

Objetivos de conservación del Parque Nacional Rincón de la Vieja.

En la declaratoria y ampliación del parque no se menciona los motivos por los cuales se establece el Rincón de la Vieja como parque nacional¹². El mismo tampoco cuenta a la fecha con un plan de manejo debidamente oficializado o con objetivos de manejo, según se indicó por parte de funcionarios del ACG.

En el documento de Ordenamiento del Producto Turístico del Parque

Nacional Rincón de la Vieja del 2001 se indica como objetivos de conservación los siguientes:

- Fomentar el turismo debido a sus atractivos geológicos y turísticos.
- Proteger la actividad volcánica que a la vez es única en Costa Rica.
- Fortalecer la protección de cuencas hidrográficas, ya que el macizo Rincón de la Vieja forma parte de la línea divisoria de aguas, entre el Caribe y Pacífico, de la zona noroeste del país. En esta zona nacen treinta y dos ríos, entre ellos el Colorado, Blanco y Ahogados.
- Proteger la mayor población existente en estado silvestre de la Guaria morada, por ser la flor nacional
-

Sitio de Patrimonio Natural y Cultural y la correspondiente Declaración de Valor Universal Excepcional (DVUE).

Debido a la declaratoria de Sitio de Patrimonio Natural y Cultural, resultan también aplicables las disposiciones y obligaciones adquiridas a la luz de la Convención de la UNESCO sobre Patrimonio Natural y Cultural y de la DVUE

La Convención de UNESCO para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural Mundial¹³ fue adoptada por la Conferencia de las UNESCO en noviembre de 1972 y entró en vigencia el 17 de diciembre de 1975. Su objetivo principal es proteger el patrimonio natural y cultural de valor universal excepcional. Para tal propósito se ha establecido el Comité del Patrimonio Mundial, la Lista de Patrimonio Mundial, la Lista de Patrimonio Mundial en Peligro y el Fondo de Patrimonio Mundial¹⁴.

El Convenio define los términos patrimonio cultural (art 1) y patrimonio natural (art 2). Respecto de este último dispone:

“A los efectos de la presente Convención se considerarán “patrimonio natural”:

Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan valor universal excepcional desde el punto de vista estético y científico.

Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

Los lugares o las zonas naturales estrictamente delimitadas que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, la

conservación o de la belleza natural”

El Comité es el responsable de seleccionar, previa solicitud de los países, los bienes de naturaleza cultural o natural que tengan un valor universal excepcional e incluirlos en la Lista o, si se encuentran amenazados, en la Lista de Patrimonio en Peligro. También administra el Fondo. Los sitios de valor cultural o natural (Sitios de Patrimonio Mundial), solo pueden ser incluidos en la Lista por el Comité si el país o parte contratante del Convenio lo ha propuesto (art 3). El Comité debe establecer y mantener actualizada la Lista y publicarla. En la práctica después de la reunión anual del Comité la Lista se actualiza y publica.

El artículo 2 de la Convención determina los criterios que debe contener un Sitio para ser considerado para su inclusión en la Lista, tratándose de **áreas físicas de excepcional valor**. La postulación de un sitio en la Lista per se no tiene consecuencias inmediatas, es decir el Comité debe aceptar la postulación y para tales efectos ha establecido criterios contenidos en las Guías Operacionales. **Tratándose de lugares o zonas naturales el convenio exige que presenten “un valor universal excepcional”**.

Las Guías operacionales establecen determinados criterios que los bienes o sitios naturales o culturales deben cumplir para su inclusión en la Lista. Las Guías insisten en que el sitio debe cumplir con ciertas condiciones de integridad y poseer un área de amortiguamiento apropiada cuando sea necesario para la conservación del Sitio. Es importante recalcar que ni el Convenio ni las Guías Operacionales requieren que el Sitio deba ser un área protegida o una reserva natural, como condición para ser incluidos en la Lista.

El artículo 11 del Convenio requiere que las Partes, en la medida de sus posibilidades, sometan al Comité un inventario de Sitios situados en sus respectivos territorios los cuales consideren apropiados para su inclusión en la Lista. Dichos inventarios no se consideran exhaustivos ni implican una nominación formal. Igualmente, existen regulaciones específicas sobre los períodos de nominación y designación, la desincorporación de Sitios de la Lista ante circunstancias especiales, etc.

Los artículos 4 y 5 de la Convención establecen las obligaciones de las Partes con relación a los Sitios establecidos en su legislación nacional, y resultan especialmente importantes para los objetos de la presente investigación.

El artículo 4 dispone que cada uno de los Estados Parte de la Convención reconoce la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacional.

De lo antes transcrito se deduce que la Convención impone a las Partes la obligación de realizar su **mayor esfuerzo para proteger los sitios que han sido incluidos en la Lista**. El papel de la Convención en proteger los recursos puede ser ejemplificado en el caso de la paralización de la construcción de la represa en el Río Franklin en Australia, la cual hubiera inundado una extensa área del bosque húmedo de Tasmania, tal y como se explicará adelante.

Con el objetivo de garantizar una protección y conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada uno de los países, cada uno de los Estados Parte, procurará dentro de lo posible (art-5):

- a. adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección del patrimonio en los programas de planificación general;
- b. instituir en su territorio si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban;
- c. desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural;
- d. adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas y administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y,
- e. facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de conservación, protección, y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en ese campo

Los Estado reconocen que el patrimonio natural y cultural definido en los artículos 1 y 2 del Convenio, constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar (artículo 6).

Con relación a los Sitios incluidos en la Lista el artículo 6.2 dispone que los Estados Parte se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural de que trata el artículo 11 párrafos 2 y 4 (aquel incluido en las Listas), si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado.

Cada uno de los Estados se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural situado en el territorio de otros Estados Partes de la Convención (artículo 6.3). El artículo 6 impone dos obligaciones a las Partes con respecto a los sitios ubicados fuera de sus territorios. Primero, requiere a las Partes ayudar a las otras Partes en cuyos territorios una propiedad en la Lista o en la Lista de Sitios en Peligro se encuentra, si este lo requiere. Segundo, se impone la obligación de no realizar acciones que directa o indirectamente dañen un sitio situado fuera de su territorio el cual merece ser parte del patrimonio cultural o natural según lo define el Convenio, es decir se encuentren o no en la Lista.

Debido a que estas obligaciones trascienden la protección de un Sitio en la Lista pues se refieren al patrimonio natural o cultural en general, debe entenderse que con mayor razón es necesario tomar las medidas anteriormente indicadas en el caso de los Sitios incluidos en la Lista¹⁵.

El artículo 27 igualmente se refiere a la necesidad de fortalecer el aprecio y respecto del patrimonio natural y cultural por medio, entre otros, de programas educativos e informativos. El artículo 27.2 dispone que los Estados harán todo lo posible por mantener ampliamente informado al público sobre las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades desarrolladas bajo la Convención. El artículo 28 obliga a las Partes que han recibido asistencia financiera a tomar las medidas apropiadas para hacer conocida la importancia de los bienes objeto de asistencia y el papel que ésta ha desempeñado. También se exige a las Partes presentar a la Conferencia de UNESCO información sobre las disposiciones legislativas y reglamentarias que hayan tomado para aplicar el Convenio, así como la experiencia adquirida en ese campo (artículo 29).

La inclusión de bienes culturales o naturales en la Listas permite al Estado solicitar asistencia internacional bajo el cumplimiento de diversas condiciones (artículos 19 y siguientes del Convenio).

En conclusión de la lectura del Convenio es factible detectar algunas obligaciones específicas que los Estados deben cumplir, las cuales hemos tratado de resumir brevemente.

Sin embargo, las obligaciones establecidas para los Estados a pesar de carecer de un nivel de precisión respecto a las medidas de protección que deben de otorgar a un Sitio en particular, no pueden ser concebidas como meras recomendaciones. Lo anterior se ilustra en un caso fallado por la Corte Suprema de Australia (Federación de Australia versus el Estado de Tasmania). En este supuesto, el Estado de Tasmania planeó la construcción de una represa que afectaría a un Sitio incluido por el Gobierno Federal Australiano en la Lista. El Comité del Patrimonio Mundial expresó sus reservas debido a la amenaza potencial de la represa y recomendó a las

autoridades australianas tomar todas las acciones posibles para proteger la integridad de la propiedad. El Gobierno Federal efectivamente emitió las mismas prohibiendo la construcción de la represa. El Estado de Tasmania cuestionó la constitucionalidad de tales medidas ante la Corte Suprema. El órgano jurisdiccional consideró válidas las restricciones impuestas, al interpretar que la inclusión de un bien en la Lista, sí conlleva obligaciones reales de protección. Se juzgó que los artículos 4 y 5 del Convenio no pueden ser leídos como una mera declaración de intenciones. La Corte diferenció entre la “discreción sobre la manera de actuar” y entre la “discreción para actuar o no hacerlo”, siendo la última inconsistente con la obligación de actuar. Existe por tanto una clara obligación de actuar bajo los artículos 4 y 5 y por ende cada Parte debe hacer todos sus esfuerzos para proteger el patrimonio natural y cultural que posee, frase que queda sujeta a la interpretación de cada caso y a la buena fe¹⁶.

Cabe indicar que el ACG- en una extensión territorial un tanto menor a la actual- ha sido declarada por la UNESCO como un Sitio Patrimonio Natural y Cultural debido a su “Valor Universal Excepcional” lo cual posee implicaciones legales importantes- las cuales se abordan más adelante- de cara al desarrollo de proyectos y actividades dentro de sus límites. El ACG fue inscrita en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO en 1999, este sitio se amplió posteriormente, para abarcar la zona de Santa Elena en el 2004. El área de conservación posee hábitats naturales importantes para la preservación de la diversidad biológica. Entre ellos figuran los mejores hábitats de bosque seco de toda la región que se extiende desde Centroamérica al norte de México, así como otros que son esenciales para la conservación de especies animales y vegetales, raras o en peligro de extinción. En este sitio tienen lugar procesos ecológicos de gran importancia, tanto en el medio ambiente terrestre como en el costero y marino. Se indican que la designación se realiza en atención a los criterios II y IV (actualmente por un cambio en la estructura de los criterios se trataría de los criterios IX y X) para este tipo de Sitios (Referencia No. 928 bis.)¹⁷

En el caso del ACG la designación fue otorgada en virtud del cumplimiento con dos criterios:

Criterio IX. Ser ejemplos eminentemente representativos de procesos ecológicos y biológicos en curso en la evolución y el desarrollo de los ecosistemas terrestres acuáticos, costeros, marinos y las comunidades vegetales y animales terrestres, acuáticas, costeras y marinas

Criterio X. Contener hábitats naturales más representativos y más importantes para la conservación in situ de la diversidad biológica, comprendidos aquellos en los que sobreviven especies amenazadas que tienen Valor Universal Excepcional desde el punto de vista de la ciencia o de la conservación.

Aunque de manera directa y específica, las disposiciones del Convenio de la UNESCO, las Guías Operacionales para la Implementación del mismo y la DVUE¹⁸, no prohíben la realización de determinadas actividades dentro del Sitio, cualquier actividad (ya sea en este caso la geotermia u otra), debe mantener la integridad ecológica del Sitio y las características que le permitieron obtener la DVUE . Por ello, tanto la opción de segregación del área del parque nacional como la autorización de un nuevo uso, deben realizarse considerando las previsiones anteriores.

Las Guías Operacionales de la UNESCO contienen información sobre el monitoreo, incluyendo la obligación de las Partes de notificar a la Secretaría de la UNESCO sobre reportes y estudios de impacto cada vez que sea presenten circunstancias excepcionales que pueden afectar un Sitio inscrito en la Lista y en especial su estado de conservación (párrafo No. 169). Asimismo, se invita a las partes a informar su intención de autorizar o emprender en un área protegida bajo la Convención nuevas construcciones o cambios mayores que puedan afectar su DVUE. La notificación debe ser dada tan pronto sea posible y antes de emitir cualquier decisión que se difícil de revertir (párrafo 172).

Respecto a la inclusión en la Lista de Patrimonio en Peligro existen una serie de criterios indicativos entre ellos, la modificación del estado legal de protección del área (párrafo No. 180) y eventualmente, según el procedimiento previsto (párrafos 192 y siguientes) la condición de Sitio de Patrimonio podría perderse y ser consecuentemente eliminado de la Lista.

IV. INSTRUMENTOS LEGALES PARA PERMITIR LA EXPLOTACIÓN GEOTÉRMICA EN PARQUES NACIONALES

- Según lo establecido en los proyectos de ley, el mecanismo seleccionado para permitir la geotermia en PN radica en la reducción de los límites del área mediante la segregación de una porción del terreno del parque y la posterior compensación a ser realizada a la misma. Por tal motivo, es imprescindible referirse al tema de la desafectación/modificación de límites y el principio de no regresión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional existente en esta materia.

1. Desafectación/modificación de límites de las ASP.

Resultan de interés las siguientes disposiciones legales vinculadas con los requisitos jurídicos para proceder a modificar los límites de un ASP en el entendido que se estarán desafectando una porción de los mismos para ser entregada posteriormente al Instituto Costarricense de Electricidad para el cumplimiento de sus fines, según se establece en la Ley No. 5961

y las legislación que rige las actividades del ICE.

Requisitos de creación y modificación de límites.

Los requisitos de creación de las ASP según el art. 36 de la Ley Orgánica del Ambiente son los siguientes:

- Estudios preliminares fisisgeográficos, de diversidad biológica y socioeconómicos que la justifiquen.
- Definición de objetivos y ubicación del área
- Estudio de factibilidad técnica y tenencia de la tierra.
- Financiamiento mínimo para adquirir el área, protegerla y manejarla.
- Confección de planos.
- Emisión de la ley o el decreto respectivo.

De conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente (artículo 38) y el artículo 3 de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Naturales de los Países de América, Ley No. 3763 del 1 de octubre de 1966, una vez declarada un ASP solo podrá reducirse su dimensión por Ley y previos estudios técnicos. La Ley de Biodiversidad establece que el SINAC podrá recomendar elevar de categoría a las Áreas Protegidas existentes, para ello seguirá el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Ambiente (art 59)¹⁹. Por su parte, la Ley de Biodiversidad establece en el artículo 58 que los objetivos, clasificación, requisitos y mecanismos para establecer o reducir estas áreas se determinan en la Ley Orgánica del Ambiente. Las prohibiciones que afectan a las personas físicas y jurídicas dentro de los parques nacionales y las reservas biológicas están determinadas en la Ley de Creación del Servicio de Parques.

Según el artículo 71 del RLB para la declaratoria, **modificación o cambio de categoría de manejo de ASP, deberá elaborarse un informe técnico, que estará coordinado por la instancia respectiva de SINAC.** El informe técnico deberá contener los objetivos de creación del área propuesta y recomendaciones sobre la categoría de manejo más adecuada, con las justificaciones técnicas correspondientes. Dentro de los criterios utilizados para elaborar este informe, definir los objetivos y emitir tales recomendaciones, se considerarán al menos los siguientes:

- Relevancia y fragilidad de los ecosistemas, poblaciones silvestres, atributos geológicos o geomorfológicos que incluye el área propuesta.
- Dimensiones estimadas de los ecosistemas más relevantes, atributos

geológicos o geomorfológicos que contiene el área propuesta.

- Estado de conservación de dichos ecosistemas, poblaciones silvestres más relevantes, atributos geológicos o geomorfológicos y potencial comprobado para la recuperación ecológica de sitios degradados dentro del área propuesta.
- Relevancia y naturaleza de los bienes y servicios ambientales que suministra el área propuesta para las comunidades locales circunvecinas.
- Potencial comprobado del área propuesta para aquellos usos que sean compatibles con la categoría de manejo recomendada.
- Régimen de tenencia de la tierra (estatal, privada o mixta) en el área propuesta.
- Existencia de recursos financieros suficientes para adquirir los terrenos del área propuesta y asegurar su adecuada protección y manejo en el largo plazo.
- Consulta obligatoria a poblaciones indígenas o comunidades locales que puedan ser afectadas, impactadas con la creación o modificación de áreas silvestres protegidas.

Dicho informe con los documentos pertinentes deberán ser remitidos al CORAC, para su consideración y de ser procedente, remitirlo al CONAC para lo que corresponda.

Cuando la modificación implique elevar la categoría de manejo existente, además deberá considerarse dentro del informe técnico respectivo la exposición de las razones concretas que motivan la propuesta de cambio en la categoría de manejo (artículo 72 del RLB).

Como se observa de la lectura del artículo 71 del RLB, el énfasis de este numeral radica en la declaratoria o modificación de categoría, más que en la modificación de límites, especialmente si estos incluyen la reducción de un área originalmente incorporada al ASP. Tampoco se cuenta con experiencia en la elaboración de este Informe Técnico para el caso de segregaciones de terrenos dentro de ASP. No obstante, resulta claro que el Informe indicado debe basarse, en lo pertinente, en lo dispuesto en dicho artículo del RLB y ser coordinado por el SINAC. Eventualmente, la propuesta legislativa en curso podría precisar los alcances del estudio técnico de manera que oriente mejor las labores del SINAC en este sentido.

No obstante, este procedimiento no siempre ha sido observado. Como indica la Contraloría en el Informe DFOE-PGAA-59-2008 de diciembre del 2008:

“Se determinó que los jefes del MINAET, tanto de la presente como de las últimas administraciones, han gestionado la emisión o tienen en proceso decretos ejecutivos para desafectar varias áreas silvestres protegidas (ASP), y con ello excluir **zonas de su extensión territorial original**²⁰. En ese sentido, cabe señalar que la mayoría de las áreas desafectadas están ubicadas en las zonas costeras, junto a sitios de gran importancia turística.

En los expedientes y documentos revisados por este órgano contralor, **no consta la existencia de los estudios técnicos que justifiquen tales desafectaciones, requisito necesario para tal proceder, ni la emisión de una ley que autorice para cada caso en particular la desafectación correspondiente.** En este sentido, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente establece que *“...la superficie de las áreas silvestres protegidas, patrimonio natural del Estado, cualquiera sea su categoría de manejo, sólo podrá reducirse por Ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen esta medida.”.*

Los casos concretos en que se emitieron los citados decretos ejecutivos, corresponden a los refugios nacionales de vida silvestre de Gandoca-Manzanillo e Isla San Lucas. Al respecto, El Decreto Ejecutivo No. 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008, modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre San Lucas (RNSL), definidos en los artículos Nos. 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 33327-MINAE del 30 de agosto de 2006, de forma tal que el Humedal del Estero Puntarenas y los manglares asociados a éste, ya no forman parte del área comprendida por ese Refugio. Por su parte, mediante el Decreto Ejecutivo No. 34043-MINAE del 11 de setiembre de 2007, se lleva a cabo una modificación del área del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo, disminuyendo su extensión en algunas zonas. Ambos Decretos Ejecutivos fueron impugnados ante la Sala Constitucional²¹ (Nota: se declaró con lugar la inconstitucionalidad en el caso del Refugio de Gandoca Voto 1056-09 y en el caso Isla de San Lucas Voto 13099-10²²)

Ahora bien, independientemente de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas, procede destacar que en estos dos casos el MINAET contravino la normativa legal, al omitir el cumplimiento de las dos condiciones que establece el citado artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, **para desafectar un área silvestre protegida; esto por cuanto utilizó el decreto ejecutivo como instrumento de desafectación y no realizó los estudios técnicos requeridos para respaldar las reducciones de las citadas áreas.** Además, destaca el hecho de que en ambos casos constan criterios en contra de tales gestiones emitidos por las unidades técnicas del SINAC”.

En este sentido, la desafectación o modificación de límites debe entenderse se produce en el supuesto de la exclusión de zonas de la

extensión territorial original del ASP, tal y como lo menciona la CGR en el Informe citado. Por ello, resulta incorrecta legalmente la conclusión de que para obviar los dos requisitos indicados basta con adicionar de tierras (o sectores marinos) de manera que se incremente el área total del ASP, a pesar de segregación de la porción desafectada²³.

Este aspecto resulta particularmente claro luego del Voto de la Isla San Lucas sobre el cual se profundiza más adelante.

Por ende no es posible basados en el precedente de la SC sobre la Isla de San Lucas, realizar una adición y si como resultado de la operación aritmética se incrementa el área pero se excluye una porción original, considerar que legalmente no se está en presencia del supuesto de un reducción del ASP, con el propósito de obviar la aplicación del artículo 38 de la LOA y del artículo 3 de la Convención de Washington. En todo caso, la modificación de límites puede ser realizada sujeta al cumplimiento de los requisitos básicos del artículo 38 citado y del Convenio de Washington: el estudio técnico que justifique la misma y emisión de una ley formal.

Más adelante se presentan algunos de los más importantes precedentes normativos y jurisprudenciales que deben ser considerados para una eventual desafectación/modificación de límites.

Cuadro 1. Algunos votos de la SC relevantes y ejemplos de desafectaciones de ASP.

ACTO LEGAL	RESUMEN	IMPLICACIONES
<p>Voto sobre la Zona protectora Tivives (No. 7294-1998)</p> <p>Voto Gandoca No. 1056-2009</p> <p>Voto Isla San Lucas No. 13099-2010</p>	<p>Se declararon inconstitucionales las modificaciones y reducciones de las ASP en los tres casos, fundamentalmente por el incumplimiento de los requisitos legales, especialmente la justificación técnica (en el caso Tivives se promulgó una ley, en los dos otros se realizó por la vía del decreto ejecutivo). Se determina que las ASP no son pétreas y pueden ser modificados sus límites mientras se respeten los requisitos y exista un criterio técnico que lo sustente. De lo contrario, la desafectación violentaría el derecho a un ambiente sano garantizado por el artículo 50.</p>	<p>Cualquier reducción/desafectación debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en la LOA y el Convenio de Washington y constar en el expediente legislativo los estudios técnicos que demuestren que la desafectación no contraviene el artículo 50, lo cual puede interpretarse en el sentido de que no afectan sustancialmente los objetivos de conservación de toda el ASP ni los servicios ambientales o ecosistémicos que presta. Adicionalmente, puede incluirse la necesidad de justificar un interés público relevante como razón para desafectar/modificar límites.</p>
<p>Ley No. 7774 del 21 de mayo de 1998.</p>	<p>Se desafecta un porción del Refugio de Vida Silvestre Corredor-Fronterizo por existir en él infraestructura especialmente migratoria, aduanal y conexas. No fue cuestionado nunca ante la SC. No consta la realización de estudios técnicos aunque el expediente contiene justificaciones de la necesidad de desafectar un área.</p>	<p>Se trata de uno de los dos casos de precedentes exitosos de reducciones de ASP, aunque no de parques nacionales.</p>
<p>Ley No. 8803.</p>	<p>Se permitió la segregación de un porción de terreno del Refugio de Vida Silvestre Corredor-Fronterizo con el propósito de desarrollar infraestructura migratoria y de control en la zona (Los Chiles). No fue cuestionado nunca ante la SC. No consta la realización de estudios técnicos aunque el expediente contiene justificaciones de la necesidad de desafectar un área.</p>	<p>Se trata de uno de los dos casos de precedentes exitosos de reducciones de ASP, aunque no de parques nacionales</p>
<p>Proyectos de ley de interés similares, No. 17383. Rectificación de límites del Parque Nacional las Baulas y Creación del Refugio de Vida Silvestre Las Baulas de propiedad mixta.</p>	<p>Pretende modificar los límites del Parque Nacional, de manera que ciertas porciones de terreno no continúen integrando el mismo y se protejan mediante la categoría de manejo del Refugio de Vida Silvestre Mixto.</p> <p>No consta la realización de estudios técnicos aunque el expediente contiene justificaciones de la necesidad de segregar parte del área del parque (tierras aún no pagadas) e incluirlas en un refugio de vida silvestre mixto.</p>	<p>Podría constituir el primer precedente de desafectación tratándose de un parque, aunque presenta consideraciones muy particulares dado que el terreno originalmente contemplado en la declaratoria de PN pasaría a constituirse en parte de un Refugio de Vida Silvestre Mixto y además las tierras incorporadas en este momento al PN no se han pagado en su totalidad. Se discute en vía judicial los derechos (proceso de titulación) de los particulares sobre determinados terrenos del PN.</p>

Fuente: Jorge Cabrera Medaglia

A continuación se explica alguna de esta jurisprudencia de interés. La SC ha sido particularmente celosa de mantener la integridad de las ASP como parte del derecho a un ambiente sano contemplado en el artículo 50 y otros de la CP (véase especialmente votos 1056-09, 18529-08, 8928 del 18 de agosto del 2004 entre otros)²⁵

2. Algunas consideraciones jurisprudenciales de interés.

El principio de no regresión y la modificación (reducción) de límites de ASP

Un aspecto de interés resulta la aplicación del principio de “no regresión ambiental” al caso concreto de la modificación de límites de un PN. De conformidad con la doctrina nacional²⁶: “Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.

Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el “dar un paso hacia atrás”²⁷.

..... El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.”

En sentido similar, el voto 2010-18202, la SC indicó:

“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**”.

Aunque los efectos del “principio de no regresión” que parece ha sido aceptado por la jurisprudencia de la SC (véase igualmente el Voto relacionado con la consulta facultativa de constitucionalidad de la Ley del Instituto de Desarrollo Rural o INDER), no conllevan prohibir una modificación de un ASP y en particular de un PN, si refuerza la necesidad de contar con estudios técnicos que demuestren que la modificación de límites no implica una pérdida (retroceso) en la calidad ambiental y que se encuentra justificada por un interés público igualmente relevante.

A continuación se presenta jurisprudencia constitucional relevante en la materia.

El caso del ASP Tivives

Uno de los casos fallados por la SC en materia de modificación de límites de un ASP se refiere al establecimiento de nuevos límites a la Zona Protectora Tivives (de conformidad con el artículo 71 de la LF).

Al respecto indico el Tribunal Constitucional:

“(…) De la sentencia transcrita queda claro que una vez declarada una determinada área como zona protectora por un acto del Estado, no puede éste, simplemente, desafectarlo en todo o en parte, para proteger otros intereses -públicos o privados- en menoscabo del disfrute de un ambiente sano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 constitucional. Ahora bien, el hecho de que una norma, del rango que sea, haya declarado como zona protectora una determinada área, no implica la constitución de una zona pétrea, en el sentido de que, de manera alguna, su cabida pueda ser reducida por una normativa posterior. Sin embargo, se debe tener presente que la declaratoria y delimitación de una zona protectora, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 50 constitucional, implica una defensa del derecho fundamental al ambiente y, por ello, la reducción de cabida no debe implicar un detrimento de ese derecho, situación que debe establecerse en cada caso concreto. No resulta necesariamente inconstitucional el hecho de que por medio de una ley posterior se reduzca la cabida de una zona protectora, una reserva forestal, un Parque Nacional o cualesquiera otros sitio de interés ambiental, siempre y cuando ello esté justificado en el tanto no implique vulneración al derecho al ambiente. Podría ser que, por diversas circunstancias, un determinado sitio haya perdido, al menos en parte, el interés ambiental que, en su momento, provocó, lo que, hechos los estudios del caso, justificaría su modificación o reducción, todo en aplicación del principio de razonabilidad constitucional. Del mismo modo, la delimitación inicial de una zona protectora -o de otra índole- podría, a la larga, resultar insuficiente y, en razón de esto, motivar la aprobación de una reforma para ampliar la cabida. Estos aspectos son los que, a juicio de esta Sala, han de examinarse en el caso concreto del artículo 71 de la Ley No. 7575. (...)”

De acuerdo con lo citado, mutatis mutandi, si para la creación de un área silvestre protectora la Asamblea Legislativa, por medio de una ley, estableció el cumplimiento de unos requisitos específicos, a fin de determinar si la afectación en cuestión es justificada, lo lógico es que, para su desafectación parcial o total, también se deban cumplir determinados requisitos -como la realización de estudios técnicos ambientales- para determinar que con la desafectación no se transgrede el contenido del artículo 50 constitucional. En este sentido, podemos hablar de niveles de desafectación. Así, no toda desafectación de una zona protegida es inconstitucional, en el tanto implique menoscabo al derecho al ambiente o amenaza a éste. De allí que, para reducir un área silvestre protegida cualquiera, la Asamblea Legislativa debe hacerlo con base en estudios técnicos suficientes y necesarios para determinar que no se causará daño al ambiente o se le pondrá en peligro y, por ende, que no se vulnera el contenido del artículo 50 constitucional. El principio de razonabilidad, en

relación con el derecho fundamental al ambiente, obliga a que las normas que se dicten con respecto a esta materia estén debidamente motivadas en estudios técnicos serios, aún cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciera expresamente. A juicio de este Tribunal Constitucional, la exigencia que contiene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554, en el sentido de que para reducir un área silvestre protegida por ley formal deben realizarse, de previo, los estudios técnicos que justifiquen la medida, no es sino la objetivación del principio de razonabilidad en materia de protección al ambiente.

V.- Debe rescatarse además, como se señaló líneas arriba, que para otorgar vigencia y cumplir con el numeral 50 de la Constitución Política no basta que las autoridades públicas dicten medidas protectoras del ambiente. También es indispensable que en ejercicio de sus cargos esos mismos funcionarios no emitan actos contradictorios con el citado postulado constitucional, tal y como sucede con referencia a la norma cuya constitucionalidad se examina, la cual, aprobada mediante un procedimiento en que se omite un requisito sustancial, exigido por una ley vigente, establece la reducción de una superficie declarada como zona protectora. Por tanto, la disposición legal cuestionada, artículo 71 de la Ley No. 771 de la Ley No. 7575, Ley Forestal del 13 de febrero de 1996, también es contraria al artículo 50 de la Constitución Política. (...)” Sentencia No. 07294-98 de las 16:15 hrs. de 13 de octubre de 1998, criterio reiterado en la resolución No. N° 2010-013099 de las 14:56 hrs. de 4 de agosto de 2010.

De la lectura de los considerandos de la sentencia resulta claro que si bien la creación de un ASP (y sus límites originales) no son pétreos e inmodificables, es requisito necesario tener estudios técnicos serios que demuestren que la modificación/reducción no afecta el derecho a un ambiente sano. Lo anterior, inclusive, en atención al principio constitucional de razonabilidad de las normas jurídicas en materia ambiental y ciertamente al principio de no regresión.

El caso del Refugio de Vida Silvestre San Lucas

La historia legal del Refugio de Vida Silvestre de Isla San Lucas no ha estado exenta de dificultades y procesos constitucionales.

Por disposición expresa de una ley la Isla de San Lucas había estado bajo administración de la Municipalidad de Puntarenas. No obstante, por medio del Decreto Ejecutivo número 29277-MINAE del 2001 se estableció el Refugio de Vida Silvestre Isla de San Lucas. Pasando su administración al Ministerio de Ambiente. En respuesta a esta modificación, se presentó una acción de inconstitucionalidad contra el acto de creación argumentando el recurrente (un alcalde) que: “El Decreto se impugna en cuanto viola el principio de autonomía municipal. Señala que mediante Ley número 5469 de veinticinco de abril de mil novecientos setenta y

cuatro, se traspasó la propiedad de la Isla de San Lucas a la Municipalidad de Puntarenas. Por Ley número 4071 del seis de diciembre de mil novecientos setenta y uno se traspasó al cantón central de Puntarenas el dominio sobre el cauce o álveo del Estero de Puntarenas. A pesar de lo anterior, el artículo 4° del Decreto Ejecutivo número 29277-MINAE impugnado establece que la administración de las áreas declaradas zonas protegidas en los artículos 1° y 3°, a saber, la Isla de San Lucas y el Estero de Puntarenas, será competencia del Ministerio de Ambiente y Energía y de las instituciones establecidas por la normativa vigente. Considera que el Decreto impugnado no solo afecta los intereses municipales, sino los de la colectividad. Estima además que viola el principio de jerarquía de las normas, pues vía Decreto, se pretende desconocer los efectos del traspaso realizado a través de una Ley. Adicionalmente, el contenido del Decreto nunca fue consultado a la Municipalidad de Puntarenas, no obstante afectar en forma directa sus intereses. Concluye que las normas impugnadas son contrarias a los artículos 169 y 170 de la Constitución Política.”

La Sala declara sin lugar la acción por medio del voto No 8928 del 18 de agosto del 2004, del cual extraemos los argumentos más relevantes. “Por lo anterior, no hay en el Decreto impugnado invasión de competencias municipales, pues claramente está el Poder Ejecutivo facultado para declarar áreas silvestres protegidas, sin perjuicio de los innegables deberes que para con el medio ambiente ostentan los gobiernos locales”. Resta por determinar si el Decreto impugnado es inválido por pretender la derogación de normas de rango legal, como alega el actor.

Así, cuando el Poder Ejecutivo formula una declaratoria de este tipo, lo hace por expresa autorización legal y en acatamiento de sus deberes constitucionales para con el medio ambiente, por lo que no es el Decreto el que crea el régimen jurídico de las áreas protegidas, sino que únicamente es la vía que permite una célere y efectiva protección del ambiente, al dejar a los órganos técnicos competentes, la valoración de las razones de orden ambiental que llevan a la determinación de una zona de esta naturaleza. Así las cosas, el Decreto cuestionado no es inconstitucional por pretender reformar las normas legales citadas, ya que son normas del mismo y superior rango las que permiten al Poder Ejecutivo actuar como lo hizo en defensa de la integridad del medio ambiente.

Aun cuando para efectos registrales los bienes dominicales pueden ser inscritos a nombre del ente público encargado de su tutela, lo cierto es que estos bienes no le pertenecen a ninguna entidad pública en particular, sino a la Nación. De allí que se puede afirmar que en el presente caso, cuando las leyes 5469 y 4071 determinaron el traslado de la Isla San Lucas y el Estero de Puntarenas a la Municipalidad de ese cantón, lo que hicieron fue determinar a cuál ente público le correspondería administrar dichos bienes, pues al ser bienes demaniales, su titular ha sido y es la Nación.

Desde esta perspectiva, debe la Sala concluir que lo actuado por el Poder Ejecutivo en el presente caso está dentro del marco de sus competencias, en tanto permite cumplir con el deber que le impone el artículo 50 de la Constitución Política, así como la copiosa regulación producida por el Derecho internacional en relación la obligación insoslayable del Estado de proteger el medio ambiente, adoptando todas las medidas idóneas para lograr una garantía integral y efectiva”.

Debido a la controversia por la “pérdida” de la administración por parte de la Municipalidad y el ingreso del bien al Patrimonio Natural del Estado bajo la competencia del SINAC, posteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008, modificó los límites del RNVSSL, definidos en los artículos Nos. 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 33327-MINAE del 30 de agosto de 2006.

En síntesis el decreto de modificación indicaba como justificaciones en sus considerandos: el alto desempleo que sufre Puntarenas y el papel del desarrollo turístico de la zona, incluyendo la Isla San Lucas; la existencia de una iniciativa local para fomentar un desarrollo turístico de bajo impacto, en una de las Islas del Golfo de Nicoya con un gran potencial para este propósito; la protección y reconstrucción de las edificaciones en la Isla San Lucas declaradas Patrimonio Histórico – Arquitectónico; y que para alcanzar estos fines de desarrollo turístico limitado y sostenible y la protección del patrimonio cultural de la Isla de San Lucas es necesario precisar y ampliar los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas para modificar un 5.5% del área actual para la protección del patrimonio cultural allí existente y el desarrollo turístico sostenible limitado y acorde con las reglas ambientales que dicta nuestra legislación y de manera que se conserve el 94.5% del área total.

De esta manera, se modificaron los límites de Refugio (establecidos según el artículo 1 del Decreto Ejecutivo Nº 33327-MINAE del 2006) **agregándose al Refugio una porción marina (210 hectáreas, que incluyen islotes que contienen importantes ecosistemas complementarios con los de la Isla, que son importantes lugares de anidación de aves propias de la zona según indica el propio decreto de modificación), pero reduciendo la extensión terrestre del mismo, la cual volvía a ser administrada por la Municipalidad.** Se establecían algunas prohibiciones para la Municipalidad en tales zonas (artículo 4). Para el desarrollo de actividades turísticas en el área de administración municipal y la preservación del patrimonio cultural de la isla, el ICT debería elaborar un Plan Maestro de Desarrollo Turístico Sostenible, que comprenderá un análisis del impacto ambiental y las normas técnicas necesarias para alcanzar los objetivos de desarrollo económico, social y ambiental, así como de protección al patrimonio cultural esa área específica. Este Plan se someterá a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental del Minaet y al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes para su aprobación, de conformidad con los requisitos y

procedimientos establecidos por el ordenamiento.

El área de administración municipal será regulada por el citado Plan Maestro de Desarrollo Turístico Sostenible y no le será aplicable el Plan de Manejo del Refugio, salvo las reglas legales generales pertinentes. El MINAE ajustará su Plan de Manejo conforme a las nuevas dimensiones del refugio y al Plan Maestro de Desarrollo Turístico Sostenible (artículo 5).

Dicho Decreto Ejecutivo fue impugnado ante la Sala Constitucional órgano que determinó que la reducción de la porción terrestre del Refugio era inconstitucional y debía ser anulada, no así la ampliación de los límites marinos la cual se mantuvo²⁸. Lo anterior pese a que uno de los argumentos esgrimidos para justificar el decreto fue la adición de una cantidad mucho mayor de hectáreas marinas en comparación con la cantidad segregada.

De esta manera, la SC Votos No. 13099-2010 declaró inconstitucional y anula la reducción del área terrestre, manteniendo incólume la ampliación de la porción marina.

Al respecto indicó:

“VI.-Sobre la reducción de áreas silvestres protegidas.-

La cuestión a determinar es si el Decreto Ejecutivo 34282-TUR-MINAET-C que rectifica, delimita y amplía los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas, puede modificar los límites señalados en el artículo 1° A. del Decreto Ejecutivo 33327-MINAE, para excluir un área equivalente a un 5.5% del total de lo que previamente estaba protegida. En este sentido, la cuestión a determinar es si es constitucional esa reducción que se opera desde un Decreto Ejecutivo, sin recurrir a un acto legislativo previo y fundamentado en estudios técnicos. Antes de resolver la cuestión, el Ministro de Turismo señala la ausencia de estudios técnicos previos a la Declaratoria de la Isla San Lucas como Áreas Silvestre Protegida según lo dispone el artículo 36 de la Ley Orgánica del Ambiente, situación que no podrá ser corregido sino mediante un procedimiento administrativo previo o jurisdiccional –si ello fuere procedente- que demuestre si la ausencia de aquellos estudios vician el acto administrativo, a tal punto que puedan vulnerar la protección otorgada a la Isla San Lucas. Es claro, que en esta acción no se puede entrar a valorar si los requisitos esenciales del acto administrativo fueron omitidos antes de decretada como Área Silvestre Protegida, toda vez que sería un asunto de legalidad ordinaria, pues la posibilidad de impugnarlo por nulidad absoluta en la vía administrativa y judicial podría estar caduca o no, con las consiguientes limitantes (artículos 172, 173 y 175 de la Ley General de la Administración Pública); por otra parte la Sala debe resolver con la presunción de que efectivamente el Refugio Nacional

está dictado regularmente con el Decreto Ejecutivo No. 29277-MINAE publicado a La Gaceta No. 30 del 12 de febrero de 2001, y sus reformas incluido el Decreto impugnado. **Por otra parte, la Sala estima que la línea jurisprudencial debe mantenerse estable, fundado en que existe un claro interés ambiental en mantener la protección formal de las Áreas Silvestres Protegidas. La modificación a esta regla no debe ocurrir sino solo mediante el procedimiento establecido en la legislación ambiental, y no está en el interés de esta Sala debilitar una doctrina que se ha visto fortalecida a lo largo de muchos años.** El Estado debe resguardar una vez que ha creado y sometido distintas áreas a la Ley Orgánica del Ambiente y otras leyes especiales, a las formalidades establecidas en ese cuerpo normativo.....

Los argumentos en las tres acciones de inconstitucionalidad acumuladas tienen como común denominador la aludida infracción al artículo 50 constitucional, por la inobservancia del artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente. Para declarar la inconstitucionalidad basta comprobar que fue incumplido el mandato establecido en este último numeral, al modificar la cabida del área silvestre protegida. El numeral 38 indica que: “La superficie de las áreas silvestres protegidas, patrimonio natural del Estado, cualquiera sea su categoría de manejo, sólo podrá reducirse por Ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen esta medida”. De ahí que el Poder Ejecutivo no puede reducir éstas áreas sin observar el procedimiento legislativo y técnico, razón por la cual, la Sala declara parcialmente con lugar la demanda para anular el artículo 1° únicamente en cuanto excluye del área protegida del Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas, el “5.5% del área actual para la protección del patrimonio cultural”, lo anterior por infracción a lo dispuesto por los artículos 11, 50 y 89 constitucionales, y no en cuanto a la adición del sector marino e islotes, toda vez que ello es permitido al Poder Ejecutivo acordarlo mediante Decreto Ejecutivo.

El caso del Refugio de Vida Silvestre Gandoca- Manzanillo

La Sala Constitucional en la sentencia 1999-5399 relacionada con las modificaciones de límites del Refugio ya había señalado que:

“V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América -aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en

ellos no se explotarán con fines comerciales.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”.

Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado.

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales”.

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este”.

En un voto posterior (1056-2009), congruente con el anterior, manifestó:

“VII.- Sobre la inconstitucionalidad de los artículos 3°, 4°, 5° y 7° del Decreto número 34043-MINAE.-

Tal como se expuso, al derogarse artículo 6° del Decreto Ejecutivo, N° 16614-MAG (mediante el artículo 2° del Decreto Ejecutivo número 32753 del 16 de mayo del 2005) se incluyeran las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo dentro de los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo. Sin embargo, mediante el artículo 3° del Decreto impugnado, que vuelve a traer a la vida jurídica el derogado artículo 6°, las áreas urbanas de dichas comunidades quedaban nuevamente excluidas de los límites del Refugio, lo que implicó su reducción. Esta situación, no sólo violenta el principio de reserva legal sino el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Se viola el principio de reserva legal pues, según lo expresado,

la reducción del patrimonio forestal del Estado sólo puede operar vía legal y no reglamentaria. Este principio ha sido definido como un corolario del principio de legalidad cuyo respeto obliga a que determinadas materias son de regulación exclusiva por ley formal, emanada del Poder Legislativo y por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes. Ello por cuanto constitucionalmente se han establecido ciertas materias, que por su trascendencia, para ser reguladas, deben serlo obligatoriamente por medio de una ley. Así nos encontramos por ejemplo con que la creación de impuestos, la imposición de penas, la regulación de los derechos fundamentales, y –como en este caso- la reducción de los límites de una zona protectora del patrimonio forestal del Estado, son todas situaciones donde se requiere de la intervención del legislador, pues es en el debate parlamentario donde mejor se asegura la regulación de estas materias. **De esta forma, al proceder el decreto impugnado a reducir los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo viola el principio de reserva legal pues la reducción de tales límites sólo puede operar mediante una ley debidamente justificada al efecto. Además, se viola el derecho al ambiente pues la reducción de un refugio de vida silvestre claramente no sólo disminuye las posibilidades de gozar de este derecho en la zona de Gandoca-Manzanillo sino que desprotege los recursos naturales de la zona al dejar a las áreas urbanas de las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo a la libre explotación sin restricciones algunas. Evidentemente no es la misma protección que recibe la propiedad cuando se trata de propiedad forestal. Sobre este tipo de propiedad recuérdese que es un tipo diferente de propiedad con características y particularidades propias y un régimen especial, pues se concibe fundamentalmente para conservar, no para producir ni ser parte del comercio de los hombres. Todas las tierras consideradas como reservas nacionales quedan afectadas en forma inmediata a los fines de la normativa forestal, la cual establece un régimen especial aplicable a todos los recursos forestales.** De esta forma, al proceder el decreto impugnado a excluir de la propiedad forestal las áreas urbanas de las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo, viola el derecho al ambiente pues tales áreas quedarían fuera de los límites propios de la propiedad forestal que tienden a la conservación y no a la explotación de la propiedad y sus recursos naturales. Todo lo anterior nos lleva a concluir que el mencionado artículo 3° del Decreto impugnado –que vuelve a traer a la vida jurídica el derogado artículo 6º disminuyendo los límites del refugio en cuestión- resulta inconstitucional. De la misma forma resulta inconstitucional el artículo 7° del mismo decreto, pues, deroga en su totalidad el Decreto Ejecutivo No. 32753 del 16 de mayo del 2005, el cual ampliaba los límites del refugio en cuestión. Además, por conexidad, resultan inconstitucionales los artículos 4° y 5° del decreto en cuestión pues estos están directamente referidos a estas áreas urbanas que se están excluyendo de los límites del Refugio, uno fijando las competencias para la descripción de dichas áreas (art.4°) y otro

estableciendo la competencia del MINAE para dar el visto bueno al plan regulador de dichas áreas (art.5°). En el mismo sentido debe entenderse que el artículo 1° del decreto en cuestión resulta inconstitucional en la medida en que, al ratificar el decreto original de creación del refugio, lo hace sin excepcionar el artículo 6°, pues al no hacerlo se tendría la misma situación de reducción de los límites del refugio.”

La consulta del proyecto de Ley de Marinas y Atracaderos.

Resulta además importante citar otros precedentes jurisprudenciales de interés relacionados con el modelo de desarrollo del artículo 50, en el tanto este no resulta estar basado únicamente en la conservación (preservación) de la naturaleza:

Así dispuso en el Voto 2010-1872 relacionado con las reformas a la Ley de Marinas lo siguiente:

“La Sala no soslaya el deber de compaginar la protección ambiental con el desarrollo humano sostenible, tal como lo ha sostenido en su amplia jurisprudencia (ver al respecto la sentencia No. 2010-6922), pero lo cierto del caso es que esta compatibilización tampoco puede conferir la posibilidad de idear procedimientos novedosos que riñan con las competencias técnicas otorgadas a las instancias especializadas de la administración, de conformidad con las previsiones constitucionales y de la legislación orgánica.

En consecuencia, se ha requerido al Estado para que cuando **pretenda reducir el área de protección de una de estas zonas, deba contar de previo con los estudios técnicos pertinentes que así lo justifique:**

“En el caso bajo examen, la norma impugnada pretende titular unas zonas que han sido declaradas protegidas, precisamente por lo importante que resulta su conservación frente a las diversas actividades propias del hombre que vienen a alterar los ecosistemas y hábitat del medio ambiente que se desarrolla en estos lugares, así como la preservación de los bosques, los cuales son importantes para la generación de bienes esenciales e invaluable, como lo es el agua. El legislador en la presente ley, pone de manifiesto la necesidad de otorgarle un título de propiedad a los ocupantes de las zonas en cuestión, haciendo ver que la adquisición es con las limitaciones y protecciones ambientales que al respecto existen, sin embargo, del estudio de la norma impugnada se tiene que la facultad de titular en estas áreas, recae sobre un ámbito indiscriminado de aplicación, lo cual, de suceder así, podría estarse titulando áreas en las que son incompatibles muchas de las actividades que realiza el hombre y que podrían perjudicar seriamente el ecosistema ahí desarrollado así como la vulneración que existiría por parte del Estado para poder ejercer

una adecuada vigilancia en ellas, lo cual, aún en el caso de que se parta del supuesto de que esas personas han venido ocupando desde hace muchos años estas áreas que son bienes de dominio público, esto no justifica en forma alguna que se pueda titular cualquiera de estas áreas, puesto que, el mismo Estado en protección del medio ambiente puede ordenar el desalojo de estas personas, en aquellas áreas donde más bien su presencia estén produciendo un efecto contraproducente, lo que provocaría consecuentemente, que en el caso de que se titularan este tipo de áreas, tendría el Estado que expropiar un bien que tal vez tuvo que expropiar alguna vez para declararlo zona de protección, incurriéndose en un acto irrazonable.

Lo anterior no implica que el Estado no pueda desafectar un área determinada en virtud de que ya no se cumplen los fines para los cuales se le protegió, o que inclusive, se pretenda titular zonas específicas, sin embargo, puede hacerse donde exista un estudio técnico previo que demuestre la naturaleza del área a titular y la posible convivencia tanto del hombre como del ecosistema así como las consecuencias que se deriven de ello, por lo que no se puede permitir que se titulen áreas de esta naturaleza en forma indiscriminada, ya que esto iría contra las mismas políticas conservacionistas del ambiente que ha procurado el Estado en virtud de los cometidos ordenados por la Constitución Política y los Convenios Internacionales que ha suscrito". (Sentencia número 1999-2988)

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**. En efecto, la legislación actualmente no exceptúa a estos ecosistemas de la posibilidad de ser dados en concesión para marinas turísticas, sin embargo, esto no valida en modo alguno que tal omisión resulte acorde a la protección ambiental que debe garantizarse de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política. No se justifica entonces, que se protejan estas áreas en armonía con los fines ya señalados, para que posteriormente sin un razonamiento técnico se exceptúen de la posibilidad de ser dadas en concesión algunas zonas y otras no, sin valorar si con ello van a resultar afectadas. La ausencia de este criterio, violenta el principio precautorio en materia ambiental:

"...Uno de los principios rectores del Derecho Ambiental lo constituye el precautorio o de evitación prudente. Este principio se encuentra recogido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río, la cual literalmente indica "Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la

degradación del medio ambiente”. En el ordenamiento jurídico interno la Ley de Biodiversidad (No. 7788 del 30 de abril de 1998), en su artículo 11 recoge como parámetros hermenéuticos los siguientes principios: “1.- Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de biodiversidad o sus amenazas. 2.- Criterios precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección”. En el Voto de esta Sala No. 1250-99 de las 11:24 horas del 19 de febrero de 1999 (reiterado en los Votos Nos. 9773-00 de las 9:44 horas del 3 de noviembre del 2000, 1711-01 de las 16:32 horas del 27 de febrero del 2001 y 6322-03 de las 14:14 horas del 3 de julio del 2003) este Tribunal estimó lo siguiente: “(...) La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible —o una duda al respecto—, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente”. (Sentencias número 2004-1923 y 2010-6922)

La consulta de constitucionalidad sobre Ley del INDER

Otro aspecto de interés lo constituye la consulta facultativa de constitucionalidad con relación a la Ley de Creación del Instituto De Desarrollo Rural (antiguo IDA).

El Voto 1963-2012 indicó en lo que interesa:

“XI.- SOBRE EL ARTÍCULO 16, INCISO H). CONTINUACIÓN. En línea con lo expuesto en el considerando anterior, estima este Tribunal que, igualmente, resulta contraria al Derecho de la Constitución la potestad prevista para que el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, mediante las figuras legales correspondientes, autorice al INDER “el uso de las áreas aptas para el desarrollo de proyectos ecoturísticos, de turismo rural comunitario o agroecológicos, dentro de áreas protegidas, previo estudio técnico correspondiente, excepto en parques nacionales o en reservas biológicas absolutas”, pues tal y como lo plantean los legisladores consultantes, esta norma, en concordancia con las facultades legales del INDER, estaría permitiendo la disminución del espacio territorial de las áreas silvestres protegidas o patrimonio natural del Estado, **sin una ley para cada caso concreto, tal y como lo exige el artículo 38 de la Ley**

Orgánica del Ambiente que indica lo siguiente: “La superficie de las áreas silvestres protegidas, patrimonio natural del Estado, cualquiera sea su categoría de manejo, sólo podrá reducirse por Ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen esta medida” lo que implica una lesión directa al medio ambiente.

A la luz de lo expuesto, la autorización prevista en la norma, vistas las competencias otorgadas al INDER, podría provocar una disminución y menoscabo de las áreas silvestres protegidas y del patrimonio natural del Estado, sin contar con los requisitos dispuestos en el ordenamiento jurídico, los cuales, al fin y al cabo son una manifestación de la obligación consagrada en el artículo 50 constitucional”.

La consulta del proyecto de Ley de Reconocimiento de los Derechos de los habitantes del Caribe Sur, Voto No. 13367-2012.

Este Voto- cuyo texto no ha sido redactado a la fecha de presentación de este Informe Final- estableció que la reducción del área del Refugio de Vida Silvestre Gandoca- Manzanillo, a ser operada mediante el proyecto de ley indicado, resultaba inconstitucional por no sustentarse en un estudio completo que determinara técnica y científicamente el impacto real sobre el ambiente que se generaría. Calificó además de un vicio esencial del procedimiento legislativo tal carencia.

El principio de vinculación entre ciencia y técnica y el principio de razonabilidad aplicado a la materia ambiental.

En reiteradas sentencias la Sala Constitucional ha indicado que existe un principio de objetivación de la tutela ambiental, que también ha conceptualizado como la vinculación entre la ciencia y la técnica en materia ambiental o razonabilidad de las normas ambientales, reduciendo la discrecionalidad de la administración (incluyendo la Asamblea Legislativa en esta materia) (ver además Votos 17126-2006 y 11562-2006, entre otros). Este principio refuerza la necesidad de contar con estudios técnicos serios y comprensivos.

Resulta un claro ejemplo de esta línea de pensamiento la sentencia 3684-2009 que indicó:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como 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. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.”

En atención de este criterio de objetivación de la tutela ambiental, vinculación de la ciencia y la técnica y razonabilidad ambiental, puede deducirse con claridad la necesidad de un estudio técnico que sea suficientemente contundente para concluir que la modificación de límites del parque nacional no afecta los objetivos del mismo, ni en funcionamiento de los ecosistemas; caso contrario, cualquier decisión reflejada en una nueva norma devendría inconstitucional por violación al artículo 50 de la Constitución Política.

Armonización de los aspectos ambientales y de desarrollo como parte del modelo constitucional de desarrollo sostenible.

Es importante además considerar que la SC ha establecido que el modelo de desarrollo sostenible no puede interpretarse como la mera conservación ambiental, excluyendo la necesidad de generar o producir un desarrollo humano que sea sostenible. Así ha indicado por ejemplo,

“Sin embargo, ante la finalidad del interés general de la colectividad nacional se deben ponderar ambos derechos y equilibrar su utilización atendiendo a un principio de desarrollo humano sostenible, según el cual se reconoce la necesidad de una inter-relación equilibrada entre los elementos críticos del desarrollo económico (turismo, inversión, empleo, infraestructura, finanzas sanas y sistema tributario) de la política social (educación, salud, seguridad) y de la protección medioambiental. Este desarrollo ha sido definido por la Organización de las Naciones Unidas, como la ampliación de las opciones para todas las personas de una sociedad, el cual es un concepto compresivo porque incluye a los hombres y mujeres como centro del desarrollo, la protección de las oportunidades en la vida de las futuras generaciones y los sistemas naturales de los que depende la vida en su totalidad. El propósito fundamental es la creación de un ámbito posibilitante en que todos puedan disfrutar de vidas largas, saludables y creativas, ya que el crecimiento económico también es un

medio para el desarrollo humano. De ahí que lo relevante es permitir un desarrollo industrial y tecnológico de los pueblos, pero tolerable al utilizar el entorno físico y social, con el fin de lograr un progreso económico y social. La responsabilidad consiste en equilibrar la protección del ambiente, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, que justifique la intervención del Estado. Ahora bien, es precisamente por la vinculatoriedad del ordenamiento ambiental, que la decisión no puede ser arbitraria y por ello la discrecionalidad de la Administración está condicionada al respeto del bloque de legalidad.....” Voto 6922-2010

Jurisprudencia relativa al cambio climático y el modelo energético

Finalmente, existen diversas sentencias de la SC donde se ha establecido también la importancia de la adopción de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático (votos 12282-2011 y 4982-2011 de la SC, aunque de manera general y no referidos al tema energético per se).

Igualmente, el Voto (2010-13100) indica:

“Sobre los incisos b), c) y d) del artículo 9 del decreto ejecutivo 34312-MP-MINAE de 6 de febrero de 2008. El dióxido de carbono (CO₂), que es uno de los residuos que se producen luego de quemarse alguna de las sustancias que contienen carbono, es uno de los principales generadores del calentamiento global. Así sucede con los hidrocarburos, por lo que el petróleo y todos sus derivados, de los cuales se obtiene energía, luego de su combustión expulsan a la atmósfera partículas de CO₂. Nuestro país ha venido luchando, desde hace ya bastante tiempo, por producir energía limpia, que no cause mayores emisiones de dióxido de carbono hacia la atmósfera, en un esfuerzo por cumplir con diversos compromisos adquiridos a nivel internacional y de intentar acercarse a un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible. **En ese intento, se ha venido tratando de encontrar nuevas fuentes energéticas, es así como el país ha avanzado en la explotación de energía hidroeléctrica, eólica y geotérmica, y se continúa en investigaciones para hallar fuentes de energía limpia, cuyas emisiones de CO₂ sean lo más bajas posibles.** En ese sentido, nuestro legislador, al emitir la Ley Forestal, número 7575, con gran visión, dejó un espacio dentro del artículo 19 de ese cuerpo legal para que el Estado pudiera llevar adelante proyectos que, eventualmente, podrían tener impactos ambientales, como cualquier otra actividad humana, pero que, sopesados con los beneficios sociales, económicos y ambientales, resultaran ser aquellos mucho menores que estos últimos, de tal suerte que fuera beneficioso llevarlos adelante, para lo cual se requeriría que estos sean de conveniencia nacional...”

Ejemplos de desafectaciones establecidas por Ley.²⁹

Como se indicó existen a la fecha dos ejemplos de modificaciones de límites de un ASP establecidos por la vía del acto legislativo.

Ley 8803 (para regular la creación y operación del puesto fronterizo Las Tablillas).

De conformidad con la misma segrega del Refugio Nacional de Vida Silvestre Corredor Fronterizo, creado mediante Decreto Ejecutivo N.º 22962-Mirenem, de 15 de febrero de 1994, y modificado por decreto ejecutivo N.º 23248-Mirenem, de 20 de abril del mismo año, y ubicado en la línea divisoria entre las Repúblicas de Costa Rica y Nicaragua, un área total de ciento veintinueve mil doscientos treinta y siete metros con veintitrés centímetros cuadrados, según el levantamiento topográfico mencionado más adelante (artículo 1).

Según el artículo 2, el área segregada será **administrada por la Municipalidad de Los Chiles** y se dedicará exclusivamente a la instalación y operación de las instituciones del Estado prestadoras de los servicios públicos requeridos para la adecuada operación del puesto fronterizo. Se autoriza a las instituciones del Estado para que faciliten y den todo tipo de asesoramiento y colaboración a la Municipalidad de Los Chiles, así como a la Municipalidad indicada para gestionar y recibir este asesoramiento y colaboración, con el propósito de asegurar el levantamiento de todo tipo de infraestructura y la efectiva operación del puesto fronterizo. Asimismo, la Municipalidad y las instituciones públicas que utilizarán este espacio quedan facultadas **para ceder los derechos de uso y usufructo a fideicomisos de titularización o figuras similares** en el caso en que se considere necesario o conveniente este instrumento o mecanismo para llevar a cabo la construcción o levantar las obras de infraestructura requeridas para el efectivo funcionamiento del puesto fronterizo.

Finalmente se establece que el MINAET amojonará el área segregada del Refugio Nacional de Vida Silvestre Corredor Fronterizo, a fin de salvaguardar, de los posibles efectos nocivos del desarrollo humano, el área que continúa afectada por la declaratoria de área silvestre protegida (artículo 3) y se autoriza al Poder Ejecutivo para que realice las gestiones necesarias para establecer un puesto aduanal y migratorio en la zona segregada (artículo 4).

Ley No. 7774 (franja de Peñas Blancas).

El segundo ejemplo se trata de la Ley No 7774 del 21 de mayo de 1998, la cual segregó una porción del Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo-localizada en la zona fronteriza inalienable- debido a que en ella se ubican los puestos de Peñas Blancas y otra infraestructura, aspecto que no fue considerado al momento de emitir el decreto de creación del Refugio. Según el artículo 1 se segregan los terrenos del área de aduanas, migración y comercio pertenecientes al Refugio de Vida Silvestre situado

en la línea divisoria entre las Repúblicas de Costa Rica y Nicaragua, en las coordenadas 354.600 y 360.400 (río Sapoá). Desde allí, aguas arriba del río Sapoá, hasta el punto ubicado entre las coordenadas 353.050 - 360.150, siguiendo hasta la línea divisoria entre Costa Rica y Nicaragua, en las coordenadas 353.500 - 359.750 y, de allí, hasta el primer punto citado al inicio. Los valores descritos son parte de la hoja cartográfica No. 3049-1 Piedras Blancas, escala 1:50.000 del Instituto Geográfico Nacional de Costa Rica y del plano del Instituto de Desarrollo Agrario, libreta No.5-2487, de noviembre de 1992.

De conformidad con el artículo 2° de la Ley No. 7774 de 21 de mayo de 1998, corresponde a **la municipalidad respectiva la administración** de los terrenos segregados por aquella en su artículo 1° al Refugio Nacional de Vida Silvestre creado mediante Decreto No. 22962-MIRENEM de 15 de febrero de 1994. Según el artículo 3° de la misma Ley, el Instituto de Desarrollo Agrario puede, dentro de esa misma área segregada, dar en arrendamiento terrenos urbanos, construidos o no; sin que la anulación por la Sala Constitucional de la Ley de titulación de tierras ubicadas en reservas nacionales, No. 7599 de 29 de abril de 1996, haya afectado tal competencia. (Cfr. además Dictamen 250-2008 de la Procuraduría General de la República).

CONCLUSIONES

Del análisis realizado se concluyen las siguientes ventajas y desventajas de del mecanismo previsto en la propuesta de Ley para permitir el aprovechamiento de geotermia³⁰:

Tal y como lo indicar la SC en el caso de Tivives, las ASP no son pétreas o inmodificables. Únicamente deben cumplirse con los requisitos legales indicados por los diferentes votos de la SC antes explicados. Igualmente, en otros ordenamientos jurídicos, como la Directiva Hábitat de la Unión Europea³¹, se establece un régimen especial de autorización para los proyectos o planes que afecten a los “Lugares de Importancia Comunitaria” que forman parte del sistema de áreas protegidas que integran la Red Natura 2000, fundamentado en la existencia de “razones imperiosas de interés público de primer orden”. Aunque la Directiva no define cuáles son esos motivos imperiosos, si se han desarrollado algunos criterios de orden económico, estratégico y ambiental y existen diversos casos de autorizaciones otorgadas al amparo de dicha normativa (por ejemplo, proyectos de infraestructura calificados como estratégicos; progreso tecnológico de la industria aeronáutica europea; suministro de bienes esenciales, entre otros).

A la fecha no se cuenta con precedentes jurisprudenciales exitosos en los cuales se haya cuestionado la reducción de límites de un ASP, pero los distintos votos de la SC han venido a puntualizar los requisitos obligatorios

para la modificación de límites que involucren la reducción o segregación de áreas originalmente integradas. En los casos de las dos leyes aprobadas debe indicarse nunca fueron cuestionados ante la SC y tampoco resulta claro si existieron y cuáles fueron los estudios técnicos del caso.

Aunque no existen orientaciones normativas específicas para el caso de estudios técnicos que reduzcan las ASP, puede utilizarse como base inicial lo establecido por el artículo 71 del RLB. De la lectura de algunos de los considerandos de la SC podría deducirse que el estudio técnico debería al menos concluir: a) que la modificación no afecta el derecho a un ambiente sano tutelado constitucionalmente; b) que no se impide el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado el parque y en caso de actividades dentro de éste que resultan compatibles con los mismos; c) que no se impide la prestación de los servicios de los ecosistemas del PN; d) que existe un valor o interés público igualmente relevante que justifique la reducción. A la fecha ninguna de los casos bajo análisis ha permitido conocer el criterio puntual de la SC sobre los estudios técnicos y su alcance, más allá de la necesidad de que los mismos sean serios y estén suficientemente fundamentados³². Adicionalmente, debe considerarse la jurisprudencia en lo tocante a la razonabilidad en materia ambiental y al principio de vinculación entre la ciencia y la técnica como se explicó en el transcurso de esta investigación.

Igualmente, en caso de segregarse del Parque si estos fueran boscosos o de aptitud forestal debería preverse tal situación en la Ley a efectos de evitar que las prohibiciones generales del PNE afectarán al proyecto (al ser propiedad de una institución pública podría quedar comprendido dentro de las restricciones del artículo 1 y 18 de la LF y por ende no ser posible la realización de actividades adicionales a la investigación, la capacitación y el ecoturismo). Este aspecto no se regula en el proyecto de Ley actual debido a la lógica del mismo: las áreas específicas a desafectar se determinarán en una etapa posterior.

Bajo el proyecto actual no resultaría de aplicación la disposición del artículo 3 de la Convención de Washington (impedimento de explotación comercial de los recursos), dado que las actividades de generación y venta de energía (servicio público) no estarían comprendidas dentro de los límites del PN y por tanto no podría interpretarse que se explotan los recursos del PN de forma comercial.

2. Una nueva modalidad de uso

Un mecanismo legal para permitir la geotermia en parques nacionales, sin desafectar/modificar los límites, consistiría en autorizar un nuevo uso: la explotación de ésta. Cómo se indicó actividades adicionales a las tres normalmente previstas por la normativa (capacitación, investigación y ecoturismo) se han permitido por la normativa y jurisprudencia nacional

³³.

Como indica el Informe Jurídico Ambiental del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (Oficio No ST-037-2012 del 15 de febrero del 2012) preparado sobre el proyecto de Ley de Geotermia en el ACG (Expediente No. 17680):

“La propuesta que presenta este proyecto, de desafectar el área aprovechable para la geotermia, compensándola por otra equivalente, aunque es una opción válida y una alternativa a estudiar, no significa que sea la única solución posible jurídica al problema.

Llamamos la atención sobre lo siguiente: Si el legislador puede desafectar un parque nacional, aún sea que deba hacerlo siguiendo un procedimiento que involucre la realización de estudios ambientales previos, no resulta lógico sostener que el legislador no pueda disponer o autorizar la explotación de un recurso, como la geotermia, dentro de los parques nacionales.

El conocido adagio jurídico de “quien puede lo más, puede lo menos”, es de total aplicación en este caso, y no puede entenderse que el derecho signifique la aplicación de unas formalidades en que un resultado pueda lograrse de una forma indirecta, pero no de una directa.

En el análisis del articulado nos referiremos con mayor detalle a la prohibición de explotación de los recursos naturales en parques nacionales, pero basta por ahora con reiterar la posición del Departamento en el sentido de que no resulta inconstitucional por sí mismo, la pretensión de explotar el recurso geotérmico dentro de los parques nacionales.

Incluso desde el punto estrictamente ambiental, no suena lógico que un área de un parque nacional sea desafectada, para desarrollar un proyecto de geotermia, y quede como un enclave dentro de un parque, sin unidad de los procesos bióticos, no sujeto entonces a ninguna categoría de manejo, asilado y totalmente independiente del entorno.

La naturaleza no reconoce “islas” creadas artificialmente, y posiblemente tenga menos impacto ambiental exigir las mejores prácticas ambientales, las medidas de mitigación más extremas, todo dentro de un parque nacional, que optar por aislar artificialmente un área, y desafectarla, con lo cual se rompe la unidad biológica natural que exigiría una determinada categoría de manejo.”

Continúa el Informe de Servicios Técnicos citado:

“Consta en el Dictamen Negativo de Mayoría (30 de octubre de 2008) que se recomendó el rechazó del Expediente 16.137, por considerar *“que el proyecto tiene serios roces de constitucionalidad y legalidad”*.

Además de lo anterior, porque se consideró que el objetivo mismo del proyecto, que era la explotación de recursos geotérmicos en parques

nacionales, era una finalidad contraria o ajena a la finalidad por la cual se establecieron los parques nacionales, que no es otra que la conservación.

Se concluía así, que no es admisible ningún otro fin en parques nacionales, que no sea el que motivó su creación:

“Otro aspecto que hace imposible la aprobación del proyecto es la incompatibilidad del fin que persigue el proyecto: “Autorizar al ICE para el aprovechamiento de los recursos geotérmicos existentes en los parques nacionales, para la satisfacción de las necesidades energéticas de Costa Rica” y la finalidad ya determinada para los Parques Nacionales que podrían resumirse en: la protección de un área de extraordinario valor por sus bellezas naturales, la salvaguardia de esas bellezas en beneficio de las presentes y futuras generaciones, y la intangibilidad...”

En criterio de esta asesoría, el rechazo al expediente 16.137, fue una decisión política, de oportunidad y conveniencia, pero que no necesariamente era forzada o predeterminada por la técnica jurídica. En otras palabras, la propuesta, si bien tenía aspectos que podían mejorar su viabilidad jurídica, no era inconstitucional en sí misma.

En el Informe Jurídico que este Departamento emitió a dicho proyecto³⁴, si bien se advirtió sobre los problemas que significaban excluir las obligaciones de realizar los Estudios de Impacto Ambiental, en términos generales, se emitió un criterio favorable al desarrollo de la geotermia en parques nacionales, por considerar que no existía prohibición suprallegal para tal actividad.

“No es posible una preservación absoluta, pues está claro que el ecosistema gira en función del ser humano, lo que sí es posible, es establecer prioridades de bienestar en función del equilibrio de la ecología y desarrollo. (...) En resumen, no existe la preservación absoluta y, la utilización de los recursos naturales no originan problema, siempre y cuando no se apliquen prácticas abusivas en su explotación, permitiendo así la regeneración necesaria para mantener el equilibrio.

Aprovechar el vapor de agua existente en los Parques Nacionales de Costa Rica, en la producción de energía, no rompe el equilibrio ecosistémico, siempre que su aprovechamiento esté afín a los principios técnicos-científicos y jurídicos, que permitan una exploración racional, acorde con los indicadores ambientales, que miden la evolución y correlación de los hitos económicos y sociales, máxime que el agua producto del proceso es nuevamente reinyectada al reservorio natural.”

De manera, que si la Comisión de Ambiente optó por rechazar el proyecto,

en lugar de intentar introducirle reformas que lo hiciera viable, no quiere decir lo anterior, que la explotación de la geotermia en parques nacionales esté prohibida por norma supralegal, que haga imposible al legislador ordinario modificar el marco jurídico vigente.”

No obstante, ello también requeriría un estudio técnico- aunque su nivel de profundidad podría ser diferente al realizado para desafectar- que con base en los criterios jurisprudenciales de vinculación entre la ciencia y la técnica y razonabilidad, justificara- de manera general- que el nuevo uso propuesto resulta compatible con un ASP y en especial con sus objetivos y plan de manejo si existe. En todo caso, bajo la figura de un nuevo uso, cada solicitud sería valorada de manera individual en estricto apego a criterios y principios de sostenibilidad ambiental y allí el SINAC/AC (más la valoración previa de la SETENA) determinarían en un caso concreto la posibilidad o no de realizar la actividad y las condiciones bajo las cuales la misma se desarrollaría.

De esta manera, con respecto a esta opción son importantes dos consideraciones legales, adicionales a algunas de las anteriormente expuestas:

- La evolución de usos en el ordenamiento jurídico de Costa Rica
- La interpretación evolutiva con respecto al significado de “explotación comercial”, de la función de las ASP para conservar la biodiversidad, desde la ratificación de la Convención de Washington y la existencia de nuevas obligaciones derivadas del surgimiento de la problemática del cambio climático y su consecuente mitigación y adaptación.

1. Consideraciones generales sobre PNE y usos autorizados y su evolución.

Actualmente, el decreto No 35868-MINAET define los términos de ecoturismo, capacitación e investigación y especifica los tipos de acciones que pueden desarrollarse en el PNE fuera o dentro de ASP, así como los procedimientos para obtener los respectivos permisos de uso.

Según el reglamento 35868-MINAET:

“En los terrenos previamente declarados como Patrimonio Natural del Estado, tanto dentro de las Áreas Silvestres Protegidas como fuera de ellas, sólo se permitirá realizar actividades de capacitación, ecoturismo e investigación, estas actividades estarán sujetas a lo establecido en el plan de manejo del Área Silvestre Protegida y otras regulaciones establecidas en la presente normativa, de la siguiente manera:

- A- Dentro de las Áreas Silvestres Protegidas

En el caso de las Áreas Silvestres Protegidas a excepción de los Parques

Nacionales y las Reservas Biológicas, las actividades de ecoturismo se podrán realizar única y exclusivamente en las zonas establecidas por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), de conformidad con la zonificación de cada Área Silvestre Protegida.

- B- Fuera de las Áreas Silvestres Protegidas

En los terrenos del Patrimonio Natural del Estado, que se ubiquen fuera de las Áreas Silvestres Protegidas se permite desarrollar todas las actividades establecidas en el artículo 18 de la Ley Forestal. A continuación se detalla el tipo de actividad permitida según cada categoría:

Las actividades de ecoturismo que se pueden desarrollar son las siguientes:

- Senderos o caminos rústicos.
- Áreas para acampar.
- Miradores.
- Canopy.
- Ascensión a un árbol que sirva de mirador (plataformas de observación en árboles, siempre que el árbol no sea el nicho de crianza o cueva de alguna especie).
- Puentes colgantes.
- Rapel.
- Áreas para descanso.
- Áreas para almuerzo.
- Kayak, canotaje.
- Ciclismo recreativo.
- Pesca (esta actividad no podrá realizarse dentro de los Parques Nacionales y Reservas Biológicas, ni dentro de los humedales que se encuentren dentro de estas categorías).
- Otras compatibles con el ambiente y los objetivos de este decreto.
- Albergues.

Las actividades de investigación que se pueden desarrollar son las siguientes:

- Miradores para observación de especies silvestres o para control y protección. (única y exclusivamente con fines científicos).

- Senderos (única y exclusivamente con fines científicos).
- Instalación de trampas cámara.
- Recolección de muestras de biodiversidad, de conformidad con lo establecido en la Ley de la Biodiversidad N° 7788 y su reglamento.
- Restauración, mejoramiento y/o rehabilitación de humedales y otros ecosistemas.
- Otras relacionadas y debidamente autorizadas.

Para realizar actividades de capacitación se pueden desarrollar son las siguientes:

- Giras demostrativas.
- Aulas ecológicas.
- Programas de educación ambiental.
- Otras relacionadas y debidamente autorizadas.

El SINAC concederá permisos de uso dentro del Patrimonio Natural del Estado cuyas actividades deberán ser autorizadas por el Director o Directora del Área de Conservación correspondiente. Todo permiso de uso aprobado o denegado será a través de una resolución administrativa debidamente fundamentada. Dicho permiso no podrá ser cedido, traspasado o donado, será otorgado en condición precaria, y por ende no implica derecho alguno de propiedad sobre el terreno, y podrá ser revocado cuando el Estado así lo determine por razones de conveniencia, de oportunidad o de interés público, de conformidad con el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227.

El plazo de vigencia de los permisos de uso otorgados será de cinco años, y podrá ser superior a dicho plazo cuando legal y técnicamente ha sido justificado por el solicitante y aprobado por el Área de Conservación respectiva, la necesidad del plazo para su ejecución, mismo que no podrá superar los 10 años. En todos los casos, y con seis meses de antelación al vencimiento del permiso, el Área de Conservación respectiva comunicará al interesado el vencimiento de su permiso de uso, para tal efecto el interesado deberá de solicitar la respectiva prórroga por escrito y haciendo constancia de ello en el expediente administrativo, bajo el apercibimiento de que la omisión implicará la caducidad automática del permiso de uso. Las prórrogas podrán darse en forma consecutivas. Una vez vencido el permiso de uso, y no medie solicitud de prórroga, el mismo no tendrá

validez alguna para el administrado, teniendo la obligación de gestionarlo nuevamente, con el respectivo cumplimiento de los requisitos dados por ley y reglamento.

2. Otros casos específicos de permisos de uso.

Existen sin embargo, otros regímenes legales de permisos de uso existentes en la legislación nacional, que es menester describir brevemente, pues indican que, a pesar de las consideraciones doctrinarias, existe cierta flexibilidad normativa para establecer el alcance de los permisos de uso.

Permisos de uso para antenas de telecomunicación en ASP

La Opinión Jurídica-J 144-2001 refleja la posición de la PGR respecto a los permisos de uso para la instalación de antenas de telecomunicación en ASP regulados en el decreto No. 26187:

“El permiso de uso ha sido definido como un acto jurídico unilateral, dictado por la Administración en el uso de potestades discrecionales. Mediante él, en forma transitoria, se autoriza el uso de un bien perteneciente al Estado. El permiso de uso es “precario”, puede revocarse por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad para la Administración, siempre que no se haga en forma intempestiva o arbitraria. Así, por ejemplo, podría presentarse una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, en cuyo caso debe prevalecer el uso dado por el ordenamiento o la necesidad del Estado de utilizar directamente el bien para construir una obra pública, o razones de seguridad, higiene, estética. Circunstancias de esa índole justificarían la revocatoria del permiso (Ley General de la Administración Pública, numeral 154; Sala Constitucional, Votos Nos. 2306-91, 5976-93, 6434-93, 422-96 y 6079-94; dictámenes nuestros C-072-97, C-139-97, C-014-2000 y C-083-2000). -

Por su parte, el Reglamento a la Ley Forestal, Decreto Nº 25721 de 17 de octubre de 1996 (La Gaceta Nº 16 de 23 de enero de 1997), artículo 2, define los permisos de uso como “autorizaciones para el uso de partes de terrenos de propiedad Estatal, para fines que no conlleven el aprovechamiento forestal”. –

El permiso de uso genera un beneficio económico o de índole diversa, que justifica fijar una contraprestación a cargo del administrado y en favor de la Administración (Sala Constitucional, Nº 2777-98). -

En vista de que las instalaciones para telecomunicación en áreas protegidas producen utilidades y beneficios a los permissionarios, debe existir una adecuada relación entre la rentabilidad económica que genera el uso autorizado y la contraprestación que recibe el Estado. No es permisible

que los permisionarios obtengan un enriquecimiento injusto derivado por el cobro de exiguas remuneraciones. Las normas reglamentarias deben velar por la observancia en la equidad de esa contraprestación (OJ-017-2000 y OJ-079-2001). -

Conforme al artículo 12 de la Ley del Servicio de Parques Nacionales, N°6084 de 24 de agosto de 1977, no “pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio.”

Sin embargo, los artículos 154 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978 y el 39, inciso i) de la Ley Forestal, 7575 de 5 de febrero de 1996, dan fundamento legal para autorizar puestos de telecomunicaciones en áreas silvestres protegidas.-

De acuerdo con el artículo 154 de la Ley 6227, es posible otorgar permisos de uso sobre el dominio público siempre que sea a título precario. Por su parte, el numeral 39, inciso i) de la Ley 7575 señala que el Fondo Forestal, se financiará, entre otros, con el valor de los cánones pagados en función de “los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas, cualquiera que sea su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del Estado.” La norma se refiere a permisos de uso en forma genérica y contempla todas las categorías de manejo.-

En consonancia con esas disposiciones legales, el artículo 11 del Reglamento a la Ley Forestal, establece que dentro del Patrimonio Natural del Estado podrán otorgarse permisos de uso que no requieran aprovechamiento forestal y no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos. El canon es fijado por la Administración mediante resolución razonada y su incumplimiento dará lugar a revocar el permiso conforme al artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública.”

Por su parte, refiriéndose al tema de la constitucionalidad de estos permisos de uso, la SC en el voto 8945 del 2005³⁵, estableció:

“VI. El caso concreto. Una vez realizadas las anteriores consideraciones preliminares como marco de referencia, se procede a resolver los alegatos del accionante, quien infiere que el decreto impugnado violenta el artículo 50 de la Constitución Política, por cuanto -en su criterio- infringe lo dispuesto en la Ley de Servicio de Parques Nacionales, en el sentido de que no es posible otorgar permiso alguno dentro de las áreas protegidas. Ciertamente el artículo 12 de la Ley No. 6084 de 24 de agosto de 1977 dispone:

“No pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer

otras instalaciones que las del Servicio.”

Sin embargo, este Tribunal comparte la tesis esbozada por la Procuraduría General de la República, en el sentido de que dicha norma debe ser analizada en el contexto normativo surgido con posterioridad a dicha ley y atendiendo a la necesidad de un desarrollo sostenible. Lo cuestionado en el decreto ejecutivo No. 26187-MINAE es la posibilidad de otorgar un permiso de uso para instalar puestos de telecomunicación en áreas protegidas. Esta facultad de otorgar permisos de uso se encuentra debidamente contemplada en la Ley General de Administración Pública del 2 de mayo de 1978, en el artículo 154 que dice:

“Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”

Ha señalado la Sala que el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. Por consiguiente, sometiendo lo señalado al caso concreto, estaríamos entendiendo que una norma posterior vino a establecer la posibilidad de otorgar un permiso de uso sobre bienes de dominio público, con carácter precario y haciendo prevalecer el uso natural de la cosa, tratándose de las áreas protegidas, su fin de conservación. Por otro lado, la Ley Forestal, que es ley No. 7575 y que fue emitida el 13 de febrero de 1996, dispone en el artículo 39, que uno de los recursos que constituirá el Fondo Forestal es precisamente el valor de los cánones o tasas que el Ministerio del Ambiente y Energía determine, **producto de los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas**, cualquiera que sea su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del Estado. Y así fue reglamentado en el Decreto No. 25721-MINAE del 17 de octubre de 1996, que es Reglamento a la ley Forestal:

“Artículo 11.-

La A.F.E. concederá permisos de uso del patrimonio natural y forestal del Estado únicamente a aquellos proyectos que no requieran

aprovechamiento forestal y que no afecten los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos, excepto las actividades expresamente permitidas por la Ley 6084 de Parques Nacionales y la Ley 7317 de La Vida Silvestre. Excepciones adicionales se permitirán únicamente en el interés público y sujeto a un estudio de impacto ambiental y al cumplimiento de sus recomendaciones...”

Este Tribunal entiende de la misma normativa citada la facultad para emitir estos permisos, así como también a la protección de los ecosistemas, la vida silvestre, los suelos, los humedales y los sistemas acuíferos.....

Este Tribunal valoró precisamente que la instalación de torres se trataba de un permiso de uso de las zonas protegidas, como un acto típico de administración, indicando que estos terrenos ya han sido declarados de uso público por parte de la Asamblea Legislativa y la Administración lo único que hace es establecer controles y límites a ese uso público a fin de lograr el objetivo de la protección de los recursos naturales.....

“...Con anterioridad a la actual Ley Forestal número 7575, en el otorgamiento de autorizaciones para ubicar puestos de telecomunicación dentro de áreas protegidas, se utilizó por la naturaleza jurídica de los terrenos sobre los cuales se ubicaban esos puestos, la figura del permiso de uso, figura que fue posteriormente ratificada por el artículo 39 inciso i) de esa Ley Forestal que expresamente señaló que el Fondo Forestal se nutriría del valor de los cánones o tasas que el Ministerio del Ambiente y Energía determinare, producto de los permisos de uso de los recursos naturales, otorgados en las áreas silvestres protegidas, cualquiera que fuere su categoría de manejo, que conforman el patrimonio natural del estado. Siendo los terrenos sobre los cuales el Estado autoriza la instalación de puestos de telecomunicación, parte del patrimonio natural del estado, están sujetos a un uso público determinado por ley, por lo que la detentación privada deviene en excepcional al destino por el que esos terrenos están afectados, requiriendo para legitimarla un acto expreso de la Administración, que en el presente caso consiste en un permiso de uso otorgado vía resolución administrativa...”

Determinó además, que de conformidad con las Leyes Orgánica del Ambiente No. 7554, Forestal No.7575 y de Creación del Servicio de Parques Nacionales No. 6084, le corresponde al Ministerio del Ambiente y Energía, la administración de las áreas silvestres, al tener incidencia las disposiciones a dictar en la materia sobre la administración de esas áreas, por lo que siendo esas reglas de carácter general, lo procedente en estos casos es regular este tipo de relaciones con el administrado, con el artículo 121.1 de la Ley General de la Administración Pública que señala que los actos de alcance general se deben emitir por medio de decretos, por ello, a pesar de que durante los primeros años se reguló en las mismas resoluciones que otorgaban esos permisos, todo lo referente a las

condiciones que el Estado le imponía al permisionario, incluyendo el área que ocuparía cada puesto dependiendo de la actividad a la que se dedicara y el canon a pagar por el uso del terreno, posteriormente mediante los Decretos Ejecutivos No. 213124-MIRENEM y No. 23109-MIRENEM, se establecieron regulaciones diferentes para los puestos ubicados en parques nacionales (caso del Volcán Irazú) y en reservas forestales (caso del Cerro de la Muerte), tomando en consideración que la legislación vigente en ese momento diferenciaba entre estas categorías de manejo. Consideró desde aquel momento, que con la aparición primero de la Ley Orgánica del Ambiente y posteriormente la Ley Forestal, nuestro ordenamiento jurídico nuevamente le dio un trato similar a las diversas áreas silvestres, lo que hizo necesario que el Estado unificara las disposiciones que deben regir para otorgar permisos de uso en estos casos. De esta forma se dictó el Decreto Ejecutivo No. 26187-MINAE, que fue cuestionado por el recurrente en aquella sentencia, mediante el cual el Ministerio del Ambiente y Energía señaló, como administrador de esas áreas protegidas, cuáles son las disposiciones que regirán a partir de esa fecha para los puestos de telecomunicaciones ubicados en esas áreas. Con este decreto se pretende no sólo el mantenimiento de esos puestos dentro de las áreas protegidas, sino además, proteger las bellezas escénicas y los recursos naturales existentes en ellas, de ahí que el Decreto citado clasifica los diversos tipos de puestos existentes, establece los cánones correspondientes y norma además el impacto de esos puestos sobre los ecosistemas. En materia de telecomunicación el decreto establece tres tipos de canon a pagar al Estado, según la actividad a que está dedicada cada uno de ellos: televisoras, radiodifusoras y radiocomunicación privada. El monto establecido para cada uno de los distintos tipos de estos puestos obedece además, a la realidad económica del país y a la necesidad de que las áreas silvestres protegidas autofinancien los gastos que produce su administración, manejo y protección, por medio de los servicios que prestan (ver sentencia No. 2777-98). **La Sala no estima que deba variar el criterio expuesto, por lo que el decreto impugnado no resulta inconstitucional según lo indicado, atendiendo precisamente a la necesidad actual de someternos a un desarrollo sostenible.”**

Actualmente la Ley No. 7593 (Ley de ARESEP) en su artículo 79 (mediante una modificación contenida en la Ley No. 8660 de Modernización de las Telecomunicaciones) expresamente permite estas instalaciones, considerándose un cuarto uso del PNE.

Permisos de uso contenidos en la Ley General de Vida Silvestre y el reglamento.

El reglamento a la LCVS también contiene normas relacionadas con los permisos de uso que son de interés comentar brevemente.

De conformidad con el artículo 152 del reglamento a la LCVS, el SINAC podrá otorgar **permisos de uso, en la zona marítima terrestre (zona restringida) comprendida dentro de los límites de los Refugios de Propiedad Mixta, de acuerdo al artículo 82 de la Ley Vida Silvestre, Nº 7317, al artículo 19 de la Ley Forestal 7575 y el artículo 11 del reglamento a la Ley Forestal, Decreto Ejecutivo 25721-MINAE y otras leyes conexas.**

En particular, este tipo de permisos de uso, como se ha descrito, permitió el levantamiento de infraestructura en la zona restringida de la ZMT dentro de los refugios de vida silvestre.

No obstante, a partir de un Informe de Fiscalización de la CGR no se otorgan más para este tipo de acciones dentro de la zona restringida (PNE). El Informe de Fiscalización No. DFOE-PGAA-59-2008 del 10 de diciembre del 2008 en relación con los resultados del estudio que se realiza sobre la gestión del MINAET en las áreas silvestres protegidas costeras del país, interpreta los alcances y fundamento jurídico de los permisos de uso y concluye: “...es importante destacar el alcance del artículo 83 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, que en su segundo párrafo indica que “...la Dirección General de Vida Silvestre tendrá las facultades y deberes que establece la Ley No. 6043, respecto de los Refugios Nacionales de Vida Silvestre que incluyen áreas de la zona marítimo terrestre.”; norma que, en criterio de este órgano contralor, **se debe entender en relación con las facultades y deberes de administración y tutela de los bienes demaniales, que dentro de los Refugios Nacionales de Vida Silvestre de la zona marítimo terrestre, pasa a ser responsabilidad del SINAC, pero no así como una facultad de dicho Sistema para otorgar concesiones o permisos de uso en esa zona, por constituir ésta Patrimonio Natural del Estado, con las excepciones que se comentan más adelante.**

Es por ello, que el legislador constituyó regímenes excluyentes entre la zona marítimo terrestre ordinaria de la Ley 6043 y la zona marítimo terrestre en Refugios de Vida Silvestre, como parte del Patrimonio Natural del Estado, a fin de garantizar una protección más estricta y evitar actividades que no sean conciliables con los fines conservacionistas para los que se crea un refugio, un parque nacional o una reserva equivalente según se ha indicado. Es así como esta disposición evita que se autorice dentro de la zona marítima terrestre de los citados refugios (por ser dominio público e integrar el Patrimonio Natural del Estado) actividades que no tiendan a su protección o investigación.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley Forestal establece que “...en el patrimonio natural, el Estado podrá realizar o autorizar labores de investigación, capacitación y ecoturismo, una vez aprobadas por el Ministro del Ambiente y Energía, quien definirá, cuando corresponda, la realización de evaluaciones del impacto ambiental, según lo establezca el reglamento de esta ley.”; mientras que el artículo 154 de la Ley General de

la Administración Pública, indica que “...los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”.

De acuerdo con lo anterior, es posible para el Estado otorgar permisos de uso sobre el dominio público siempre que sea a título precario, pero tratándose del Patrimonio Natural del Estado, las actividades permitidas se limitarían a labores de investigación, capacitación y ecoturismo; entendido este último como turismo de bajo impacto según lo ha definido la Procuraduría General de la República. Además, si se trata de un área silvestre protegida, como los refugios nacionales de vida silvestre, se debe respetar la finalidad de conservación por la cual se creó el refugio.

De ahí que los permisos de uso actualmente vigentes en la zona marítimo terrestre de áreas que constituyen refugios de vida silvestre, como son Gandoca-Manzanillo y Ostional, en tanto sean diferentes a las actividades permitidas por la normativa antes citada, serían contrarios a la Ley; como es claramente el caso de permisos para vivienda y permisos de tipo comercial.”.

Permisos de uso en el caso de manglares

El transitorio 1 de la Ley Forestal establece que los permisos, concesiones y los contratos amparados a la legislación derogada seguirán vigentes hasta el vencimiento. No obstante, en la zona marítimo terrestre y los manglares, la Administración Forestal del Estado prorrogará los permisos, las concesiones y los contratos amparados en la legislación anterior, siempre que en virtud de ellos se haya realizado inversiones en infraestructura y cumplan con los requisitos ambientales para tal efecto.

El decreto No 29432 MINAE establece los requisitos para la renovación de permisos de uso en áreas de manglar existentes relacionados con la producción de sal o camarones, publicado en La Gaceta No 50 del 12 de marzo del 2001. Estos se complementan con la resolución SINAC-No 7 publicada en La Gaceta del 21 de mayo del 2002 sobre los procedimientos para las prórrogas de permisos de uso en ecosistemas de manglar, principalmente para la producción de sal y cultivo de camarones.

Permisos de uso en el caso de actividades de ecoturismo en zonas de manglar

Igualmente, el reglamento para el desarrollo de proyectos de producción de moluscos y ecoturísticos en el Pacífico Central autoriza al MINAE por

medio del SINAC a otorgar permisos de uso en las zonas de manglar del Pacífico Central y Norte para proyectos productivos de moluscos y ecoturismo, desarrollados por comunidades costeras organizadas (decreto No 28474-MINAE del 3 de marzo del 2000). Para tal efecto se debe contar con un plan de manejo, que se trate de una comunidad organizada aledaña, que exista un convenio suscrito con una organización no gubernamental involucrada en el manejo de los recursos naturales que actuará como regente y el pronunciamiento sobre la viabilidad ambiental por parte de la SETENA (art. 2, 3, 4, 6 y 7 del decreto). Igualmente debe contarse con la aprobación y participación del INCOPESCA en lo tocante a sus competencias legales.

Puedo concluirse de la lectura de las disposiciones anteriores que ha existido una adición de usos y variantes importantes en el contenido de los permisos de uso existentes. Por otra parte, a pesar de la consideración doctrinaria de éstos, nada impide que por la vía legislativa se establezcan condiciones particulares de los mismos separándose de lo establecido en la LGAP artículo 154, ya que este solo constituye una regulación genérica establecida por ley.

2. Significado actual de explotación comercial

Un segundo punto en discusión lo representa, lo dispuesto en la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas, firmada en Washington en 1940 y aprobada por Costa Rica mediante ley número 3763 el 19 de noviembre de 1966.

El objetivo de esta Convención es salvar de la extinción a todas las especies y géneros de la flora y fauna nativos de América y preservar las formas geológicas espectaculares y los lugares de belleza extraordinaria o de valor estético, histórico o científico.

Esta Convención obliga a prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y destrucción de la flora de los parques nacionales. Además establece la obligación de no alterar ni enajenar los límites de los parques nacionales sino es por autoridad legislativa competente. Se deben mantener las reservas vírgenes en tanto sea factible, excepto para investigación científica y designar y crear áreas protegidas, especialmente parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y reservas de regiones vírgenes. El Convenio indica que sus riquezas naturales no se explotarán con fines comerciales (artículo 3).

Por ello determinar si se está en presencia de un fin comercial mediante el uso de la geotermia en un PN por parte del ICE deviene crítico.

La PGR en su OJ-O78-2008 indicó

“Si bien es cierto el suministro de energía eléctrica se califica como servicio público (artículo 5, inciso a) de la Ley No. 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), los “fines comerciales”, en los términos de la Convención, no están ausentes, pues el principio que determina la fijación de las tarifas, tasas o precios contempla una “retribución competitiva” al prestatario de ese servicio (artículo 3, inciso b), *ibídem*) y se atribuye a la ARESEP la fiscalización de “los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida” (artículo 6, inciso a).”

No obstante, este criterio no resulta suficiente para calificar de explotación comercial a la geotermia como un nuevo uso del PNE, especialmente dentro de PN. Como menciona la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 17680:

“La Ley No. 3763 de cita, indica que las riquezas de los parques nacionales no se explotaran con fines comerciales, pero debe tenerse en cuenta que “... las plantas geotérmicas no son propiamente actividades comerciales. Aunque el recurso geotérmico - “riqueza del parque”- pareciera explotarse con fines comerciales, en realidad, está ordenado a la satisfacción de fines públicos -desarrollo, calidad de vida, derecho al servicio eléctrico-, no de naturaleza primordialmente comercial. ...”³⁶, ello en razón de que la Ley No 7395 de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos establece en su artículo 5 inciso a) que el suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización fue declarado como una actividad de servicio público, lo que las sustrae del comercio normal de los hombres, para ser prestado bajo la vigilancia del Estado para beneficio de los usuarios del servicio. En consecuencia a lo anterior, el Decreto Ejecutivo No. 267285-MP-MINAE publicado en La Gaceta de 11 de marzo de 1998 declara de interés público los proyectos de generación y transmisión y distribución de energía eléctrica con el objeto de facilitar el desarrollo de este tipo de desarrollos.

Regresando a la restricción aceptada por el mismo legislador en la Ley No. 3763, su artículo 3 contiene un enunciado rígido y otro blando, por un lado prohíbe las actividades comerciales y a la vez permite que la autoridad legislativa, en este caso la Asamblea Legislativa, modifique los límites de un parque nacional o enajenado parte alguna de ellos, lo que debe interpretarse como que la Convención favorece la soberanía de los Estados de administrar sus recursos según sean las necesidades.

En vista de lo anterior y considerando que el Estado en su conjunto es responsable de un desarrollo sostenible para el sector energético, y las fuentes geotérmicas ubicadas se encuentra exclusivamente en los volcanes declarados parques nacionales, donde debe velar porque en la medida de lo posible, no se altere su estado natural; es viable proponer una solución intermedia entre el desarrollo de la geotermia y la conservación del parque mismo cuya decisión es potestad de la Asamblea Legislativa tomar.

Al mismo tiempo debe recordarse que el país ha adquirido compromisos en materia de cambio climático, incluidos en la Estrategia Nacional de Cambio Climático, el Plan Nacional de Desarrollo y en foros internacionales como las Conferencias de las Partes del Convenio Marco de Cambio Climático y otros, que también deben permean el marco de interpretación de las obligaciones actuales de convenios pre- existentes como el señalado.

Por ejemplo, se pueden citar los tres convenios siguientes que también constituyen obligaciones internacionales del país y que están basados en el concepto de uso sostenible más que en la mera preservación:

El Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Firmado en Río de Janeiro en 1992, y aprobado mediante ley 7416 el 30 de junio de 1994.

El objetivo de este convenio es conservar la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado de los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes.

Los compromisos de Costa Rica con este Convenio son: 1. Elaborar estrategias nacionales de diversidad biológica, e integrar la conservación y la utilización sostenible de los recursos. 2. Identificar los componentes de su biodiversidad para su conservación y utilización. 3. Establecer un sistema de áreas protegidas para tomar medidas especiales para la conservación. 4. Reglamentar el uso de los recursos biológicos dentro y fuera de las áreas protegidas. 5. Respetar los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales. 6. Adoptar medidas para la conservación in-situ y ex-situ.

Artículo 9. Conservación ex situ

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, y principalmente a fin de complementar las medidas in situ:

- a) Adoptará medidas para la conservación *ex situ* de componentes de la diversidad biológica, preferiblemente en el país de origen de esos componentes;
- b) Establecerá y mantendrá instalaciones para la conservación *ex situ* y la investigación de plantas, animales y microorganismos, preferiblemente en el país de origen de recursos genéticos;
- c) Adoptará medidas destinadas a la recuperación y rehabilitación de las especies amenazadas y a la reintroducción de éstas en sus hábitats naturales en condiciones apropiadas;

d) Reglamentará y gestionará la recolección de recursos biológicos de los hábitats naturales a efectos de conservación *ex situ*, con objeto de no amenazar los ecosistemas ni las poblaciones in situ de las especies, salvo cuando se requieran medidas ex situ temporales especiales conforme al apartado c) de este artículo; y

e) Cooperará en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación *ex situ* a que se refieren los apartados a) a d) de este artículo y en el establecimiento y mantenimiento de instalaciones para la conservación ex situ en países en desarrollo.

En este contexto, debe destacarse la adopción en la 10 Conferencia de las Partes del Convenio de Biodiversidad, en Nagoya el mes de octubre del 2010, de un nuevo Plan Estratégico, con una Visión al 2050 y Metas globales de conservación al 2020 y la revisión y actualización de un ambicioso Plan de Trabajo en Materia de ASP, que refuerzan la transcendencia de las áreas silvestres y del uso sostenible de los recursos comprendidos dentro de ellos.

Asimismo, en el caso del CBD su funcionamiento se articula a través de los Programas temáticos y transversales de trabajo donde destaca el Programa de Trabajo de Áreas Silvestres Protegidas. El Programa de Trabajo de Áreas Protegidas³⁷ posee naturaleza transversal y no temática. Fue adoptado en la VII Conferencia de las Partes del Convenio.

Posee 4 elementos:

1. Dirigir acciones para la planificación, selección, creación, fortalecimiento y gestión de sistemas y sitios de áreas protegidas.
2. Gobernabilidad, participación, equidad y participación en los beneficios
3. Actividades favorables (habilitadoras)
4. Normas, evaluación y supervisión.

Para cada uno de ellos se establecen Objetivos, Metas, Actividades sugeridas a las Partes y Actividades de Apoyo Sugeridas al Secretario Ejecutivo del CBD.

Finalmente, la Convención ha adoptado el denominado “Enfoque sobre Ecosistemas” como mecanismos para lograr la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. El Enfoque por Ecosistemas constituye el principal marco de acción bajo la Convención y se encuentra además reconocido de esa forma en los diferentes Programas de Trabajo Temáticos y Transversales. La V Conferencia de las Partes adoptó el Enfoque por Ecosistemas y los principios del mismo, así como las Guías o Lineamiento Operativos para los Principios³⁸. La Decisión VII/ 11 contempla el

perfeccionamiento y la elaboración del enfoque por Ecosistemas con base en la evaluación de la experiencia de las Partes en su ejecución

De la lectura del Programa de Trabajo y de otros resultados del Convenio- como las Directrices de Addis Abeba sobre Uso Sostenible- es claro que el enfoque de este instrumento multilateral- posiblemente el principal en esta materia- trasciende la mera preservación o protección absoluta.

El Convenio Marco Sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kioto

El Convenio Marco de Cambio Climático fue aprobado en 1992 en la Cumbre de Río y entró en vigencia el 21 de marzo de 1994. Su objetivo, según se recoge en el artículo 2, consiste en “lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.

Son compromisos específicos derivados de la Convención:

- Presentar inventarios de emisiones de gases de efecto invernadero por fuente y su absorción por sumideros y actualizar periódicamente.
- Fortalecer programas nacionales y o regionales para mitigar el cambio climático y adaptarse a sus potenciales efectos.
- Fortalecer la investigación científica y técnica, la observación del sistema climático y fomentar el desarrollo de tecnologías, prácticas y procesos para controlar, reducir y prevenir las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero.
- Promover programas de educación y sensibilización pública acerca del cambio climático y sus efectos.

Los países desarrollados adquirieron, además, otros compromisos, como adoptar políticas y medidas para reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero a la altura del año 2000 y estabilizarlas a los niveles de 1990; fortalecer la transferencia de tecnología y recursos financieros a los países en desarrollo, apoyándolos en sus esfuerzos por cumplir los compromisos de la Convención y ayudar a los países en desarrollo, particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático a costear los gastos de su adaptación.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención Marco, las Partes

Contratantes pusieron en marcha un proceso de negociación para establecer un instrumento legalmente vinculante que estableciera compromisos específicos para alcanzar la meta de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (llevar al 2000 las emisiones al nivel de 1990). Este proceso condujo al Protocolo de Kioto fue aprobado tras intensas negociaciones el 11 de diciembre de 1997 y entró en vigencia el 16 de febrero 2005.

El compromiso derivado del Protocolo obliga a limitar las emisiones conjuntas de seis gases de efecto invernadero respecto al año base de 1990 para tres gases (CO₂, CH₄, N₂O) y 1995 para los otros tres gases, durante el período 2008-2012 (primer período de compromiso) con una reducción global acordada de 5.2% para los países desarrollados (este porcentaje varía entre países desarrollados (países del Anexo I del Convenio). El Protocolo desarrolla mecanismos de flexibilidad (implementación Conjunta, Permisos de Comercio de Emisiones y el Mecanismo de Desarrollo Limpio) y otros instrumentos para permitir el cumplimiento de sus obligaciones y alcanzar sus objetivos.

A lo anterior debemos adicionar obligaciones derivadas de las Conferencias de las Partes en Copenhague; Cancún y Durban.

V. CONCLUSIONES.

En conclusión esta opción presenta las siguientes ventajas y desventajas de interés y su relación con el principio de no regresión.

- Los terrenos no saldría del PNE ni del PNRV. Los principales antecedentes o ejemplos de casos similares en otros países han utilizado la figura de la autorización o concesión, más que la segregación de una porción del ASP y su desafectación o traslado a otra entidad para la ejecución de las labores de generación de energía. Por ende, se mantendrían también bajo un control directo del SINAC/AC mediante las labores de supervisión propias del uso de terrenos y ejercicio de actividades dentro de un ASP, especialmente un parque nacional.
- En todo caso, es claro que la autorización del uso requiere de plantear consideraciones legales particulares sobre el acto autorizatorio con el fin de dar seguridad jurídica a la operación e inversión en el desarrollo de la geotermia por parte del ICE, incluyendo los aspectos relativos al posible financiamiento de la misma. No obstante, debe indicarse que no existe una definición ni modelo constitucional de los permisos de uso, razón por la cual, es posible desde la perspectiva legal, separarse de las características usuales que le ha otorgado la doctrina y en el caso costarricense la LGAP en su artículo 154 y diseñar un esquema diferente, sin que ello deba traducirse en un aspecto

de constitucionalidad. Ya en otras ocasiones en casos relacionados con la gestión de la ZMT por instituciones como el Programa de Regularización de Catastro y Registro se ha procedido de esa manera. Si es necesario definir con precisión qué tipo de infraestructura podría ser amparada por la autorización y cuáles actividades estarían comprendidas dentro de la misma.

- Debido a la jurisprudencia constitucional relacionada con la vinculación de la ciencia (objetivación de la tutela ambiental), siempre sería necesaria una justificación técnica que ampare el nuevo uso, especialmente si se considera que el efecto será la generación de energía en un área anteriormente destinada a conservación y otros de menor impacto ambiental. No obstante, a diferencia del caso de la segregación estos estudios deberían demostrar la compatibilidad del potencial uso de la geotermia con los objetivos y condiciones del PN y posteriormente los estudios puntuales presentados para la solicitud concreta deberán contener las valoraciones del caso sobre el impacto en el sitio y sobre estos se realizarán las correspondientes observaciones y recomendaciones del AC respectiva de previo al otorgamiento de la autorización. En este supuesto, resulta mucho menos argumentable una posible infracción al “principio de no regresión” si la actividad se realiza bajo estrictos criterios técnicos y ambientales. Tampoco se requeriría un segundo proyecto de ley segregando concretamente el área y la compensación por tierras no serían estrictamente necesarias dado que no habría una disminución de porciones originales del PN.
- La capacidad del SINAC para controlar el desarrollo de actividades en el PN podría ser cuestionada (en cuyo caso el fortalecimiento de la misma sería necesaria) pero puede preverse el uso de los fondos establecidos en el proyecto para mejorar los mecanismos de control y supervisión y la capacidad del AC, convirtiéndose en un socio estratégico en este tipo de iniciativas.
- El principal reparo, desde la perspectiva estrictamente legal, radicaría en la prohibición de actividades comerciales en PN. No obstante, este aspecto como lo indica el Informe Jurídico de Servicios Técnicos no parece representar un obstáculo insalvable si se considera: a) una lectura evolutiva del derecho internacional, donde la idea de la preservación absoluta de la biodiversidad como mecanismo para su conservación a dado pie una visión orientada al uso sostenible, como lo demuestra la conceptualización y plan de trabajo del CBD sobre ASP, las Directrices de Addis Abeba entre otros desarrollos de interés; b) instrumentos como la Convención para el Comercio de Especies de Flora y Fauna Amenazadas por el comercio (CITES) también han sido ejemplos de esta evolución; c) la existencia de una interpretación

jurisprudencial mucho más amplia en ciertos casos (por ejemplo, las antenas de telecomunicaciones establecidas en PN, considerando constitucionales los permisos de uso otorgados a sujetos privados con fines de lucro, tales como sociedades anónimas); d) la misma autorización actual de ciertas actividades como el ecoturismo que bien podría, bajo un criterio estrecho, reputarse como actividades comerciales de bajo impacto- al menos en algunos supuestos; e) finalmente no debe olvidarse el carácter de institución pública sin fines de lucro de la entidad que ejecutaría el proyecto. Por tanto, la existencia de una retribución competitiva que utiliza como criterio la PGR no parece de recibo. Los criterios básicos que a juicio del consultor podrían ser considerados son: a) justificación de la realización de la actividad por motivos de interés público comprobado (cambio climático, matriz energética, desarrollo humano sostenible, etc.); b) impacto de la misma sobre el ambiente del PN-compatibilidad con los objetivos de conservación-integridad del ecosistema.

- Finalmente, una reforma general estableciendo un nuevo uso podría evitar proyectos específicos de desafectaciones para cada PN, debido a que se sujetaría de antemano a ciertos controles y condiciones, entre ellas, el plan de manejo del ASP y la determinación concreta del sitio y del proyecto por medio de la valoración del AC respectiva de la solicitud de autorización.

BIBLIOGRAFÍA

- Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.
- Campos Vargas, Henry, Desarrollos Geotérmicos en Parques Nacionales, una posibilidad constitucional. Ciencias Económicas 26-No. 1: 2008 / 275-281.
- Peña, Mario, El principio de no regresión a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense, en Revista Judicial No. 104, San José, 2012.
- Saldivia, Miguel, Barreras para el uso de la Geotermia en Chile, Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- Sand, Philippe, Principios de Derecho Internacional Ambiental, Londres, 1995.
- Vásquez, David, Posibilidades de la Energía Geotérmica en Chile, Santiago, 2008.

NOTAS

1. Este artículo está basado en una investigación realizada para la organización Costa Rica por Siempre. El texto presentado corresponde únicamente a información públicamente disponible sobre la materia y es responsabilidad exclusiva del autor.
2. Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Maestría de Derecho Ambiental del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). jacmed@racsa.co.cr
3. Ver además la Ley Orgánica del Ambiente artículos 56 y ss. sobre recursos energéticos.
4. Cfr. el decreto No.35991-MINAET que reglamenta la organización del subsector energía, publicado en La Gaceta del 1/6/2010 y el decreto No. 35669-MINAET y sus reformas (especialmente decreto No. 36437-MINAET), Reglamento Orgánico del MINAET, publicado en La Gaceta del 6/1/2010. Igualmente, el MINAET cuenta con una Dirección de Cambio Climático y a nivel nacional funciona un Comité Técnico Interministerial de Cambio Climático, decreto No.36823-MINAET del 25/1/2012.
5. Para contar con una valoración inicial de estas posiciones en el sector ambiental puede consultarse la Revista Ambientico Nos 217 de octubre del 2011 y 218 de noviembre del mismo año dedicada al tema de la explotación de recursos en áreas protegidas, particularmente el aprovechamiento geotérmico. Igualmente, consultar el artículo de la misma Revista (No. 220, febrero del 2012) titulado “Parques nacionales amenazados por explotación geotérmica”.
6. Ley No. 19657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica.
7. Cfr también los descritos en el Informe Jurídico-Ambiental al Proyecto de Ley No. 17.680 del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, Oficio No. ST-037-2012, del 15 de febrero del 2012
8. Saldivia, Miguel, Barreras para el uso de la Geotermia en Chile, Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Santiago, 2011.
9. Vázquez, David, Posibilidades de la Energía Geotérmica en Chile, Santiago, 2008.
10. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar el derecho de propiedad (dominio) de una cosa para recibir el derecho de propiedad (dominio) de otra. Es el contrato que sirve para regular el acto.
11. El voto 10466-00 indicó la SC: “ En virtud de lo cual, siendo la afectación la vinculación jurídica por el que el bien se integra a esta categoría de bienes, según su destino y conforme a las correspondientes previsiones legales, ello implica como lógica consecuencia que solamente por ley se puede privar de ese régimen especial que los regula para separarlos del fin público al que están vinculados (esto es para su desafectación); y es, en este sentido que se requiere de un acto legislativo expreso y concreto, de manera tal que no quede duda alguna de la voluntad del legislador de sacar del demanio público un bien determinado e individualizado; motivo por el cual es que esta Sala ha estimado que no es posible una desafectación genérica, y mucho menos implícita; es decir en esta materia no puede existir un” tipo de desafectación abierto”, para que la administración, mediante actos suyos discrecionales, complete, señalándolos; y en este sentido, es importante recordar que toda desafectación, como debe provenir de acto legislativo, estará sujeta a los controles jurisdiccionales”
12. El considerando tercero del decreto en cuestión indica: “ Que es imperativo que el Parque Nacional Rincón de la Vieja, además, abarque otra porción de la finca denominada Hacienda Guachipelín, ubicada al pie del volcán y que lleva el nombre

de Las Pailas o Las Hornillas, la cual constituirá uno de los aspectos de mayor interés para el público, pues sus lagunas de agua caliente, los chorros de vapor y los pequeños orificios de los que vierte agua caliente sin producir ruido alguno son, definitivamente, pequeñas maravillas de la naturaleza”.

13. Ratificada por Costa Rica Ley No. 5980 publicada en La Gaceta del 26/9/1974.
14. La UNESCO ha incluido los siguientes Sitios costarricense en la Lista de Patrimonio: Parque Nacional Isla del Coco; Área de Conservación Guanacaste y Reservas de la Cordillera de Talamanca/Parque Internacional La Amistad (Sitio Transfronterizo compartido con Panamá).
15. Máxime que el artículo 12 establece que un patrimonio natural o cultural no se haya inscrito en las Listas, no significará de modo alguno que no tenga un valor universal excepcional para fines distintos de los que resultan de la inscripción en las Listas.
16. Sand, Philippe, Principios de Derecho Internacional Ambiental, Londres, 1995.
17. Fuente: UNESCO/ERI
18. No obstante, para mantener la declaratoria es importante que el sitio mantenga su integridad, tal y como se desprende de la DVUE y que para el caso del ACG se refiere a 4 ecosistemas como un solo bloque.
19. Sobre la gestión del MINAET en materia de áreas silvestres protegidas y de manera más general del Patrimonio Natural del Estado, la Contraloría ha emitido diversos Informes de interés, entre ellos: DFOE-PGAA-IF-3-2010 del 28/2/2010 sobre la gestión del Parque Marino Las Baulas y DFOE-PGAA-59-2008 del 10 de diciembre del 2008 sobre la gestión de las áreas silvestres protegidas costeras.
20. Ver oficio DVM-520-08 del 25 de setiembre de 2008.
21. El Decreto Ejecutivo No. 34282 está impugnado con acción de inconstitucionalidad del expediente No. 08-004317-0007-CO del 6 de marzo de 2008, el análisis incluye los Votos No. 4568 del 25 de marzo de 2008 y No. 4835 del 27 de marzo de 2008; mientras que el Decreto Ejecutivo No. 34043, fue impugnado con acción de inconstitucionalidad del Expediente No. 07-14812-007-CO del 5 de noviembre de 2007.
22. Se declara parcialmente con lugar la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional el artículo 1° del Decreto Ejecutivo No. 34282-TUR-MINAET-C de 25 de enero de 2008, publicado en el Alcance 10 a La Gaceta No. 28 del 8 de febrero de 2008, en cuanto modifica únicamente el inciso A. del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 33327-MINAE, salvo la adición de la porción de agua que se agrega al Refugio Nacional de Vida Silvestre Isla San Lucas y el apartado B que mantienen vigencia.
23. El proyecto de ley de ASP No. 17211 resulta conteste con la tesis esgrimida al dispone en su artículo 33 (Reducción de las áreas silvestres protegidas), que “La superficie de las áreas silvestres protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, solo podrá reducirse por ley de la República, después de realizar los estudios técnicos que justifiquen la medida. Basta que se segregue cualquier espacio comprendido dentro de sus límites geográficos para que exista reducción.”
24. Existen otro ejemplo, donde se ha reducido el área de un Refugio de Vida Silvestre Mixto, segregando del mismo, la porción privada de terreno. No obstante, contra el decreto ejecutivo que lo realizó no ha sido presentada ninguna acción de inconstitucionalidad a la fecha.

25. Igual criterio ha sido sostenido de forma reiterada por la PGR, que han indicado que “El marco legal que regula lo relacionado con las áreas silvestres protegidas tutela un interés público de orden nacional, garantizado por la Constitución Política como derecho fundamental”.
26. Peña, Mario, El principio de no regresión, en Revista Judicial No. 104, San José, 2012.
27. Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.
28. La sentencia no ha sido completamente clara respecto a otros artículos que no declara inconstitucionales, creando una inconsistencia jurídica respecto a la administración del ASP, lo cual escapa al interés de esta investigación.
29. Un caso interesante es el decreto No. 35530-MINAET que modifica la clasificación y límites del Refugio de Vida Silvestre Camaronal transformándose de propiedad mixta a estatal y ampliándose sus límites, pero excluyéndose las propiedades privadas del mismo (supuesto fáctico similar al caso del Refugio de San Lucas, únicamente que en el mismo la propiedad es completamente estatal. Los considerandos hacen referencia (no. 6) al cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 71 y 72 del RLB, específicamente al estudio técnico debidamente aprobado por el CORAC y el CONAC)
30. Las sugerencias concretas de redacción se presentan en la sección respectiva de este documento.
31. Directiva No. 92/43 del 21 de mayo de 1992 relativa a la Conservación de los Hábitat Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres
32. Aunque en múltiples votos la SC ha indicado que no es competente para conocer aspectos técnicos, en la práctica en algunos casos ha terminado analizado instrumentos, como evaluaciones de impacto, estudios hídricos, etc.
33. Esta ha sido además la opción jurídica seleccionada en algunos casos en derecho comparado. Por ejemplo, la legislación japonesa en materia de biodiversidad es bastante nueva y exigente. No obstante, el Ministerio de Ambiente ha flexibilizado algunas regulaciones para permitir la geotermia en PN. La primera planta de geotermia a ser desarrollada se ubica Fukushima y estará construida y en operación en los próximos años. Bajo el Resource Management Act de Nueva Zelanda de 1991 (RMA) y múltiples regulaciones subsecuentes se establecen previsiones para el desarrollo de geotermia en ese país. Esta norma ha sido modificada en el 2004 (por medio del Resource Management- Energy and Climate Change Act), reconociendo expresamente los beneficios derivados del uso de energía renovables como califica a la geotermia.
34. Departamento de Servicios Técnicos. Expediente N° 16.137, Oficio ST-179-2008 J.
35. Cfr el Voto 2004-07890 sobre la falta de afectación al ambiente de la instalación de estas torres aún en ASP y en particular en PN.
36. Henry Campos Vargas, Desarrollos Geotérmicos en Parques Nacionales, una posibilidad constitucional. Ciencias Económicas 26-No. 1: 2008 / 275-281.
37. Los Programas de Trabajo son extensos y detallados. Los mismos pueden verse en el sitio web del Convenio www.biodiv.org
38. Cfr Decisión V/6.

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN MATERIA AMBIENTAL: ANÁLISIS DE DOS CASOS DE DIRECTRICES TRANSGRESORAS

ÁLVARO SAGOT RODRÍGUEZ¹

“El afán por mejorar las condiciones de vida es una de las constantes perfectamente perceptibles en todas las culturas y momentos históricos...”

Demetrio Loperena Rota

El principio de no regresión en materia ambiental, jurídicamente es efecto y eslabón, logrado materializar en el marco de una sociedad en crisis, que trata de establecer hitos mínimos de respeto a la biodiversidad, pensando en las generaciones que incluso no han nacido.

Este principio se genera dentro del encuadre de los derechos humanos de tercera generación y obviamente, forma parte del derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Busca que el sistema no tenga retrocesos de los avances ya alcanzados por cada Estado. Conlleva tener claro, que los logros hechos en materia del derecho al desarrollo sustentable tengan que permanecer y sean vinculantes, tanto para la Administración Pública, como para todos los administrados. La única manera de cambiar esos efectos, en términos generales², sería para situaciones que mejoren lo dispuesto por normas de todos los niveles, o la jurisprudencia.

La no regresión en materia ambiental se puede extraer tácitamente³, a la fecha, de interpretaciones constitucionales nacionales provenientes de la norma 50⁴ de nuestra Constitución Política, pero expresamente está dispuesto en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de Norteamérica⁵, en su capítulo 17, artículo 17.2.2. que dice en lo que nos interesa:

“Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación...”

Es claro, que si bien estamos hablando de un artículo previsto en un tratado de comercio multinacional, ello es un parámetro integrado a nuestro Ordenamiento Jurídico que establece un *animus* de acatamiento para situaciones que serían *numerus apertus* y no sólo para casos relacionados con el convenio en mención. Además, tengamos presente, que la no regresión, como principio que es, viene a ser una forma interpretativa para situaciones ambientales que debe guiar el buen juicio de los operadores, tanto en justicia administrativa, como en la judicial, que busca no volver a etapas jurídicas o a criterios técnicos ya superados.

I. ALGUNOS CASOS DE VIOLACIONES A DIFERENTES PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL PERO QUE QUEDARÍAN CUBIERTOS ACTUALMENTE DENTRO DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN.

En la práctica profesional hemos visto como en Costa Rica, se ha tratado de violentar el principio que da título a este artículo en reiteradas situaciones. Normalmente las acciones directas proceden desde la Administración Pública al momento de elaborar decretos ejecutivos. Tal es el caso de los decretos⁶ que han buscado mover el cordón verde de contención del Gran Área Metropolitana (GAM) sin haberse cumplido verificaciones ambientales previas ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) tal y como se obliga por normas expresas; como lo serían el numeral 17⁷ de la Ley Orgánica del Ambiente⁸, o el artículo 52⁹, en relación con el ordinal 11¹⁰ de la Ley de la Biodiversidad¹¹, que establecen el principio precautorio. Pero en todas las ocasiones, se han interpuesto las respectivas acciones de inconstitucionalidad¹² desde la sociedad civil y la Sala IV las ha encontrado con lugar, anulando esas modificaciones.

Por ejemplo en voto No. 2009-3684 la Sala señaló: *“... la Administración Pública no tiene un margen de discrecionalidad para disponer de áreas de la Zona Especial de Protección, sin que se encuentre asistida de criterios científicos y técnicos que respaldan esa decisión... Un análisis particular de cada proyecto habitacional, por medio de un control ordinario de toda construcción urbanística por parte del gobierno local, no garantiza el riguroso estándar establecido en la Constitución Política y los instrumentos internacionales invocados... Como se ha indicado en otras oportunidades, el Estado debe tener una visión amplia y clara del impacto de sus decisiones, particularmente sobre las áreas que regulan sus disposiciones, para evitar la degradación ambiental. De ahí que, **ningún ente puede concederse licencias para modificar las exigencias de los estudios respectivos, en perjuicio de la protección que se debe al ambiente...**”* (el resaltado es del original) (el subrayado es nuestro)

Es claro ahí, que se reconoce una no regresión que emana de la norma 50 constitucional cuando se señala que existe un “riguroso estándar” que debe respetarse, como lo sería la exigencia de un estudio de impacto ambiental en materia de ordenamiento territorial.

Otro ejemplo interesante en la misma línea anterior, se generó cuando el Poder Ejecutivo emite el decreto que constituye el Plan Urbano-Territorial de la Región Chorotega. Aquí, al resolverse el recurso de amparo que se presentó, los magistrados disponen¹³ que los funcionarios ministeriales estaban en la obligación de gestionar ante la SETENA la respectiva

viabilidad o permiso ambiental del plan antes de publicarlo, pues la obligación de llevar estos instrumentos de planificación territorial a la SETENA es ineludible.

Es importante hacer notar que en los casos anteriores, no se expone por parte de los magistrados de nuestra Sala Constitucional que existe una transgresión expresa al principio de no regresión, sino que el asunto es enfocado como violaciones que tratan de invisibilizar los alcances del artículo 50 de la Constitución, o el de leyes ambientales o de la jurisprudencia lograda y claro que la Administración Pública incurre con esas acciones, en manifiestas omisiones a la aplicación al principio precautorio. Leyendo los votos constitucionales de los casos en mención, tenemos que al no contemplarse la variable ambiental en los planes de ordenamiento territorial, debemos interpretar ello como efectivos intentos de tratar de regresar a etapas regulatorias anteriores al reconocimiento del derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado; mismo que debe prevalecer en la planificación del territorio.

Hay que tener presente, que desde hace muchos años la Sala Constitucional ha emitido sentencias donde señala que todo tipo de disposición en ordenamiento territorial, debe integrar el factor ambiental y que pensar lo contrario, podría desconstitucionalizar la protección prevista en la norma 50 de nuestra Carta Magna¹⁴. Hoy en día, situaciones como las comentadas supra, estarían impregnadas no sólo con la violación al principio precautorio, sino que también con el tinte claro e inobjetable de transgresiones al principio de no regresión. Podríamos incluso - con base a lo anterior - atrevernos a decir que el principio de no regresión siempre va aparejado, cual siamés, a varios otros principios del derecho del desarrollo sustentable, pero fundamentalmente para los casos citados, hablamos del principio precautorio, que nos evoca la idea de que antes de otorgar un permiso, siempre se debe verificar previamente los efectos ambientales de ese actuar¹⁵.

Pero también encontramos intentos de violentar el principio de no regresión de diversas maneras, como lo sería en aquellos casos donde, se ha tratado de volver a normas rígidas de información y participación ciudadana, que conllevan a limitar una efectiva democracia participativa, tal es el caso que se dio con el Reglamento de Procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo¹⁶ (TAA), que exponía, entre sus normas¹⁷, siguiendo los parámetros formalistas del primigenio derecho procesal administrativo de los años setentas del siglo pasado, previsto en nuestra Ley General de la Administración Pública¹⁸, que las audiencias de recepción de pruebas, sólo podrían ser “privadas”. Lo anterior llevó a una acción de inconstitucionalidad donde se invocaron principios internacionales previstos en diferentes declaraciones, mismas que resaltaban, que todo lo ambiental debía ser considerado como asunto de incumbencia pública, por la trascendencia del derecho humano

afectado, donde incluso, se comprometían derechos de personas que aún no habían nacido, es decir, violación al principio de responsabilidad inter generacional. Recordemos, que ya desde 1995 en la Ley Orgánica del Ambiente se establecía en el numeral 6¹⁹ que el Estado debía dar participación de la sociedad civil, y por otro lado en la norma 11, inciso 3, de la Ley de la Biodiversidad se resalta desde el 2007 que existe un interés público en todo lo ambiental, situaciones, todas ellas, que conforman una exigencia social vinculante que conllevan a tener que considerar a las audiencias del TAA como públicas y así fue resuelto por nuestra Sala Constitucional, al declarar que debía eliminarse la palabra “privada” de la norma 24 reglamentaria que databa de 2008 por inconstitucional.

La Sala, incluso yendo más allá de lo que se establece en el espíritu de nuestras leyes, dispuso lo siguiente:

“Fue la Convención de Río la que en el principio 10 elevó esta participación a rango de principio en materia ambiental, al señalar “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.” De este principio, se evidencia claramente la importancia que a nivel internacional se da a las cuestiones ambientales, y en general, sobre todo, a la participación de la sociedad civil en decisiones de gran trascendencia para la comunidad. Al ser Costa Rica un Estado signatario, este instrumento ciertamente la obliga y condiciona, pues esa es la consecuencia de su suscripción, según consideró este Tribunal, en sentencia número 8319-2000, de las diez horas dieciocho minutos del ocho de setiembre del dos mil “Así, su propósito es que las decisiones gubernamentales sean consecuencia de una discusión que no se constriña a pequeños núcleos oficiales o de intereses parcializados, sino que sean tomadas en consideración otras opiniones, con la apertura necesaria para crear el debate ampliado, aunque sin dejar de cumplirse, claro, los requisitos que establece la legislación correspondiente. No se trata de una desconstitucionalización del principio de legalidad de la Administración Pública, aunque sí por supuesto, de una forma de gobierno más democrático, que amplía los foros de debate sobre temas como el de la protección al medio ambiente, y que por virtud de ello, quedan abiertos a la intervención y opinión ciudadana. Estamos, pues, ante una opción ya muy aceptada en la evolución del concepto de democracia y este amparo

ofrece una magnífica oportunidad de darle clara y efectiva vigencia, para que no se quede en el mero discurso. Por eso mismo es que la cuestión ambiental es un tema que ya la Sala ha reconocido como aquellos que otorgan a los particulares una legitimación especial, y de la que se reconoce como un «derecho reaccional» (vid. sentencia 2233-93 y 3705-93 de esta Sala).” (el resaltado es nuestro) (Voto 5593-2012.)

Es decir, queda claro que en nuestro Estado existe la obligación ética y legal desde hace muchos años de considerar que los asuntos ambientales no pueden ser tratados en círculos cerrados, sino que con base a obligaciones internacionales, se debe dar una clara participación a la sociedad civil. Lo resuelto en este voto es un manifiesto atisbo del principio de no regresión, reconocido tácitamente. Propiamente terminó resolviendo la Sala en el caso en cuestión:

“VI.- Sobre la inconstitucionalidad de la audiencia privada contemplada en el artículo 24 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo.- El Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo regula el procedimiento que se da ante dicho Tribunal, en tanto órgano administrativo desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía y con ocasión de una denuncia ambiental. Según el artículo 24 de dicho reglamento, luego de concluida la etapa de investigación el Tribunal dicta la apertura del procedimiento administrativo citando a las partes a una audiencia, la cual se dice es oral y privada. Sin embargo, en atención a que no se está en una etapa preliminar de investigación sino que ya la investigación ha concluido, y en atención al derecho de participación ciudadana en materia ambiental, resulta inconstitucional que se establezca igual que en el resto de procedimientos administrativos que no tratan materia ambiental- que dicha audiencia será privada. Antes bien, la regla en esta materia debe ser la audiencia pública, y la excepción, que mediante resolución fundamentada se declare su privacidad. Extrapolando lo que sucede en otra clase de procedimientos donde los juicios son públicos, y guardando las distancias del caso sea el proceso contencioso administrativo según el artículo 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo o el proceso penal según el artículo 330 del Código Procesal Penal-, el Tribunal Ambiental Administrativo puede igualmente decretar, mediante resolución motivada, que parte de la audiencia se desarrolle de forma privada. Esto es así, pues, a diferencia de otro tipo de procedimientos administrativos donde la regla es la privacidad de las audiencias, en este caso nos encontramos con una materia donde el lesionado o la víctima es toda la comunidad, así que no puede dársele el mismo tratamiento en cuanto a este aspecto. Recuérdese, en los términos dichos, que la lesión al derecho fundamental al ambiente lo sufre tanto un individuo en particular como toda la comunidad, así que toda persona debe tener el derecho de poder participar en este tipo de procedimientos administrativos ante el Tribunal Ambiental Administrativo, por lo menos,

teniendo el derecho de asistir a las audiencias. La participación comunal en la toma de decisiones en materia ambiental forma parte del debido proceso sustantivo al que debe sujetarse dicho Tribunal, y a la vez es una forma de expresión de la democracia participativa y una forma de hacer respetar las garantías establecidas en el artículo 50 de la Constitución Política. Así entonces, el hecho de que el artículo impugnado establezca la privacidad de la audiencia, implica una afrenta al derecho de participación en materia ambiental, consagrado en nuestra Constitución Política.” (Voto 5593-2012.)

El alto Tribunal dispuso que sería contrario a nuestro Ordenamiento Jurídico y a los fines buscados por el sistema conservar como “privadas” las audiencias del TAA, pues ello sería una forma de violentar la democracia participativa; dicho de otra manera, se deja claro que nuestro mundo jurídico ha alcanzado niveles en que no puede permitirse que en los procedimientos administrativos ambientales, sólo las partes, que tradicionalmente han sido consideradas como legitimadas participen de la audiencias, pues todo daño ambiental es un asunto de interés público y con ello, vía la justicia ambiental administrativa se rompe el paradigma clásico y civilista de la legitimación restrictiva y hace que todas y todos podamos tener, al menos presencia, en las audiencias del TAA; por tanto, tenemos que pensar que lo contrario sería un flagrante retroceso a lo logrado y previsto en el espíritu del derecho interno, en las declaraciones internacionales en las que se ha participado Costa Rica y en la esencia que emana de la norma constitucional 50.

También, relacionado con el principio de no regresión, vemos que este se asomó, en el lenguaje no escrito, al resolverse una acción de inconstitucionalidad referida a la disminución de los perímetros de protección en los pozos de abastecimiento de agua que se estableciera al modificarse el Reglamento General de Cementerios, a efecto de que un campo santo que se pretendía construir en San Ramón de Alajuela se aprobara.

El reglamento dicho establecía en concordancia con el artículo 31²⁰ de la Ley de Aguas, que se debía respetar un perímetro de protección de 200 metros de los pozos de agua, empero unos empresarios acudieron ante los fuerzas políticas para modificar la norma reglamentaria y dejar abierta la posibilidad de que esas áreas perimetrales pudieran ser menores. Al establecerse la modificación, los adversarios del proyecto presentan la respectiva acción de inconstitucionalidad y los magistrados finalmente la acogen, declarando como violatoria la nueva disposición y dejando claro, que operaba tácitamente el principio de no regresión, al decir que con el cambio en el reglamento se daba una “degradación de la protección” prevista y alcanzada mediante la Ley de Aguas.

Señaló la Sala Constitucional propiamente:

“V.- Sobre el caso bajo estudio. En el caso concreto, se discute la constitucionalidad de la reforma al artículo 15 inciso 2) del Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo No. 32833-S del tres de agosto de dos mil cinco, publicado en la Gaceta No. 244 del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, toda vez que permite vía decreto- la reducción de los perímetros de protección alrededor de pozos y fuentes de agua cuando se demuestra de manera técnica e irrefutable que no se causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. Lo anterior por cuanto se establece como un requisito para construir un cementerio que el mismo se ubique a una distancia no menor de doscientos metros aguas arriba de un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano, salvo que se demuestre fehaciente y técnicamente que el proyecto a desarrollar, ubicado a una distancia menor, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. A ello debe agregarse que la Ley de Aguas No. 276, en el Artículo 31 dispone: Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación: a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio. (el subrayado y la negrita no son del original). En ese sentido, se tiene que el Artículo parcialmente transcrito viene a proteger y controlar la utilización del dominio hidráulico, controlando las actividades e instalaciones que puedan afectarlo, ello a través de autorizaciones y definición de las zonas alrededor de las cuales se desarrolle determinada actividad. Así, se pueden prohibir o limitar determinadas actividades humanas, ello con el fin de lograr una utilización racional y equilibrada del agua, máxime si se toma en consideración que el acceso a fuentes de agua es una condición esencial para el disfrute del derecho de todos los habitantes de la República a la vida, a la salud y al ambiente. El requisito de un perímetro no menor de doscientos metros de radio a efecto de poder instalar una actividad en un área que circunde los sitios de captación o tomas surtidoras de agua, como medida para evitar la escasez y degradación irreversible de las condiciones naturales del recurso hídrico, lo fue pensado y determinado por el propio Legislador, como una limitación de interés social, preocupándose de priorizar la utilización del agua para el consumo humano sobre cualquier otro, razón por la cual las autoridades nacionales como el Ministerio de Salud se encuentra en la obligación de respetar dicha disposición. Así las cosas, en el presente caso se discute concretamente si puede o no el Poder Ejecutivo disminuir reglamentariamente el perímetro de protección previamente dado por el Legislador, a lo que debe responderse de forma negativa, ya que con base en el principio de reserva de ley, una norma reglamentaria no puede regular materia destinada con exclusividad a la ley formal, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales. Lo anterior es soslayado el caso bajo estudio, en el que mediante una disposición infra legal se estableció una disminución al área de perímetro de protección

contenida en la Ley de Aguas, siendo que **una disposición reglamentaria no puede venir a cambiar el criterio mínimo de protección señalado por la Ley, degradando con ello la protección legislativa.** (el resaltado es nuestro) (voto Nº 2008-006052)

Encontramos también como relevante hacer ver que en sede penal, nuestros magistrados de la Sala Tercera han desarrollado el principio de irreductibilidad del bosque^{21 22} que es el resultado de la integración que resultó de tomar diferentes normas para enunciar, que en nuestro Ordenamiento Jurídico era exigido un respeto a los bosques y su biodiversidad, es decir, que en algunas ocasiones no existe una sola norma violentada, sino que del análisis de varias de ellas se extrae un principio, que resulta hoy en día como una manifestación de la no regresión que se le exige al Estado y a la sociedad civil. Es precisamente en este punto donde tenemos que hacer énfasis en que nuestros funcionarios de la Administración Pública o los operadores judiciales, deben estar siempre vigilantes del entorno normativo, para no caer en retrocesos. Tengamos presente, que hoy en día tenemos un abultado marco legal y reglamentario, que debe ser armonizado para hacer prevalecer el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado por un asunto prácticamente de sobrevivencia.

II. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN Y EL CASO DE LAS DIRECTRICES ADMINISTRATIVAS.

Podríamos citar más situaciones similares a las expuestas anteriormente, sin embargo este ensayo va enfocado a enunciar una de la más irresponsables formas de violentar el principio de no regresión, observable en las actuaciones de los jerarcas de las instituciones, abusando de sus atribuciones de emitir directrices administrativas.

La Ley General de la Administración Pública establece en su numeral 49²³ que los presidentes de los órganos colegiados tienen la facultad y atribución de dictar directrices generales, e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano. Pero como se señala, ello es estrictamente para normar situaciones formales y por tanto, jamás se otorgó legalmente la facultad de cambiar, vía este procedimiento (directriz) situaciones previstas en normas, pues ello violenta el principio de legalidad abiertamente.

Sobre directrices administrativas, el maestro Mauro Murillo²⁴ expone que: *“La potestad de emitir directrices es la básica de la relación de dirección. La directriz es un mandato...”* Sigue exponiendo este autor que mediante las directrices se pueden formular políticas, definir objetivos y metas y afectar la actividad en su conjunto del dirigido; pero no se refiere a una potestad de cambiar normas donde lo oportuno y legal es acudir a la vía

del reglamento, o según la circunstancia, a la modificación legal.

Consideramos que al emitirse directrices que son contrarias a normas expresas o a nuestra jurisprudencia, se cae en una de las formas más aberrantes de expresión de la violación al principio de no regresión, pues por el simple criterio de una junta directiva o, en el peor de los escenarios, de un jerarca, se cambian los avances alcanzados mediante normas de jerarquía legal, así como constitucional, o internacional. Con la manifestación de las directrices, la situación se vuelve dramática pues como es de conocimiento público, para establecer cambios o modificaciones constitucionales o legales se tiene que llegar a consensos políticos de parte de las diferentes fracciones en el poder en la Asamblea Legislativa, lo cual hace que existan discusiones públicas en las comisiones legislativas y participación de los diferentes grupos sociales también. En la misma línea tenemos que incluso para establecer nuevas normas administrativas, tales como decretos ejecutivos o reglamentos, la Ley General de la Administración Pública, obliga, conforme lo señala el numeral 121²⁵ en relación con el artículo 361²⁶, que se debe acudir a procedimientos que den publicidad, para facilitar la discusión sana de lo que se pretende implementar, se deben establecer tamices de control de legalidad, como por ejemplo, que los decretos tengan -previamente a ser aprobados- que salir publicados en medios como el Diario Oficial, aspecto este que permite una sana discusión entre las diferentes fuerzas, para tratar que el producto sea el mejor, el más consensuado y acorde con la realidad y los fines públicos buscados, cosa que no siempre ocurre²⁷, no obstante, las barreras que el mismo Ordenamiento Jurídico ofrece.

Es con la omisión de acudir a las rutas legales donde salta la doble violación a nuestro marco de legalidad y al principio de no regresión, pues primero se violentan las supra citadas normas de la Ley General de la Administración Pública (artículos 49 inciso c, así como el artículo 121 y 361) y segundo; se contravienen los alcances que ha logrado nuestro derecho al desarrollo sustentable, aspectos que a continuación comentaremos con dos situaciones específicas, donde se ha solicitado directamente la aplicación de este novedoso principio de no regresión ante la Sala Constitucional²⁸.

a. Caso Primero: SETENA y las Torres para antenas de Telefonía Celular

PRIMERO: Los hechos: En este caso se presentó una acción de inconstitucionalidad²⁹ contra dos directrices de SETENA^{30 31} por modificar leyes y normas de rango reglamentario que exigen, que para la instalación de torres y sus antenas de telecomunicaciones se debe de presentar un Estudio de Impacto Ambiental integral y completo ante la SETENA.

Ampliando y explicando lo anterior, tenemos que tomar en cuenta que

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos³² (Ley ARESEP) en su artículo 16 señala:

“Estudio del impacto ambiental: Para autorizar la explotación de un servicio público, a juicio del Ministerio del Ambiente y Energía o por ley expresa, es requisito indispensable presentar, ante el ente encargado de otorgarla, un estudio de impacto ambiental, aprobado por ese Ministerio. El costo del estudio correrá por cuenta del interesado. El estudio del impacto ambiental deberá incluir una declaración jurada, suscrita por los solicitantes y los autores, de que la información suministrada y la evaluación son ciertas. La resolución emitida por el Ministerio del Ambiente y Energía, sobre la evaluación ambiental, será vinculante para el ente encargado de otorgar la concesión o el permiso” (el resaltado es nuestro)

Por su parte, la misma Ley General de Telecomunicaciones³³ señala:

ARTÍCULO 3.- *“Principios rectores: ... k) Sostenibilidad ambiental: armonización del uso y la explotación de las redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones, con la garantía constitucional de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Los operadores y proveedores deberán cumplir toda la legislación ambiental que les resulte aplicable”*. (el resaltado es nuestro)

Tengamos presente que el Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, que es el Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), del 28 de junio del 2004 señala que los proyectos que tienen que cumplir con el trámite de permisos ambientales pertenecen a dos grupos, los del Anexo 1 y los del Anexo 2.

Los del Anexo 1 son aquellos para los cuales existe una ley específica que ordena la realización de un estudio de impacto ambiental. El artículo que se cita a continuación (de ese reglamento), dice:

“Sección I – A Categorización, clasificación y calificación de actividades, obras o proyectos

Artículo 4°. – Actividades, obras o proyectos sujetos a la EIA.

Las actividades, obras o proyectos nuevos, que están sujetos a trámite de obtención de viabilidad (licencia) ambiental ante la SETENA, según el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, se dividen en:

*Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales **existe una ley específica** que ordena el cumplimiento del trámite. El Anexo No. 1, que forma parte integral de este reglamento, enumera estas actividades, obras o proyectos.”* (El resaltado es nuestro)

El artículo 28 del Reglamento General de sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental explica el procedimiento que deben cumplir las actividades, obras o proyecto del Anexo 1:

“Artículo 28°. – Requisitos para los proyectos de la Lista del Anexo No. 1.

Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica que ordena la elaboración y aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, podrán cumplir alternativamente cualquiera de los siguientes dos procedimientos:

Cumplimiento del trámite de Evaluación Ambiental Inicial, presentando a la SETENA el Documento de Evaluación Ambiental (D1) con el fin de obtener la viabilidad ambiental potencial y los términos de referencia para la elaboración del EsIA.

Presentación a la SETENA, de forma directa, bajo su responsabilidad, de un Estudio de Impacto Ambiental, elaborado en concordancia con las guías ambientales que la SETENA pondrá a su disposición en el Manual de EIA y de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del presente reglamento. En este último caso, la actividad, obra o proyecto no gozará de una viabilidad ambiental potencial, hasta tanto la SETENA así lo indique en la resolución administrativa sobre el EsIA.”

Nótese que la norma reglamentaria, que sigue lo dispuesto por la norma de rango legal (Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos) exige presentación de un formulario D1 o bien la presentación directa de un Estudio de Impacto Ambiental.

Por su parte, el Anexo 1 del Reglamento General, indica la lista de proyectos que deben cumplir con el procedimiento del artículo 28 del Reglamento General, e incluye las actividades que requieren autorización para un servicio público definidas por la Ley de ARESEP, relacionándose todo ello con la actividad de telecomunicaciones, tal y como citamos a continuación:

“Anexo 1. Listado de proyectos, obras y actividades obligadas según leyes específicas a cumplir el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental o de Estudio de Impacto Ambiental ante la SETENA:

- *Actividades que requieran autorización para la explotación de un servicio público definidas en la Ley de la ARESEP (suministro, transmisión y generación de energía eléctrica; plantas térmicas; **telecomunicaciones**; acueductos y alcantarillados; sistemas de agua potable y aguas servidas; suministro de combustibles; riego y avenamiento; servicios marítimos, aéreos y puertos; transporte de carga por ferrocarril).”* (el resaltado es nuestro)

Dentro de los supuestos indicados es vital tener presente que también el Decreto Ejecutivo número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC citado, define el Estudio de Impacto ambiental de la siguiente manera:

“Estudio de Impacto Ambiental (EslA): Es un instrumento técnico de la evaluación de impacto ambiental, cuya finalidad es la de analizar la actividad, obra o proyecto propuesto, respecto a la condición ambiental del espacio geográfico en que se propone y, sobre esta base, predecir, identificar y valorar los impactos ambientales significativos que determinadas acciones puedan causar sobre ese ambiente y a definir el conjunto de medidas ambientales que permitan su prevención, corrección, mitigación, o en su defecto compensación, a fin de lograr la inserción más armoniosa y equilibrada posible entre la actividad, obra o proyecto propuesto y el ambiente en que se localizará.(...)”

En contraste con lo anterior en la Resolución N° 02031-2009-SETENA se señala que partiendo de que el impacto de una torre, o también llamada de una radio base, será de “baja significancia”, o que dado que el área de infraestructura de una torre es pequeña, o que como no se generan aguas residuales, se justifica que la valoración del impacto se haga vía una metodología menos rigurosa ambientalmente hablando, de un instrumento D2, es decir no mediante un EslA. Lo cual a todas luces es una violación al principio de no regresión, pues se cambia lo exigido por el Ordenamiento Jurídico, en normas de rango legal y reglamentario para facilitar la instalación de estas obras y por ende en clara violación al artículo 17.2.2 del tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de Norteamérica. Aquí debe tomarse en cuenta que el asunto de las torres o radio bases para telecomunicaciones es efectuado por el Instituto Costarricense de Electricidad, de capital estatal costarricense y por otras empresas transnacionales, es decir, que disminuir los estándares legales y reglamentarios contribuye evidentemente a facilitar el comercio de las telecomunicaciones y por tanto; le es aplicable el principio de no regresión en todo el amplio termino de lo dispuesto en la convención firmada y ratificada por nuestro Estado.

Por otro lado, también debemos considerar que se destaca en su “por tanto” segundo de la Resolución N° 02031-2009-SETENA, que sólo en los proyectos de torres o radio bases o antenas de telefonía celular que se ubiquen en área frágiles ambientalmente serán valorados conforme a un D1, a efecto de llevar a cabo una evaluación profunda y aquí de nuevo vemos la trasgresión de las normas, pues vía directriz, están diferenciando donde no existe posibilidad legal para hacerlo y ello conlleva evidentemente a disminuir los estándares mínimos.

Otro aspecto interesante es considerar que en el acto Resolución N° 0123-2010-SETENA se expresa que las comunidades donde se instalen las torres o estructuras de antenas; recibirán “luego de otorgada la viabilidad”

o permiso ambiental, una especie de tiempo para que se manifiesten y aclaren dudas, pero ello violenta el principio de no regresión en su manifestación de no dar participación ciudadana previa, antes de emitir el permiso ambiental y se contraviene también el derecho de información, que igualmente debe ser previo a la emisión del permiso. Se señala en la Resolución N° 0123-2010-SETENA:

“Después de obtener la Viabilidad (Licencia) Ambiental y de previo a iniciar obras, el consultor y desarrollador serán responsables de la entrega a la SETENA de un informe en el cual se indique los resultados del plan de divulgación” (el resaltado es nuestro)

Y ello constituye también una violación a principios constitucionales tal y como lo ha desarrollado la Sala Constitucional en su jurisprudencia al disponer por ejemplo:

“... Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa...” (voto N° 2120-03 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003 de este Tribunal) (el resaltado es nuestro)

También ha dicho nuestra Tribunal Constitucional:

“... El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública (...)” (sentencia No. N° 2120-2003 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003) (el resaltado es nuestro)

Además:

“... La participación ciudadana carecería, totalmente, de sentido si no se brinda a los administrados facilidades para informarse sobre los criterios técnicos y demás circunstancias que sustentan determinado proyecto o decisión (...)” (sentencia No. N° 2120-2003 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003)

En instrumentos internacionales de soft law, como lo sería la Declaración de Río 92, se dispuso en el Principio 10, denominado participación ciudadana lo siguiente:

*“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como **la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones**. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”* (el resaltado es nuestro)

El artículo 13 de la Carta de la Tierra, incluido en el aparte IV, con un significativo título de democracia, no violencia y paz, busca lo mismo que la Declaración de Río y dispone:

*“Fortalecer las instituciones democráticas en todos los niveles y brindar transparencia y rendimiento de cuentas en la gobernabilidad, **participación inclusiva en la toma de decisiones** y acceso a la justicia”* (el resaltado es nuestro)

En el Principio 19 de la Declaración de Estocolmo se señala:

“Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada, y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio ambiente en toda su dimensión humana. Es también esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio ambiente humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo, a fin de que el hombre pueda desarrollarse en todos los aspectos”

Por lo indicados sostengo que es que la violación referida al principio de no regresión es clara y manifiesta y consideramos que todo lo anterior se ha hecho dentro del marco de la apertura a transnacionales de las telecomunicaciones, a efecto de que más compañías se implanten en Costa Rica.

SEGUNDO: Ante la presentación de la acción de inconstitucionalidad, el Estado y demás oficinas de la Administración Pública, no han señalado

en términos generales alegatos o argumentaciones, ni por asomo, a la violación al principio de no regresión, no obstante, que ello fuera expuesto al presentar la acción y esto deja un sin sabor para conocer el criterio estatal sobre los alcances de este principio, pero esperamos que desde la Sala Constitucional sí se emita lo correspondiente, cuando resuelva por el fondo del asunto, pues ello permitiría comenzar a desarrollar los límites y alcances de este novedoso principio en el ámbito jurisprudencial en Costa Rica

b.Caso Segundo: SENARA y la Directriz a favor de las estaciones gasolineras

PRIMERO: Los hechos: En este caso, la junta directiva del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA) emite directriz que exige de presentación de estudio de impacto ambiental ante el cambio de tanques de las gasolineras.

El acuerdo/directriz No 4230 del 31 de octubre del 2011 señala en lo que interesa:

“... el señor viceministro de Gestión Ambiental y de Energía del MINAET convocó el pasado martes 11 de octubre del 2011 a una sesión de trabajo conjunta al Secretario General de SETENA, el Director de la Dirección de Transporte y Comercialización de Combustible y el Gerente de SENARA para analizar y definir la estrategia que al mismo tiempo garantice los derechos del administrado, cumpla con lo dispuesto en la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos No. 8220 del 04 de marzo del 2002 y sus reformas, así como la vulnerabilidad y resguardo del recurso hídrico. Así las cosas, se trabajó y se definió una propuesta de consenso que se presenta a continuación:

Tipificación del caso...

“... Las partes llegaron a los siguientes acuerdos: La SETENA no solicitará un estudio de impacto ambiental. El SENARA no solicitará un estudio Hidrogeológico. El prestador del servicio público debe aportar una declaración jurada avalada por un profesional experto en la materia que garantice que no existe derrame de combustible o presencia de vapores en el sitio donde se ubican los tanques que se vayan a sustituir...”

Es decir, se supone que conforme consta en un acto administrativo, que existió un consenso para evitar el exceso de trámites que llevan el hacer un estudio de impacto ambiental, a efecto de que las empresas gasolineras se les eximiera de tener que acudir a la SETENA a buscar un permiso ambiental respectivo, violando con ello el principio precautorio y claramente el principio de no regresión y ante esto y el hecho de considerar a los estudios de impacto ambiental y mero trámite formal para la obtención de un permiso, se presentó desde la sociedad civil una acción de inconstitucionalidad³⁴.

Los fundamentos de la acción de inconstitucionalidad los encontramos en votos de la Sala que ha señalado sobre los estudios de impacto ambiental:

“... el Estudio de Impacto Ambiental previo constituye el instrumento técnico idóneo para cumplir el principio precautorio que rige la materia ambiental, razón por la cual, prescindir de él implica omitir la prevención debida tratándose de la intervención humana en el medio...” (Voto: 6322-03)

También ha señalado esta Sala:

*“La aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere - de conformidad 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 Orgánica del Ambiente, los criterios técnicos y los porcentajes de ponderación que hace posible la aprobación del estudio...**”* (Voto 1174- 05) (el resaltado es nuestro)

Recordemos que los magistrados constitucionales han externado sobre los daños ambientales:

*“El daño que se pueda causar al ambiente siempre es de difícil o imposible reparación y la aprobación de un estudio de impacto ambiental **requiere de la total certeza de mínima afectación de los recursos naturales**, pues así lo dispone por fuerza propia el artículo 50 de la Carta Política...”* (Voto 1174- 05) (el resaltado es nuestro)

Íntimamente relacionado con este caso, se ha dicho en Sala Constitucional:

*“... El principio de protección del medio ambiente **no es una recomendación o una intención que da la Constitución**, sino que, por lo contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente...”* (Voto 132-99) (el resaltado es nuestro)

Sobre la obligación prevista en el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y los estudios de impacto ambiental señaló esta Sala:

*“ ... Siguiendo lo establecido por el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente y el artículo 50 de la Constitución Política, **existe obligación por parte de las personas físicas y jurídicas para realizar estudios de impacto ambiental, antes de emprender cualquier actividad que, por su naturaleza, altere, contamine o destruya el medio ambiente...**”* (Voto: 12100-03) (el resaltado es nuestro)

Sobre el eximir una actividad de los estudios de impacto ambiental ha dicho esta Sala:

“... el párrafo último del artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente

no le otorga al Poder Ejecutivo, a través de su potestad reglamentaria, discrecionalidad para exceptuar del estudio de impacto ambiental a determinadas actividades, obras o proyectos...” (Voto 6311-03) (el resaltado es nuestro)

Por todo ello vemos, que considerar que con base la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, los estudios de impacto ambiental son solo requisitos formales, se llega a una clara violación al principio de no regresión, pues como lo ha externado la jurisprudencia patria, los EsIA son obligatorios y no conllevan a cumplir fines meramente románticos, sino que son totalmente necesarios para verificar que no se generen daños ambientales y pensar lo contrario, desconstitucionaliza la obligación de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado previsto en el nominal 50 constitucional patrio, además de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ambiente en lo referente a la SETENA y su función previsto en el artículo 17, en relación con lo señalado en la Ley de la Biodiversidad en su ordinal 11 inciso 1, que establece el principio precautorio o también llamado indubio pro natura.

SEGUNDO: En las contestaciones de la acción de inconstitucionalidad encontramos que los criterios de SETENA y SENARA son dispares. Aunque en la contestación SENARA hace referencia al principio de no regresión, se señala simplemente que este no se ha violentado, pero sin mayores argumentaciones.

Entre tanto, lo interesante de este caso está en lo que señalan los representantes de SETENA, pues ellos sí dicen que han sido claros, con los funcionarios de SENARA, en que únicamente mediante un estudio de impacto ambiental se podría autorizar el cambio de tanques para proteger el ambiente. Incluso destacamos que se expone desde SETENA que ellos nunca han acordado lo que se dice que convinieron en un acuerdo interinstitucional, que es el que genera la directriz, es decir, que el acuerdo de SENARA no sólo violenta el principio de legalidad, sino que también el precautorio y el principio de no regresión y la jurisprudencia patria, sino que además, estaban faltando a la verdad al hablar de un consenso interinstitucional, lo cual hace que esa directriz tuviera vicios de nulidad absoluta y que además era capaz de contener situaciones que podrían estar referidas a conductas penales. Y fue seguramente por ello, que luego de presentada la acción de inconstitucionalidad, decidieron revocar el referido acuerdo/directriz, pero a la fecha, no existe resolución desde Sala Constitucional.

CONCLUSIONES GENERALES

Es claro que si bien no se ha reconocido y desarrollado expresamente el principio de no regresión dentro de nuestra jurisprudencia, tenemos que existen votos que han hecho manifestaciones que nos evocan su existencia. Es muy probable que pronto, junto con las violaciones al principio precautorio, o al de irreductibilidad del bosque, o a la obligación de hacer un ordenamiento territorial acorde con el desarrollo sustentable, los diferentes operadores de justicia tendrán mucho que decir respecto a este principio, que al menos doctrinalmente, comienza a tomar auge en Latinoamérica.

Consideramos que aunque sólo lo tenemos contemplado en el texto de un tratado de libre comercio, ello no es una limitante para que en diferentes circunstancias, nuestros juzgadores expongan un reconocimiento en la jurisprudencia, pues el mismo emana del sentir del numeral 50 constitucional.

En el caso de las directrices que hemos citado, tenemos claro que ellas representan un abuso y desviación de poder que conllevan a actos absolutamente nulos por violación a diferentes principios, donde de ahora en adelante, además de hablar de la violaciones a lo precautorio y otros más, se tendrá que incorporar la violación del principio de no regresión en materia ambiental.

En el caso de las directrices de SETENA, consideramos que todo lo que hemos visto que se ha hecho dentro un marco de la apertura a transnacionales de las telecomunicaciones, a efecto de que más compañías se implanten en Costa Rica, es claramente manifiesto, que dicha apertura ha llevado a la violación al principio de no regresión, pues se levantaron restricciones legales y reglamentarias para eximir de la presentación de un estudio de impacto ambiental a las actividades relacionadas con telefonía móvil y las telecomunicaciones. Lo que el gobierno pretende, es que existieran la menor cantidad de “limitaciones u obstáculos”, para así hacer atractivo el mercado nacional. Lo anterior es una evidencia de improvisación y abuso de poder, dado que vía directriz, no se podría cambiar leyes o reglamentos o la jurisprudencia constitucional lograda.

En cuanto a la directriz de SENARA tenemos que también ejemplifica una clara violación del principio de no regresión, al tratar de cambiar normas expresas y la misma jurisprudencia constitucional, alegando que los estudios de impacto ambiental son un “exceso de trámites” para las empresas que participan en la venta de combustibles. Lo anterior es sumamente peligroso, pues incluso se denotó que se había acudido a falsedades para emitir esta directriz y es preocupante, que dentro de la Administración Pública, se acuda a criterios técnicos tan pobres para eximir de trámites obligatorios a las empresas; en perjuicio del derecho a

un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y en clara contravención del novedoso principio de no regresión en materia ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- Loperena Rota, Demetrio. El Derecho al Medio Ambiente Adecuado. Editorial Civitas S.A. España. 1998.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. España. 1991.
- Murillo, Mauro. Terminología Organizativa. En Revista ACADEMIA. Costa Rica, 1983.
- Peña Chacón, Mario. “El Principio de No Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense”, Revista Judicial, No. 103, San José, marzo 2012, disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/07-principio%20no%20regresion.pdf
- Sagot Rodríguez, Álvaro. Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo. Costa Rica, 2007.

NOTAS

1. Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales. Profesor en Maestría de derecho ambiental del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr
2. En casos de situaciones de declaratorias de emergencia nacional existe la posibilidad de hacer excepciones a la aplicación del principio de legalidad y por consiguiente a la normativa ambiental también.
3. A la fecha no tenemos conocimiento de ningún voto en Costa Rica, tanto en tribunales comunes, como en la Sala Constitucional, que expresamente señale, reconozca y desarrolle el principio de no regresión.
4. 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. (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994.
5. Ley de la República N° 8622.
6. DE-33757-MP-MIVAH-MINAE del 11 de abril de 2007 y DE- 35748-MP-MINAET-MIVAH del 19 de febrero del 2010.
7. Artículo 17.- “Evaluación de impacto ambiental Las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Las leyes y los reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán la evaluación de impacto ambiental”
8. Ley No. 7554 de 4 de octubre de 1996.
9. Artículo 52.- “Ordenamiento territorial Los planes o las autorizaciones de uso y aprovechamiento de recursos minerales, suelo, flora, fauna, agua y otros recursos naturales, así como la ubicación de asentamientos humanos y de desarrollos industriales y agrícolas emitidos por cualquier ente público, sea del Gobierno Central, las instituciones autónomas o los municipios, considerarán particularmente en su elaboración, aprobación e implementación, la conservación de la biodiversidad y su empleo sostenible, en especial cuando se trate de planes o permisos que afecten la biodiversidad de las áreas silvestres protegidas”
10. Artículo 11.- “Son criterios para aplicar esta ley:...2.- Criterio precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia

de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.”

11. Ley No. 7788 de 30 abril de 1998.
12. Ver votos No. 2009-3684 y No. 2011-013436.
13. Voto de Sala Constitucional número 8645-2010
14. Un ejemplo de lo anterior se señaló en el voto constitucional 1220-2002 cuando declaró inconstitucionales varios artículos del Reglamento de Procedimientos de la SETENA que eximían de pasar por el tamiz ambiental a ciertos proyectos urbanísticos. Propiamente dijeron los magistrados en aquella ocasión: “Esto significa que la defensa y la preservación del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, conceptuado en el artículo 50 constitucional, es el derecho fundamental de toda persona y funciona como un principio general ineludible, de manera que en esta materia no es posible hacer excepciones genéricas (en materia urbanística y otros tópicos de lo que se ocupan los artículos 19 y 20) para exonerar el cumplimiento de obligaciones ambientales, pues con ello se corre el riesgo de desconstitucionalizar la garantía de respuesta estatal en defensa del ambiente...” En la misma línea ver voto constitucional No. 2003 06322.
15. Para mayor abundamiento sobre lo precautorio puede verse la obra de este autor denominada, Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo. Costa Rica, 2007.
16. Decreto Ejecutivo No. 34136-MINAE de 20 de junio del 2007, publicado en La Gaceta No. 25 de 5 de febrero del 2008.
17. Artículo 24.- “Apertura del Procedimiento Ordinario Administrativo. Una vez concluida la etapa de investigación se dictará la apertura del procedimiento ordinario administrativo citando a las partes con quince días hábiles de anticipación a una audiencia oral y privada, de conformidad con las prescripciones establecidas en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública”. (el resaltado es nuestro)
18. Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978.
19. Artículo 6.- Participación de los habitantes “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente”
20. Ley de Aguas, artículo 31.- “Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación; a) Las tierras que circunden los sitios de Captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio...”
21. “Examinado el fallo de mérito con la finalidad de resolver los agravios expuestos por el Procurador Calderón y por el Fiscal Ortega, da cuenta esta corte de casación penal del error in iudicando cometido por el juez de juicio, esto es de un yerro en la aplicación de la ley sustantiva, en el presente caso por inobservancia de lo establecido por los artículos 50 y 74 de la Const. Pol., 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 2, 6, 10.c, 19 y 38.f de la Ley Forestal, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, y 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad. De la normativa de cita deriva el principio de irreductibilidad del bosque, pues establece la necesaria reparación de los daños causados al ambiente, de manera que no hay opción para dejar de ordenar que los terrenos de bosque objeto

- del delito de cambio de uso vuelvan a ser bosque.” (Tribunal de Casación Penal. Resolución No. 2003-0396, a las doce horas del ocho de mayo del dos mil tres. Exp. 99-200108-0567-PE)
22. “En el presente caso, en que el daño es el cambio del uso del suelo del bosque para dedicarlo a agricultura, la reacción estatal tiene su límite en la reparación del daño, que de todas formas no se completará en los tres años de ejecución condicional de la pena, puesto que el bosque es producto de años y años de nacimiento, desarrollo y muerte de muchos seres vegetales y animales; sin embargo, la exclusión de los cultivos y de todo elemento con que se ha sustituido el bosque, así como el restablecimiento de especies vegetales en la medida adecuada para regenerar lo destruido, son un principio para la reparación que en algunos años se alcanzará. Debe quedar claro que la protección del suelo de los bosques consagrada en los artículos 2, 6, 10.c, 19 y 38.f de la Ley Forestal, 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad, no termina o se suspende cuando por actos de seres humanos (incendios provocados, talas ilegales, etc.) o por hechos de la naturaleza (inundaciones, terremotos, incendios, etc.) 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 ilícitas lesivas del medio ambiente, para sustituir la ecología por explotaciones agrícolas o de otra naturaleza, con lo que no habría protección verdadera; es decir, el espacio ocupado por los bosques es irreductible por esas vías (principio de irreductibilidad del bosque). (Tribunal de Casación Penal. Resolución No.2003-0366. A las once horas cincuenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil tres. Exp: 98-200262-0567-PE)
 23. “Artículo 49.- 1. Cada órgano colegiado tendrá un Presidente nombrado en la forma prescrita por la ley respectiva o en su defecto por lo aquí dispuesto. 2. Salvo norma contraria, el Presidente será nombrado de entre los miembros del órgano colegiado, por la mayoría absoluta de ellos y durará en su cargo un año, pudiendo ser reelecto. 3. El Presidente tendrá las siguientes facultades y atribuciones: ... c) Fijar directrices generales e impartir instrucciones en cuanto a los aspectos de forma de las labores del órgano...”
 24. Murillo, Mauro. Terminología Organizativa. En Revista ACADEMIA. Costa Rica, 1983.
 25. “Artículo 121.- 1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos. 2. Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios. 3. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.”
 26. “Artículo 361.- 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”.

27. En el caso de los permisos de la empresa minera Industrias Infinito S.A, conocido como caso Crucitas y su decreto de conveniencia nacional e interés público que autorizó la tala de bosque, se dispuso judicialmente: “...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 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. Incluso, el Tribunal considera que la enorme trascendencia de este proyecto minero a nivel nacional, hacía imperativo someter a la información pública el anteproyecto del Decreto, tal y como lo permite el inciso 3 del artículo 361, en relación con el numeral 6 de la Ley Orgánica del Ambiente (principio de participación ciudadana), aplicable al caso concreto por la especialidad de la materia, la cual dispone muy claramente así: “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República,

- en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente,” No obstante lo indicado, nunca se reflejó en el expediente administrativo, ni en el propio texto del documento la intención del Poder Ejecutivo de cumplir dichas disposiciones...” Tribunal Contencioso Administrativo voto 4399-2010.
28. Al momento de redactarse este artículo, la Sala Constitucional no ha resuelto por el fondo las dos acciones presentadas.
 29. Ver expediente tramitado ante la Sala Constitucional 11-013300-0007-CO
 30. La resolución N° 02031-2009-SETENA señala: “CONSIDERANDO: PRIMERO: Que en las actividades a realizar en la instalación de radio bases de telecomunicaciones, tanto en la fase constructiva como en la fase operativa, se generarán impactos ambientales negativos de baja significancia y mitigables por medio de medidas ambientales de implementación sencilla, pues los mismos serán puntuales, temporales y de baja intensidad. SEGUNDO: Las empresas desarrolladoras visualizan el sistema de torres compartidas como un mecanismo para reducir el impacto visual en todo Costa Rica. Los impactos ambientales con el modelo de sitio compartido se minimizan, al requerirse menos torres. TERCERO: El área que abarcará cada uno de los sitios donde se ubicarán las torres es muy reducida y en las mismas no se generarán aguas residuales ni desechos sólidos. CUARTO: Que dado que la proliferación de torres de telecomunicaciones será masiva, es preciso que un Regente Ambiental debidamente inscrito en la base de consultores de la SETENA, se encargue de velar, informar y controlar, que el desarrollo de todas las torres se realice siguiendo todas las recomendaciones ambientales pertinentes, buscando de esta forma minimizar los posibles impactos ambientales, y particularmente los efectos sinérgicos en el paisaje... LA COMISIÓN PLENARIA RESUELVE: En sesión Ordinaria No. 096-2009 de ésta Secretaría, ... PRIMERO: Que el Documento de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de instalación de torres de telecomunicaciones sea a través del formulario D2, con la presentación de la información que dicho formulario solicita... SEGUNDO: En aquellos casos en que el proyecto se pretenda realizar en un área calificada como ambientalmente frágil..., o en un área que por sus características implique una Evaluación Ambiental más profunda, se deberá presentar como Documento de Evaluación de Impacto Ambiental el D1 correspondiente, con todos los protocolos y documentos indicados en el mismo.”
 31. La resolución N° 0123-2010-SETENA señala: “...Que el Documento de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos de instalación de torres de telecomunicaciones sea a través del formulario D2, con la presentación de la información que dicho formulario solicita. Asimismo, debe ser complementado con la siguiente información adicional firmada por el profesional competente y debidamente inscrito en la base de consultores de SETENA... 8. Un Plan de Comunicación a las comunidades cuyo contenido mínimo es el siguiente: Objetivo (Debe indicar en qué consistirá el proyecto y que implicaciones posee) Grupo meta (comunidades Debe ser indicado cuál es el AID y justificarse. Estrategia o mecanismo de divulgación a emplear en las comunidades ubicadas en el Área de Influencia Directa (AID) (incluir impactos) con el fin de informar sobre el proyecto a desarrollar, que incluya como mínimo los siguientes aspectos: • Periodo de divulgación • Mensaje a transmitir (debe brindarse una descripción del proyecto

explicando los impactos que generará) • Cronograma de actividades a llevar a cabo en el plan de comunicación. • Formato de respuesta a las comunidades sobre inquietudes relacionadas con la divulgación del proyecto. • Destacar un cronograma de las actividades a llevar a cabo en el plan de comunicación. • Costos de la divulgación. Después de obtener la Viabilidad (Licencia) Ambiental y de previo a iniciar obras, el consultor y desarrollador serán responsables de la entrega a la SETENA de un informe en el cual se indique los resultados del plan de divulgación....”

32. Ley No. 7593 de 9 de agosto de 1996.
33. Ley No. 8642 del 4 de junio del 2008
34. Ver expediente tramitado ante la Sala Constitucional No. 11-016395-0007-CO



ARGENTINA

CEDARENA

PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIÓN EN EL NIVEL DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

JOSÉ ALBERTO ESAÍN¹

“Un fanático es alguien que no puede cambiar de opinión y no quiere cambiar de tema”.

Winston Spencer Churchill

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra primera aproximación a la regla de no regresión se dio en un artículo de doctrina titulado “El principio de progresividad en materia ambiental”², publicado en la Revista de Derecho Ambiental, dirigida por Néstor Cafferatta y editada por aquel entonces por Lexis Nexis (hoy Abeledo Perrot, Thomson Reuters), el 10 de octubre de 2007³. En aquel trabajo considerábamos a la no regresión como una expresión -junto a la gradualidad- del principio de progresividad, que las contiene. La base de dicha tesis radicaba en que el derecho al ambiente como derecho fundamental resulta tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico -Constitución, Tratados de Derechos Humanos- siendo la no regresión un contenido insertado desde las vitamínicas pautas que en materia de derechos económicos sociales y culturales el sistema interamericano han acercado. Yendo más allá de lo expresado en aquel momento, en el presente aporte queremos introducir en el debate algunos contenidos que en aquellos años (2007) aún no se encontraban consolidados, aprovechando repasar algunos fallos, comentarios de la doctrina extranjera y nacional respecto a este principio, y rodearlo de aspectos institucionales que en ese momento se veían incipientemente.

En ese entonces habíamos advertido que se imponía pensar en una pauta que impida que en años de crisis económica, se tienda a pensar como primer mecanismo para afrontar la falta de crecimiento económico, la limitación o anulación de normas de protección del ambiente abrazadas en épocas de bonanza. Notábamos -por ejemplo- que en la gestión de áreas naturales protegidas que se comenzaba a retroceder en sus límites, o reducir pautas previstas en los planes de manejo. Se discutía y se discuten las pautas de reducción de gases de efecto invernadero desde que ello implica limitar el desarrollo industrial. En ambos ejemplos se puede verificar cómo los estándares de protección del ambiente alcanzados desde hace unos diez años se han puesto en peligro. Estos casos hicieron que pusieramos las dianas sobre una lógica que implicara pensar el camino de la gestión ambiental como sendero que tiende a mejorar la protección del ambiente y no a reducirla.

Yendo más allá todavía, Michel Prieur plantea la noción de reglas jurídicas eternas. Dice el maestro francés que “siendo el objetivo principal del derecho ambiental contribuir a la disminución de la polución y la

preservación de la biodiversidad biológica, y habiendo sido consagrado en varias constituciones como derecho humano fundamental, nos preguntamos si no debería el Derecho Ambiental entrar en la categoría de reglas jurídicas eternas, irreversibles”⁴. Se planteará entonces aquí la vieja discusión del derecho constitución respecto a la rigidez de determinados contenidos del sistema, así como los planteos ya esbozados por Jonas sobre si es justo establecer limitaciones en la actualidad en razón de la protección de personas que ni sabemos si van a existir.

En el desarrollo del trabajo nos hemos propuesto analizar 1) al derecho al ambiente como derecho humano fundamental; 2) una pequeña revisión al rol de los principios ambientales; 3) el principio de progresividad de manera concreta, desdoblándolo en dos partes: la gradualidad y la no regresión; 4) finalmente ingresaremos en un análisis sobre instrumentos legales y jurisprudenciales que en aplicación del principio nos muestran el posible camino de su aplicación en el ámbito internacional y en la República Argentina.

“Todo el universo es una gran broma”.

Frank Zappa

II. EL DERECHO AL AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Si algo ha introducido el Constitucionalismo en los años posteriores a las guerras mundiales, es una renovación enorme en el plexo de derechos fundamentales, con el advenimiento de la llamada tercera generación. Es de suma trascendencia —aunque excederá el presente trabajo y por ese motivo sólo invitaremos a hacerlo— releer las principales características que poseen estas tres generaciones de derechos. Ello nos ayudará a pensar el modo en que el derecho al ambiente se ha generado, lo que resulta ser un proceso, producto histórico, y sociológico, además de jurídico. De todos modos vale la pena aclarar que la tesis de las generaciones es un producto que cumple tan sólo una función didáctica. Las Constituciones no hacen mención o diferencia respecto a estas categorías. Sin embargo, resulta interesante seguir ese derrotero pues nos permite dar coherencia a la evolución en la protección de derechos y facilitando la comprensión de muchos contenidos. Otra cuestión que necesariamente debemos aclarar es que los derechos de cada una de las etapas, no son llamados a anular o aniquilar los que le han seguido. Las generaciones tienen que ver con los diferentes tiempos históricos que han apadrinado nuevas necesidades del hombre —o en realidad necesidades clásicas que afloran desde nuevos satisfactores— pero que no son llamadas a descartar las anteriores sino muy por el contrario a completarlas, para actuar en conjunto todos los aspectos del ser humano. La forma que asumieron los derechos en las primeras dos generaciones, hizo que los productos normativos en cada uno de sus ámbitos fueran diferentes. A cada generación de derechos fundamentales se le adosaron nuevas maneras de gestión política de los

conflictos que en el seno de la sociedad fueron surgiendo.

Para repasar estos contenidos tenemos que decir que los derechos de primera generación se desenvuelven en el ámbito de la democracia representativa, en una estructura republicana de gobierno con separación formal de poderes. Son prerrogativas de origen liberales clásico, que tienden a la protección de una clase social (burguesía comerciante) frente a los abusos del viejo régimen monárquico, que no permitía ejercitar sus derechos con plena libertad. Son los años de las libertades individuales del hombre. Para esta primera generación de derechos el valor fundante será la libertad.

Esta doctrina tiene su sello de nacimiento en el art. 9 de la Constitución Francesa de 1793, que se expresa en este modo: La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent. Su fundamento ideológico resulta ser el liberalismo, y su fundamento político, la democracia formal. Así el artículo 4 de la declaración de derechos, considera a la libertad en este contexto, como la posibilidad de hacer todo aquello que no le está prohibido. En la Argentina, la Constitución histórica de 1853 rescatando el modelo liberal establece como principio base de la actuación en materia de derechos humanos, los artículos 19 (reserva constitucional y limitación del poder del Estado) y 16 (que consagra la igualdad ante la ley). En consecuencia, nuestro originario estatuto constitucional, reproduce las reglas de actuación que, a nivel universal, destacaba esta primera generación de derechos.

En la segunda generación de derechos aparece el hombre en su relación con otros, que los que comparte su misma posición social. Es la etapa de los derechos de los trabajadores, de la clase pasiva que nacen en la edad del constitucionalismo social. Los primeros pasos se dan con la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919. En la Argentina el artículo 14 bis de la Constitución nacional reflejará este tipo de contenido. El valor fundante será la solidaridad. Reconocer derechos por esa pertenencia social implica -desde lo político- pensar en el Welfare State, etapa con nuevos actores en la división de funciones entre los poderes, que provoca el crecimiento de los espacios de la Administración. Es el propio sistema el que obliga al Ejecutivo a crear nuevas carteras ministeriales para ejercer las obligaciones que ahora estos derechos implican para el Estado. Esto provoca la crisis la división de poderes estática, y el surgimiento de los órganos de control (auditorías, sindicaturas, Defensor del Pueblo) y nuevos modos de participación de los destinatarios del poder a través de formas de democracia semidirecta (plebiscitos, consultas populares) para acrecentar el nivel de legitimación democrática de las decisiones que se adopten sobre estos derechos. El valor fundante de estos derechos es la solidaridad.

En este punto debemos hacer una breve consideración. Entendemos

—siguiendo a Víctor Abramovich y Christian Curtis⁵— que aceptamos el reduccionismo que distingue los derechos de primera generación (derechos civiles y políticos) de los de segunda (económicos, sociales y culturales) porque los primeros generarían exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los segundos implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público. Esta distinción está basada en una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia la seguridad y la defensa. Sin embargo, hasta para los pensadores más liberales (Adam Smith o David Ricardo) el rol del Estado más liberal incluso implicaba obligaciones negativas o de abstención (no impedir la libertad de comercio) pero al mismo tiempo obligaciones positivas, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas judiciales de seguridad y defensa. Lo mismo sucede con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Por lo tanto la diferencia entre los derechos civiles/políticos y los DESC son de grado, más que sustanciales⁶. Puede reconocerse que la faceta más visible de los DESC son las obligaciones de hacer y es por ello que a veces se los denomina “de prestación”⁷.

La tercera generación de derechos es la etapa de los intereses plurindividuales, los derechos de incidencia colectiva y la democracia participativa. Dice Raúl Canosa Usera que esta es la época del constitucionalismo existencialista. Aparece la preocupación por las condiciones materiales y espirituales de vida⁸. Son años que reflejan el avance de nuevas modalidades de adopción de decisiones de políticas públicas desde la crisis de la representación; serán tiempos de la democracia participativa, conglomerado de resortes que permitirán nuevas luces en añejas estructuras. La participación significa la posibilidad de que el ciudadano posea estamentos y prerrogativas formales (procedimientos de consulta, audiencias públicas, acceso a la información, acceso a la justicia) que resultarán exigibles en la gestión de los nuevos bienes colectivos. Como se puede “palpar” de la descripción que acabamos de hacer, el principal ingrediente de esta estructura será lo que se denomina democracia de consenso. Aún pervive en esta etapa del constitucionalismo como base del sistema el principio de las mayorías aunque relativizado por el nuevo rol que se le asigna —vía la participación ciudadana referida— a la voluntad de las minorías, las que ahora no deberán esperar una nueva elección para manifestarse respecto a decisiones políticas. A ellas el sistema les permitirá actuar un rol de control, sumamente trascendente en la toma de decisiones⁹. Esto es lo que se ha denominado formas de democracia por consenso¹⁰.

En cuanto a los derechos, los derechos de la tercera generación se muestran como derechos propios y ajenos al mismo tiempo, prerrogativas que

pertenecen a todos y a cada uno de los ciudadanos de modo compartido. Son los años del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos. Los bienes jurídicos son holísticos, expansivos. El advenimiento de bienes jurídicos como el ambiente implican la regulación de bienes constitucionales con capacidad para converger y yuxtaponerse, de carácter poliédrico y vis expansiva, que obligan a un replanteamiento completo del Estado social, que ahora deberá agregar a las políticas sociales y económicas componentes ambientales¹¹.

Obligados a resumir este punto veamos ahora cómo nace el derecho al ambiente y su formulación como derecho humano fundamental. Siguiendo un criterio cronológico podemos decir que el derecho al ambiente ha tenido dos momentos de impulso: la Conferencia de Estocolmo 1972 y la de Río 1992. La primera fue la fecha de nacimiento, la segunda la de su mayoría de edad. Respecto a la primera su influencia a posteriori se puede signar sobre todo en lo que podríamos denominar la constitucionalización del derecho al ambiente, que reconociendo origen en la mencionada declaración, se refleja durante las décadas del 70 y 80 del siglo XX en las constituciones europeas y latinoamericanas enmendadas por esos años¹².

Entre las normas europeas que responden al impulso de Estocolmo encontramos la Constitución de la Confederación Helvética de 1971 que ordena a la Confederación legislar sobre “la protección del hombre y su medio ambiente contra los atentados perjudiciales o molestos que son de su competencia. En particular la contaminación del aire y del ruido”¹³; la Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975 que centra en el Estado la obligación de proteger el ambiente natural; la Constitución de Portugal de 1979 que dispone como la constitución polaca de 1952 que “Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida saludable y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo”; la Constitución de España de 1978 que dispone en su artículo 45.1: “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” entre otros contenidos.

En Francia, a pesar de que la Constitución de la Quinta República (1958) no contiene norma alguna, en el año 1985 la Asamblea Nacional sancionó el Código Ambiental. Para mejorar el nivel de protección en este país, se dictó mediante ley orgánica constitucional la titulada Carta del Medio Ambiente (ley constitucional 2005-205) que constituye, desde la reforma constitucional del 2005 el tercer pilar del Preámbulo de la ley suprema, adicionándosele a la Carta de los Derechos Económicos y Sociales, complementaria de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Con ella adquirió jerarquía Constitucional la problemática ambiental y la preocupación por el desarrollo sostenible¹⁴. En Alemania ya la Ley Fundamental de Bonn (1949) ya traía un numeral

referido a la legislación básica de la Federación sobre caza y protección de la naturaleza y estética del paisaje (§75), lo que se consolidó con las enmiendas posteriores que incorporaron el §20.a.

En Europa el antecedente jurisprudencial más relevante lo encontramos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso López Ostra¹⁵.

El caso es que la señora Gregoria López Ostra vivía en la ciudad de Murcia en Lorca, España. La ciudad posee una elevada concentración de industrias del cuero. Ellas y el Municipio realizan la construcción de una planta depuradora de agua y residuos sólidos a doce metros de la casa de la demandante y además sin estudio previo ambiental. Las autoridades locales a un año del funcionamiento ordenan la suspensión de una parte de las actividades -depuración de residuos químicos y orgánicos- pero autoriza la continuación de la depuración de aguas residuales. Los informes periciales y las testimoniales permitían a los magistrados percatarse de que aún con ésta acotada actividad había peligro de afectación a la salud. Para poder ingresar en el estudio del caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo que entender que la pretensión respecto a las afecciones del ambiente trataba sobre la potencial afectación de un derecho fundamental. En esto radica la importancia de la sentencia que en los considerandos 52 y 58 deja en claro que estamos ante un derecho fundamental¹⁶.

En Latinoamérica la oleada de Estocolmo 1972 ha sido muy importante e incluye las siguientes cartas fundamentales¹⁷: Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Ecuador (1979, sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), México (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1967-1992). A Rio 1992 le siguieron las reformas constitucionales de Argentina (1994), República Dominicana (1994), Ecuador (1998) Venezuela (1999) entre otras. La última oleada en Latinoamérica se ha dado con las reformas de las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) donde surge la idea más vanguardista aún de naturaleza o pacha mama como sujeto de derechos.

Este recorrido nos ilustra sobre la calidad del derecho al ambiente como derecho humano fundamental en todo el globo.

En cuanto a su formulación en la Argentina, los antecedentes del artículo 41 CN los tendremos a) en los instrumentos internacionales referidos al ambiente, sobre todo la Declaración de Estocolmo 1972¹⁸, la Declaración de Rio de 1992¹⁹ que son las más emblemáticas; b) las Constituciones provinciales que cuando la Argentina ingresa a la enmienda constitucional de 1994 ya habían sido dadas a lo largo de la década del 80²⁰.

En cuanto al derecho al ambiente como derecho fundamental,

específicamente en la Argentina la regla reconoce fuente primogénita en el artículo 41 de la Constitución nacional, ingresado con la reforma de 1994. En dicha norma se incorpora el “derecho” que tienen “todos los habitantes” a gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” incorporando en simultáneo “el deber de preservarlo”, con lo que se deja sellada una de las características distintivas de los derechos de tercera generación que hemos analizado.

El segundo espacio para considerar aparece en el ámbito de los instrumentos internacionales referidos a la protección de derechos humanos que en la Argentina, conforme la organización dada por nuestra Carta Magna, poseen diferentes jerarquías: algunos la máxima (constitucional, segundo párrafo art. 75.22 CN) o la de segundo grado (superior a las leyes nacionales, conforme primer párrafo del artículo 75.22 CN). Para ubicarnos en nuestro tema, el derecho al ambiente como derecho humano fundamental a pesar de su reconocimiento interno en la Argentina a partir del artículo 41 CN, no fue ingresado desde la órbita de los instrumentos internacional referidos a derechos humanos sino hasta el año 2003 (el 23/10/2003) fecha en la que la Argentina ha procedido a depositar en Washington el instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador (suscripto en 1988). En la nómina de instrumentos fundamentales que gozan de jerarquía constitucional este derecho no estaba incluido. Por este motivo decimos que recién con la adopción del mencionado protocolo por la Argentina, se ha completado el ingreso del derecho pero ahora formando parte de los importantes contenidos que veremos rodean a toda la estructuración normativa del mencionado Protocolo.

Es en dicho Protocolo que se consagra el derecho al ambiente, estructurado entre el sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales²¹. Recordemos en este sentido que el artículo 11 dispone: “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”. Este sector no tan explorado por los autores de derecho ambiental resulta de capital trascendencia para comprender entre otras cuestiones, la que hoy nos ocupa. La no regresividad se muestra así primero como principio común a todos los DESC, y en segundo lugar como parte de los contenidos del derecho al ambiente al margen de si esta regla aparece prevista en el ámbito legislativo como parte de la Ley General del Ambiente o no. Por este motivo, resulta para nosotros imprescindible -a efectos de un

abordaje pertinente de este principio- partir de esta visión del principio de progresividad y no regresión desde la estructura de los derechos humanos.

Indagaremos ahora la noción de no regresividad en materia de DESC para luego ir al espacio específico ambiental.

III.- LA PROGRESIVIDAD Y LA NO REGRESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Si tenemos que comenzar el recorrido normativo respecto al principio de progresividad y el ingrediente principal al que hoy nos referimos: la no regresión, la primera estación donde debemos detenernos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (que en Argentina posee jerarquía constitucional, conforme segundo párrafo artículo 75.22 CN). Dicho instrumento dispone en su artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Lo primero para observar es que la norma incluye la progresividad de manera expresa. Este principio implica lo que podríamos llamar subprincipio de gradualidad, que en el decir del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales quiere decir que la plena realización de los DESC “no podrá lograrse en un período corto de tiempo” (Observación General 3). El segundo subprincipio derivado de la progresividad es la no regresión.

Dice Susana Albanese²² que de la expresión “se comprometen a adoptar medidas” surge una obligación inmediata. Una de las primeras medidas consiste en que el Estado Parte emprenda una revisión a fondo de toda la legislación pertinente, “con miras a armonizar las leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales” (Centro de Derechos Humanos, Ginebra, n. 21, junio 1994). A su vez, los términos “por todos los medios apropiados” han sido objeto de una interpretación amplia. Además de medidas legislativas, pueden adoptarse otras de carácter administrativo, judicial, en materia económica, social o educativa. En este contexto, los Estados parte también tienen la obligación de elaborar políticas y fijar prioridades compatibles con el pacto, sobre la base de la situación en que se encuentren los derechos de que se trate²³. Por otra parte, la expresión: “hasta el máximo de los recursos de que disponga” significa que los recursos, internos e internacionales, deben utilizarse para dar efectividad a cada uno de los derechos enunciados en el pacto. Se resalta que un aspecto importante para hacer realidad estas afirmaciones radica en admitir que los recursos disponibles deben ser equitativos y eficaces.

La falta de recursos no puede en ningún caso justificar el incumplimiento de vigilar la falta de aplicación de los derechos consagrados en el pacto.²⁴.

Para completar el panorama normativo, el artículo 11.1 dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (el destacado nos pertenece).

En el ámbito interamericano la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en su artículo 26: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Esta norma no enumera medidas específicas pero de todos modos, incluye el principio del desarrollo progresivo que implica que “tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”²⁵. Como bien llama la atención Courtis, la similitud entre este artículo 26 y el 2.1 del Pacto evidencia que este ha sido la fuente de la norma americana, sobre todo si tenemos en consideración que uno data del año 1966 y otro de 1969. En lo que respecta a los términos elegidos por la Convención: “para lograr progresivamente”, se dice que se impone a los Estados “la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la meta de la plena efectividad de todos los derechos mencionados en el Pacto”, siendo necesario, una vez más, hacer un uso eficaz de los recursos disponibles para otorgar un efecto útil a los términos convencionales.

De todos modos, se puede ver que el Pacto se centra en una obligación bastante indeterminada en su redacción, de dificultosa implementación primaria, tarea que ha sido luego desarrollada por el Comité mencionado, que ha detallado el tipo de medidas que los estados deben adoptar para cumplir esta pauta. El modo en que se ha cumplido dicha tarea por el Comité ha sido a través de la emisión de Observaciones Generales las que además se complementan por las Observaciones Finales que son evaluaciones periódicas de las medidas que adoptan los Estados en pro de tornar efectivos los DESC.

La noción de regresividad en materia de derechos humanos constituye -siguiendo a Courtis- una limitación que los tratados de derechos

humanos pertinentes y, eventualmente la Constitución, imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Con ella se veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel de los DESC de los que goza la población. Desde la perspectiva del titular del derecho, esta obligación constituye una garantía de mantenimiento de los DESC de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad haya producido una mejora²⁶.

Desde esta perspectiva, dos fuentes de fundamentación explican la no regresión. La primera es que mientras en la época clásica se protegían intereses patrimoniales en términos de previsibilidad condicionando las medidas estatales de corte social sólo a la discrecionalidad, lo que implicaba que esos beneficios eran otorgados en forma precaria pudiendo ser modificados o revocados sin límites. Con el desembarco de la noción de Estado Social se extiende la protección—mediante reconocimiento de derechos— a las conquistas sociales, los que se conceden con vocación de estabilidad, para lo que la no regresión jugará un papel primordial. La segunda fuente está en el contenido material del principio del Estado social. La tendencia de esta forma de organización es satisfacer ciertas necesidades -consideradas básicas- cada vez a mayor cantidad de personas, sobre todo a grupos sociales desfavorables y por este motivo se veda a las normas y medidas estatales debilitar el nivel de protección o reinstaurar obstáculos en la satisfacción de las necesidades básicas²⁷.

La progresividad en materia de derechos fundamentales aparece adoptada por la Asamblea General de la OEA cuando el 7 de junio de 2005 aprobó las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo del Salvador (Res. AG/RES. 2074, XXXV-O/05). Allí se prevé que los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas para asegurar el debido respeto a los derechos consagrados en el Protocolo. El artículo 5.1 define la noción de progresividad así: “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”. El artículo 5.2 requiere el empleo de “indicadores de progreso”, cuya justificación es que “un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos sociales y culturales se puede medir a partir de

considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil”.

Estas medidas positivas deben ser aplicadas por todos y cualquiera de los órganos que componen el Estado, de acuerdo con principios básicos del derecho de los derechos humanos, teniendo en cuenta que circunstancias excepcionales merecen medidas excepcionales en beneficio de los grupos vulnerables de la sociedad²⁸.

Hemos ido desde la progresividad y ahora avanzaremos hacia la cuestión propuesta, pues este principio central en materia de derechos humanos, impone un doble contenido interno: a) gradualidad y b) no regresión. Volveremos más adelante a considerar esta doble versión del elemento progresividad, porque en materia ambiental se replicarán ambos contenidos. Pero ahora nos adentraremos en el segundo subprincipio, el de no regresión.

Siguiendo a Curtis²⁹ se muestran dos versiones que se pueden adoptar respecto a la (no) regresividad:

a) *Regresividad de resultados*. Esta versión se aplica a las políticas públicas que serán regresivas cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior, elegido como parámetro. Para poder considerar esta cara de la regresividad, se requiere la adopción de indicadores o referencias empíricas que permitan evaluar los resultados de una política pública en el tiempo.

b) *Regresividad normativa*. La segunda forma que asume la regresividad está dada cuando normas jurídicas en su extensión respecto a anteriores normas modifica o sustituye otra siendo que la posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficio concedidos.

Ambas reglas son aplicables a la noción de limitación de derechos en el marco del ejercicio del poder de policía que debe ejercerse de modo razonable. En la teoría clásica, recordemos esta limitación debe cumplirse desde determinadas pautas como la legalidad, finalidad, proporcionalidad, razonabilidad. En este último espacio será donde surgirá la no regresión, que dispondrá que una norma no es razonable si empeora la situación de la reglamentación del derecho vigente.

Con estos dos apartados hemos abordado entonces aspectos de trascendencia: el derecho al ambiente es un derecho fundamental; los derechos fundamentales -entre otros elementos- poseen como principio la progresividad y la no regresión; sumados ambos aspectos

la no regresión y la progresividad son aplicables al derecho al ambiente. Concluido el recorrido hacia afuera de la disciplina, nos adentraremos ahora en el sistema de derecho ambiental, para revisar la no regresión como principio integrado a la progresividad, todo en el marco de esta disciplina.

IV. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO AMBIENTAL

Decíamos en aquel trabajo dedicado a la progresividad -que refiriéramos en el comienzo- que para comprender cuál es el funcionamiento de los principios del derecho ambiental debemos -como primer paso- indagar sobre los principios rectores del derecho en el marco de la Teoría General. En esta línea de investigación verificamos que se entiende por principio -del latín principium- a aquella “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”³⁰ y por rector (del latín rector) “lo que rige o gobierna”³¹. Por ende serán Principios Rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas o a directas indicaciones normativas (según si adoptamos una visión iusnaturalista o positivista)³². Serán principios rectores generales por su naturaleza, pero subsidiarios por su función, ya que suplirán las lagunas de las fuentes formales del derecho³³.

Adriana Bestani³⁴ -en un excelente trabajo sobre principio precautorio- se aboca al análisis y valoración de los principios, comparados con las normas. Con cita de Alexy dice que es diferente la fuerza deóntica de los primeros de las segundas. En los principios la prescripción puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento). Lo que la norma ordena es que sea observada en la mayor medida posible; en otras palabras, que sea optimizada. La regla no admite distintos niveles de cumplimiento: es observada o no; no hay puntos intermedios. Por ese motivo, Alexy ha caracterizado a los principio como “mandatos de optimización” y sostiene que el punto decisivo entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo “sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”³⁵.

Inscriptos en una lógica sistémica y abrevando en la letra de los filósofos estructuralistas recordamos que El Todo es cualitativamente distinto a la sumatoria de las partes que lo componen y por lo tanto – tal como lo indica Loperena Rota - cualquier ordenamiento jurídico debe ser idóneo para inducir de él principios generales³⁶. En este sentido los principios serán ideas directrices, que servirán como justificación racional de todo

el ordenamiento jurídico; pautas generales de valoración jurídica; líneas fundamentales e informadoras de la organización del mismo³⁷. Desde ese lugar informarán las normas e inspirarán directa o indirectamente soluciones para los operadores jurídicos, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas leyes, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos³⁸.

García de Enterría³⁹ nos enseña las diferentes “capacidades” que poseen los principios del derecho. Así enumera: a) una capacidad heurística que significa la posibilidad de resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución, b) una capacidad inventiva que significa la posibilidad de organizar o descubrir combinaciones nuevas, c) otra capacidad organizativa que se explica como posibilidad de ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; d) y una capacidad dinámica finalmente, la que le posibilitará a éstos prestar un servicio fundamental respecto a la innovación y evolución incesante del derecho.

Ahora, resulta imperioso saber que existen diferentes tipologías dentro de los principios rectores del derecho, las que se diferencian según la disciplina de la que ellos provengan. En este sentido tendremos Principios Generales del Derecho, los que deben ser diferenciados de los Principios Especiales que pertenecen a cada rama o disciplina particular. Los primeros rigen en todo el mundo jurídico y por ende se aplican a cualquier sector de él. Sin discutir sobre su naturaleza (si emergen del derecho positivo o del derecho natural) sólo basta constatarlos y advertir que muchos de ellos se confunden con valores jurídico-políticos (principio de justicia, de seguridad, etc.) de los que se desprenden luego subprincipios -también generales- como *pacta sunt servanda*, no enriquecimiento sin causa, buena fe, publicidad de las normas, lo no prohibido como permitido, etc. Bajo éste nivel, nacen los principios específicos propios de cada disciplina jurídica: *nula pene sine lege*, en derecho penal; *in dubio pro operari*, en derecho laboral; nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo en derecho penal, etc.⁴⁰.

En este último escalón encontraremos los principios específicos de derecho ambiental; los que cumplirán un rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación que presenta una rama jurídica que se caracteriza por la transversalidad de su objeto y su vis expansiva. Desde allí, los principios serán orientativos de la gestión del operador de derecho ambiental, servirán de guía -por ser ideas fuerza- para la interpretación de la estructura global y sistémica; y sobre todo se presentarán como elementos aglutinantes frente a una disciplina que por definición se encuentra dispersa.

Es importante alertar que dentro de esta clase general denominada principios específicos de derecho ambiental, existen principios generales

y principios sectoriales. Los primeros son aquellos que acabamos de identificar y que tienen por objeto evitar la dispersión, y lograr la unicidad, frente a la heterogeneidad. Los segundos, tributarios de los principios generales que serán de aplicación en todos los ámbitos sectoriales, surgirán en ámbitos particulares, derivados de subsistemas que integran las reglas especiales del derecho ambiental. Pensemos por ejemplo en materia de residuos; se le aplicarán los principios generales del derecho ambiental y los principios específicos o sectoriales en materia de residuos. Entre los primeros aparecerá la prevención, que nos indicará que el énfasis deberá estar puesto en evitar que se produzca el daño con la introducción de residuos en el ambiente; principio de responsabilidad (contaminador-pagador) el que implica que el responsable de los daños se deberá encargar de las acciones que eviten o prevengan el daño. Al mismo tiempo que tenemos estos, aparecerán también otros principios especiales en materia de residuos: el principio de mayor aprovechamiento, que se completa con las ideas de reutilización, reciclado, recuperación, obtención de energía; o el principio de proximidad que impone el tratamiento de los residuos lo más cercanos al lugar de generación del desperdicio, evitando su transporte. Si el lector los observa con detenimiento observará que estamos ante principios específicos que surgen desde las ideas generales pues están todos los principios imbricados, entrelazados entre sí. Desde dicha lectura es que intentaremos describir el principio de progresividad. Lo haremos siempre dentro de la idea de autonomía del derecho ambiental. Es que en nuestra tesis esta disciplina se reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la dispersión de la estructura a la que al mismo tiempo ellos moldean. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental y son su núcleo central esencial.

Dicen Guillermo Malm Green y James W. Spensley respecto a los principios que “no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente⁴¹. No es casual que en las principales normativas ambientales, sobre todo en las leyes marco que tiene por objeto aglutinar el contenido sectorial con vocación de síntesis, siempre existan sectores dedicados a describir los principios de la disciplina. Esto tiene que ver con que en materia ambiental no se puede dejar librado al intérprete la deducción respecto a cuáles son los principios de la disciplina. Debemos positivizarlos, normarlos, hacerlos derecho, por la importancia que tienen, y porque no pueden ser contenidos indefinidos.

En la Argentina, ha sido el legislador quien ha dedicado las grandes trazas del derecho ambiental nacional dentro de la Ley General del Ambiente 25675 (LGA en adelante). Allí aparecen principios positivizados de

ese modo, a los que hemos llamado expresos y otros que se deducen de las normas a los que hemos llamado implícitos. En cuanto a los primeros la propia LGA trae un artículo en donde los nomina: el artículo 4. Los segundos se desprenden del resto del texto de la ley 25675. En esta descripción que hicieramos en su momento nos acercábamos a lo que ahora Bestani denomina principios jurídicos positivos y jurídicos fundacionales, siendo que los primeros son explicitados en normas y los segundos deducidos (método deductivo dice la autora). De todos modos, la autora utiliza esta distinción para diferenciar los principios sectoriales de los fundacionales o sistemáticos, distinción a la que nos apegamos. Volviendo a la LGA, la misma se muestra en sus contenidos como el Dr. Yekil, y Mr. Hide de Stevenson: tendremos artículos que son por un lado principios de interpretación y por el otro, normas de efecto directo en simultáneo. Serán reglas de derecho que se visten según la ocasión⁴².

De todos modos, como acabamos de indicar, el núcleo central de la ley en materia de principios estará en el artículo 4, que los presenta como pilares centrales de la hermenéutica ambiental argentina. Se desprende esto del encabezado de dicho artículo que dispone que “la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios...”. Tanto el resto de la LGA como las demás leyes nacionales, provinciales o municipales, generales y sectoriales, deberán informarse desde estos principios. Es que el legislador utiliza una fórmula muy amplia, con lo que el sistema en este aspecto se centraliza no sólo respecto a las leyes “formales” sino respecto a cualquier regla derivada de una autoridad “a través de la cual se ejecute la política ambiental”. En conclusión estamos ante reglas que servirán para interpretar las normas federales ambientales generales o sectoriales de presupuestos mínimos así como las provinciales, y municipales. Es allí donde se aloja el principio de progresividad, por eso hemos hecho todo este prolegómeno. Con este recorrido inicial sabemos cuál ha sido el sentido de esta inclusión dentro de la nómina de los principios ambientales de la progresividad. Ahora, analizaremos el contenido del principio tal como el legislador nacional lo ha redactado y su desarrollo jurisprudencial.

V. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD AMBIENTAL. COMPONENTES: GRADUALIDAD Y NO REGRESIÓN.

El principio de progresividad es definido por la ley 25675 en su artículo 4 del siguiente modo: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.-

Decíamos ya en aquel artículo de 2007 –siguiendo con la imagen de Frehley- que “dos caras de la misma moneda para la manda de progresividad: por un lado la progresividad implicará la obligación de adoptar soluciones graduales, y dejar de lado cortes drásticos en pro de la protección del entorno. Hemos visto que la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual. Por el otro, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN).

Ahora completando aquel texto podríamos decir que la progresividad del artículo 4 LGA implica:

- gradualidad y
- no regresión.

El lector perspicaz advertirá que el texto de la LGA no resulta tan claro en cuanto al segundo subprincipio. Pareciera referirse sólo al primero. La explicación que dábamos y que seguimos considerando como válida para desprender la no regresión de este principio es estructuralista. La indicación respecto a la progresividad del legislador no puede ser aislada y atomizada (interpretación gramatical) sino sistémica. Formando parte el derecho al ambiente de los derechos fundamentales –por eso le hemos dedicado un generoso espacio del presente a esta explicación- no puede el intérprete desligar la consideración de progresividad de la LGA de aquella noción que hemos visto componen los instrumentos internacionales. De allí que, a pesar de que la versión textual de la LGA de la progresividad no refiere más que a la gradualidad, entendíamos y entendemos, el páramo de donde proviene el insumo, provoca la necesaria reconsideración y ampliación del concepto. Por ese motivo para nosotros la progresividad se presenta como la moneda que tiene ambas caras Two sides of the coin, you chose one (Frehley).

VI. PRIMER VERSIÓN DE LA PROGRESIVIDAD AMBIENTAL: LA GRADUALIDAD.

Gradualidad es en lenguaje común “que el derecho ambiental debe avanzar de a poco”. No regresión es –en ese mismo lenguaje común “sin retrocesos”.

Respecto a la primer versión, Néstor Cafferatta nos recuerda –en un sustancioso trabajo- que la Ley de Protección del Medio Ambiente 7070 / 2000, de la Provincia de Salta, instituye este “principio de gradualismo”, por el que “se reconoce que dadas las condiciones económicas y culturales de la Provincia, la degradación de la calidad ambiental, no puede ser superada de un día para el otro, por lo tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incremental para permitir un gerenciamiento y manejos adaptativos”.

Señala el mismo autor que la Ley General del Ambiente 17283, Artículo 6, relativa a los principios de política ambiental nacional, apartado c), de la República Oriental del Uruguay, invoca junto con el principio de Integración, el principio de gradualidad: “la incorporación gradual y progresiva de las nuevas exigencias, sin que por ello deba reconocerse la consolidación de situaciones preexistentes”⁴³.

La gradualidad implica una limitación al avance de las reglas de policía ambiental, o por lo menos una exigencia de escalonamiento en su ejecución y el diferimiento en el tiempo en cuanto a la aplicabilidad de límites sancionados.

Si indagamos la versión del artículo 4 de la Ley General del Ambiente de Argentina, notaremos que tres elementos integran la gradualidad: a) los objetivos ambientales; b) las actividades relacionadas con esos objetivos y c) la adecuación. La adecuación que impone el principio se logrará en forma gradual, de allí que denominemos al subprincipio del modo que lo hacemos. Ahora, ¿qué implica dicha gradualidad? Pues primero reconocer la distancia entre la realidad (ser) y lo que se pretende que ella sea (deber ser). Históricamente el derecho ambiental ha planteado una mutación en el modelo de desarrollo, pasando del desarrollismo al desarrollo sostenible. Pues bien, este principio pretende que pensemos medidas y prácticas administrativas, normativas, legislativas que logren virar el timón del modelo desarrollista hacia objetivos de sostenibilidad en el desarrollo. Esto quiere decir que se debe acercar la realidad a los objetivos de sustentabilidad para lo que será necesario ejercitar un nuevo poder de policía, una modalidad de limitación que tiene por objeto proteger el entorno. La misma básicamente limitará los derechos de primera generación, el de propiedad (que no podrá ejercitarse hasta

desnaturalizar la cosa o afectar el entorno en que se desenvuelve), el de ejercer industria lícita (que tampoco podrá ejercitarse de cualquier modo) entre otros y estas limitaciones no pueden hacerse de un día para el otro. Se deberán hacer “a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal”.

Como vemos esta primera versión de la progresividad es conservadora en términos de Bobbio⁴⁴. Entendemos que el reconocimiento de bienes colectivos como el ambiente tiene una razón de ser igualitaria, y entonces la gradualidad –que no es más que un retraso o una posposición en ese desembarco, además teniendo en consideración los derechos individuales– implicará alejarnos de la igualdad y acercarnos a la individualidad. Es que si lo que se prioriza es la protección a derechos individuales, imponiendo restricciones a la nueva facultad de policía ambiental, estamos ante un principio que se mostrará con base conservadora; pues retrasa el desembarco del modelo colectivo de sustentabilidad. Con este comentario no establecemos ninguna valoración, sino que pretendemos simplemente describir la lógica perseguida por una y otra forma adosada a su base ideológica.

Como conclusión sobre este punto podríamos decir que en la balanza, la gradualidad hace prevalecer los derechos individuales sobre los colectivos a los que pospone en su ejecutividad.

La gradualidad se vale del mecanismo de las leyes diferidas. Estas son normas dictadas en un determinado momento, que difieren su aplicación a un tiempo futuro dando un plazo razonable para que los particulares adapten sus conductas al nuevo esquema a ser aplicado. Ellas incluyen un período transitorio en el que la sanción de la norma no se hace efectiva, pues la ejecución de la norma se pospone para un futuro. De este modo la propia norma permite a los sujetos pasivos de la norma que durante un período de tiempo se amolden a la nueva legalidad. Pensemos en una nueva norma de radicación industrial, que dispone nuevos requisitos que implican más restricciones a las industrias, para proteger el ambiente. Esas nuevas pautas no se aplicarán al día siguiente a la publicación de la norma en el boletín oficial, sino que puede disponerse en la propia ley –con base en este subprincipio de gradualidad– que dichos cambios se den en base a un cronograma escalonado. Es decir que, a pesar de que la ley expresa la voluntad de que se adopten tales o cuales técnicas para proteger el ambiente, y da los justificativos que hacen necesarios tales cambios (fundamentos) al mismo tiempo reconoce que su aplicación puede escalonarse siguiendo determinados criterios: por ejemplo nivel de complejidad de las industrias, determinados elementos más urgentes en fecha cercana, y otros luego, etc.

Respecto a la gradualidad Néstor Cafferatta nos recuerda que en nuestra doctrina, se destaca que este principio, responde a las ideas de *temporalidad, de involucramiento paulatino, de concientización, de adaptación*⁴⁵.

VII. LA NO REGRESIÓN AMBIENTAL: FUNDAMENTO.

Pero como lo dijéramos en su momento, además de esa primera versión de la progresividad –gradualidad- existe también su contracara: la no regresión, que proviene desde un punto de vista más igualitario, e indica que el Estado no puede disminuir el esfuerzo protector alcanzado. El esquema en este páramo, tiene tendencia a obligar a la administración a poner a una mayor cantidad de personas en igualdad de condiciones en el disfrute de un derecho de incidencia colectiva. Por eso decimos la no regresión es más igualitaria que la gradualidad.

Tomando la noción del sistema de derechos humanos y traduciéndola al derecho al ambiente –y siguiendo a Courtis- la no regresión constituye una limitación sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación del derecho al ambiente. Con ella se veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel de protección del ambiente alcanzado, del que goza la población⁴⁶.

Si observamos este aspecto desde la perspectiva del titular del derecho, esta obligación constituye una *garantía de mantenimiento* del nivel de protección del ambiente logrado a partir de la adopción de tales normas o de cuáles mejoras que se hayan experimentado desde entonces. Se trata –como lo resalta Courtis- de una *garantía de carácter sustantivo*, es decir de una garantía que tiende a proteger el contenido del derecho al ambiente vigente al momento de la adopción del mismo o del nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de *progresividad*, haya producido una mejora⁴⁷. Como vemos, la no regresión se centra en el sector de policía o incluso de fomento. En ambos casos, las normas alcanzadas, los niveles de protección desarrollado por el legislativo o ejecutivo no podrán derogarse, limitarse, o excepcionarse.

La no regresión en materia ambiental tiene explicación en las serias amenazas que se ciernen sobre la protección del entorno. Michel Prieur explica que las amenazas al derecho ambiental son varias: a) *políticas*, porque la vocación demagógica de simplificar el derecho lleva a la desregulación del derecho ambiental, el regreso a los acuerdos voluntarios, la “deslegislación”, tesis que ve como amenaza el creciente número de normas ambientales⁴⁸; b) *económicas*, porque la crisis mundial favorece los discursos que reclaman menos obligaciones jurídicas en el ámbito del medio ambiente porque ellas constituyen un freno al desarrollo y la lucha contra la pobreza; c) *psicológica*, porque las amplias regulaciones ambientales constituyen una estructura muy compleja difícilmente accesible incluso para los especialistas lo que favorece incluso el discurso en favor de una reducción de las obligaciones en materia de derecho

ambiental”⁴⁹.

Dice Peña Chacón “El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación”⁵⁰.

Como dice Gonzalo Sozzo, “autorizar la reducción de la extensión de un área natural protegida; desclasificar una industria como altamente contaminante; introducir mínimos de tolerancia más elevados; mantener como best available techniques una tecnología industrial que ya no lo es conforme los avances científicos; reducir los presupuestos y estructuras administrativas encargadas de la aplicación, control y sanción de normas ambientales; quitar independencia a las agencias expertas en materia ambientales; dar marcha atrás en la decisión de ratificación de un tratado internacional en materia ambiental. Son ejemplos de regresiones de la regulación ambiental o de la política pública ambiental que tienen en común que se traducen en un efecto de mayor desprotección para los bienes ambientales y que generan preocupación y tristeza, quizá, en el fondo, la causa de la constatación de que parecería que, como el péndulo, la regulación ambiental tiende a volver al punto inicial. Frente a este problema, parece necesario poder contar con una nueva directriz en el ámbito del derecho ambiental global consistente en la no regresión de los niveles de protección regulados como mecanismo para evitar el retroceso de los niveles de protección factual del ambiente y garantizar así el progreso de la humanidad”⁵¹.

En cuanto a la terminología, en algunos países se llama principio de stand still (Inmovilidad) (Bélgica, Hachez, 2008). En Francia se habla de efecto cliquet (traba) o la regla del cloquet anti-retour (traba anti-retorno). Otros autores mencionan la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales. Se asimila la tesis de la no regresión a la de los derechos adquiridos o la irreversibilidad de los derechos fundamentales. En inglés se habla de la cláusula del status quo, o eternity clause o entrenched clause. En español la cláusula de no regresión, no retroceso, o regresividad. Finalmente, la fórmula que se utilizará es la de “principio de no regresión” para diferenciarlo de una simple cláusula, porque estamos ante un principio general del derecho ambiental⁵².

En cuanto a los fundamentos veremos que para la doctrina son variados. Repasemos algunos de ellos.

Michel Prieur los clasifica en tres aspectos que a los efectos didácticos nos parece adecuado seguir aquí. Primero el carácter finalista del

derecho ambiental, segundo la necesidad de apartarse del principio de la mutabilidad de la ley y tercero la intangibilidad de los derechos humanos. En cuanto al primero, dice el autor francés que “este derecho fundamental nace como reacción contra la degradación y el agotamiento de los recursos naturales. El mismo implica una obligación de resultados, que es la mejora constante del estado del ambiente. Es la expresión de una moral ambiental, por lo que cualquier retroceso en el derecho ambiental sería inmoral y contraria a la finalidad referida”. Explica Prieur que “lo que está en juego aquí es la voluntad de suprimir una regla (constitución, ley o decreto) o de reducir sus aportes en nombre de intereses -claros o disimulados- tenidos como superiores a los intereses ligados a la protección ambiental. Una alteración de regla que conduce a una regresión constituye un atentado directo a la finalidad del texto originario. El retroceso en materia ambiental no es imaginable. No se puede considerar una ley que -brutalmente- revoque normas antipolución o normas sobre protección de la naturaleza, o suprima -injustificadamente- áreas ambientalmente protegidas. Es de notar también que la regresión del derecho ambiental se da de modo discreto e insidioso, pasando desapercibido lo que lo hace más peligroso. Pero los retrocesos discretos amenazan a todo el derecho ambiental; de allí la necesidad de enunciar claramente este principio de no regresión, que debería ser consagrado tanto en el ámbito internacional y en el ámbito nacional para evitar estas subrepticias derogaciones de contenidos alcanzados”⁵³.

Si queremos ubicar la fundamentación de Sozzo sobre la no regresión la podríamos ingresar en este páramo. Para el autor santafesino “el principio de no regresión exige repensar la idea de progreso que el derecho moderno recepta como un dogma”. Luego explica que “es verdad que el principio de no regresión podría apoyarse en la idea de desarrollo sustentable; sin embargo, una perspectiva más radical acerca de la idea de progreso permite un punto arquimédico más universal: la *idea de progreso como perdurabilidad que, a su vez, se sustenta en la idea de patrimonio común de la humanidad y de la responsabilidad para con las generaciones futuras*”⁵⁴. La tesis del autor, a diferencia de la expresada por Prieur, se centra en la transferencia del patrimonio común realizada por la generación presente hacia las generaciones futuras, la que se vería alterada si en la curva evolutiva de las normas surgieran retrocesos en el nivel de protección, agravio que se ciñe sobre el derecho de las generaciones futuras.

Como explica Sozzo, “Desde mi perspectiva, la no regresión se funda en la lógica de la herencia que funda el derecho ambiental y que en el campo del derecho internacional ha sido reconocida bajo la idea de patrimonio común de la humanidad y patrimonio cultural común de la humanidad. La idea de transferencia intergeneracional supone la existencia de un patrimonio, de un volumen de bienes -en el caso, ambientales- determinado que debe ser transferido. El conjunto de la regulación

ambiental establece, delimita y diseña este patrimonio, determina este volumen. Según el principio de no regresión, ciertas reglas que bajen el nivel de protección pueden importar una afectación del núcleo duro de este patrimonio. Así, no toda modificación de la protección importa una disminución del volumen de bienes ambientales a transmitir a las generaciones futuras. Sin dudas, el problema central es determinar, identificar, el ‘núcleo duro’ de este patrimonio”⁵⁵.

En la misma línea argumental María Berros dice: “Como se ha analizado, el principio de progresividad comienza a ser puesto en diálogo con la no regresión a nivel jurisprudencial, asignándose un direccionamiento unívoco a las medidas protectorias de protección ambiental que se tomen. Ahora bien, su contenido, tal y como fue positivizado, remite a una cuestión de gradualidad y temporalidad que fragiliza la posibilidad de enarbolar o extraer de allí de modo directo el fundamento para el no retroceso. En paralelo, sin embargo, aparecen otras categorías interesantes muy caras a la edificación del derecho ambiental, como es el caso de las generaciones futuras y la posibilidad de pensar el vínculo transgeneracional que liga a las generaciones actuales con aquellas por venir. Aquí se encuentra un canal abierto para fundar la no regresión, que aparece interesante, a la vez que abre el interrogante sobre cuál es el volumen de transferencia intergeneracional, es decir, qué deben “heredar” de nosotros quienes nos suceden, iniciándose en este contexto una serie de preguntas sobre la dualidad mínimos/máximos de protección y toda la escala de intermedios entre ambos polos que pueden delinearse. Allí, asimismo, se presenta el interrogante sobre quiénes fijan y cómo se fijan tales pautas protectorias, llevándonos al plano de la vinculación entre ciencia y derecho y cómo las decisiones expertas se imprimen en el ámbito legal asignándoles contenido, modificándolo, debilitándolo. Esto último, que se configura como un elemento general de los problemas ambientales adonde siempre se presenta relevante el vínculo ciencia-derecho en cuanto a la construcción de regulaciones, da cuenta de la necesidad de conformación de espacios en los que intervenga una pluralidad de actores que no se circunscriban sólo al ámbito experto ante medidas que potencialmente pueden conducir a regresiones”⁵⁶.

Para relativizar este argumento, resulta interesante el planteo de Hans Jonas cuando dice “no hay autocontradicción en la idea de que la humanidad deje un día de existir y tampoco la hay, por consiguiente, en la idea de que la felicidad de las generaciones presentes y próximas se obtenga a costa de la infelicidad o incluso de la inexistencia de generaciones posteriores; finalmente, tampoco implica autocontradicción lo contrario; que la existencia y la felicidad de las generaciones posteriores se obtengan a costa de la infelicidad y aún el exterminio parcial de las presentes. El sacrificio del futuro en aras del presente no es lógicamente más atacable que el sacrificio del presente en aras del futuro. La diferencia

consiste sólo en que en un caso la serie continúa y en el otro no. Pero la regla de autoconcordancia dentro de la serie –por larga o corta que ésta sea- no cabe deducir que deba continuar, prescindiendo del reparto de felicidad o infelicidad o el predominio de la infelicidad sobre la felicidad o incluso de la inmoralidad sobre la moral; se trata de un mandamiento completamente diferente, que se encuentra fuera de la serie y la precede y que, a la postre, sólo puede ser justificado o metafísicamente⁵⁷. De todos modos, el mismo Jonas plantea que “el nuevo imperativo apela a otro tipo de concordancia; no a la del acto consigo mismo, sino a la concordancia de sus efectos últimos con la continuidad de la actividad humana en el futuro”⁵⁸. Por lo que aquello que pondría en crisis la idea de nuestros amigos santafesinos, en realidad ya ha sido resuelta y –como lo dice Jonas- desde el lugar más racional: la metafísica.

Ahora, no podemos sino dejar de mencionar que este argumento no puede aparecer sino con relativa presencia. Entendemos que el que los autores denominan volumen de transferencia a las generaciones futuras, no puede conducirnos a una tesis de inmutabilidad de las cláusulas o estándares actuales, pues en este punto entonces el derecho ambiental tendría serios conflictos con el sistema democrático. La resolución a este conflicto y nuestra tesis la describiremos sucintamente en el apartado que sigue.

En cuanto al segundo fundamento recuerda Prieur la idea de Tomas Paine en favor de la mutabilidad del derecho cuando decía que “toda regla jurídica debe poder ser modificada o revocada en todo momento, porque moralmente inaceptable que una generación de hombres tenga el poder de vincular o sujetar para la posteridad hasta el fin de los tiempos, y decidir para siempre como el mundo se va a organizar (Tomas Paine, *Les droits de l’homme*, 1792)”. Prieur dice que “El medio ambiente o el desarrollo sostenible, nos obligan a pensar hoy de manera diferente limitando el principio de mutabilidad del derecho”. Más adelante recuerda que “hay que considerar que junto con el principio del desarrollo sostenible aparecen los derechos a la vida y salud de las generaciones futuras que impiden que se tomen medidas hoy, que causan daños a ellas. Reducir o revocar las reglas de protección ambiental tendría como efecto imponer a las generaciones futuras un ambiente más degradado”⁵⁹.

Este fundamento es el que nos ofrece más reparos. Entendemos que no es necesario relativizar la regla democrática porque no consideramos a la no regresión como su formulación pareciera. Pensamos que la no regresión implicará el desembarco de un nuevo estándar de análisis de la razonabilidad de las normas de policía ambiental, pero no consideramos a la misma con la pretensión de rigidez máxima o extrema porque esto haría colisionar a la estructura de la disciplina con el espacio de la democracia constitucional. Pero profundizaremos este aspecto a continuación.

Finalmente, el maestro francés -en relación al tercer fundamento- que “la no regresión de los derechos humanos es más que implícita, es ética, práctica y cuasi jurídica. En los términos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la finalidad de los mismos es ‘favorecer el progreso social e instaurar mejores condiciones de vida’. De allí resultan para los Estados obligaciones positivas, en especial en el área ambiental. Así, según una bella forma de un autor, ‘la no regresión es una obligación negativa inherente a toda obligación positiva, que deviene de un derecho fundamental’”.

Aquí es donde según nuestra visión surge el fundamento de la no regresión: en la progresividad de los derechos humanos de la que el derecho ambiental forma parte. Favorecer el progreso social, ordenar a los Estados a avanzar de manera progresiva en el goce cada vez más acabado del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado implica que los esfuerzos de protección -tanto las limitaciones de derechos individuales como las medias de acción positiva del Estado⁶⁰- se deberán dar de manera gradual -para no afectar drásticamente los derechos individuales de propiedad o industria lícita- pero sin retrocesos. El análisis sobre este aspecto del poder de policía ambiental se dará en el ámbito de la razonabilidad y de ese modo, si una medida administrativa, legislativa o judicial que significa limitación de derechos particulares o fomento, implica un cambio drástico -contrario a la gradualidad- o un retroceso -contrario los considerando antijurídica -o contraria a los pactos que reglan este principio- cualquier disminución en la protección. Como el derecho al ambiente es un derecho humano fundamental, habrá que considerar desde este prisma de la no regresión cualquier regla nueva que quite o limite el nivel de protección a dicha prerrogativa⁶¹.

Una postura interesante en doctrina la expresan Juan Sebastián Lloret y Natalia Giacossa⁶², cuando partiendo de un punto similar a nuestra tesis -que incluye a la no regresión como parte de la progresividad junto a la gradualidad- luego consideran la relación entre estos dos subprincipios y otros principios de derecho ambiental. Según ellos el principio de progresividad posee íntima relación con el principio de realidad y con los principios de proporcionalidad-razonabilidad, ínsitos en el art. 28 de la Constitución argentina. El Principio de gradualismo y de progresividad son voces de un mismo concepto⁶³. Según los autores el principio de no regresión -otra acepción del principio de progresividad- tiende a convertirse en un principio independiente por la impronta del derecho de los derechos humanos. La progresividad dicen “no puede utilizarse como causa de justificación de la negligencia u omisión estatal en su obligación de proteger el ambiente. El Estado no puede acudir a este principio para justificar su accionar negligente ni su responsabilidad omisiva”. Concluyen que el principio de progresividad está destinado a permitir la adaptación de los sistemas y actividades productivas a la normativa ambiental, evitando

que su aplicación intempestiva afecte derechos patrimoniales individuales o impida el desarrollo. Este principio es una herramienta fundamental del desarrollo sustentable. Actúa como “armonizador” entre el derecho colectivo ambiental y los derechos individuales patrimoniales en conflicto con aquél. Permite optimizar la tutela del derecho colectivo ambiental con el menor costo posible para los derechos patrimoniales individuales con que se encuentre en tensión. Las normas derivadas del poder de policía ambiental que restringen derechos individuales deben ser pasibles de atravesar el test del principio de progresividad. Caso contrario, el uso del poder reglamentador podría incurrir en inconstitucionalidad, tanto por vulnerar derechos individuales que colisionen con el derecho ambiental, como por no aplicar un principio normativizado en legislación vigente. El principio está dirigido a conformar la realidad económica y social con la protección ambiental. La omisión de su aplicación conlleva a la pérdida de eficacia aplicativa de la normativa.

En cuanto a la relación con los otros principios dicen que “entre el principio de precaución y el de progresividad habrían pocos ejemplos de exclusión competitiva y muchos de armonización. Ser gradual es también ser precavido. La nueva normativa que afecte a actividades productivas autorizadas con estudio de impacto ambiental previo debe ser aplicada de manera gradual para permitir al administrado adaptarse a las nuevas exigencias, en tanto no exista un peligro de daño grave e irreversible. En cuanto al principio de participación dicen que el mismo da cabida al principio de realidad en la elaboración de la ley, permitiéndole incorporar mecanismos de implementación progresiva que aseguren su eficacia. La progresividad puede ser aplicada a la prevención de mayores daños ambientales durante la recomposición, manteniendo el funcionamiento de la empresa o el desarrollo de la actividad. La recomposición es generalmente en sí misma, en virtud de razones fácticas, un proceso gradual”⁶⁴.

Peña Chacón considera como base para fundar la no regresión varios espacios. Primero el Derecho Internacional Ambiental, en segundo lugar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tercer lugar el Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como en la misma Constitución Política y en especial, en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁶⁵.

Nuestra posición respecto a la fundamentación transita caminos relativamente similares. Son tres elementos los que dan base a la no regresión. Primero, porque si recordamos su pertenencia temporal, recordaremos que mientras en los derechos de primera generación se protegían intereses patrimoniales en términos de previsibilidad, condicionando las medidas estatales de corte social sólo a la discrecionalidad -lo que implicaba que esos beneficios eran otorgados en forma precaria pudiendo ser modificados o revocados sin límites-

con el desembarco de la noción de Estado Social –segunda generación aplicable a los de tercera también- se extiende el resguardo mediante el reconocimiento de derechos a las conquistas sociales. Ellos se deben conceder con *vocación de estabilidad*⁶⁶. De este modo el establecimiento de un principio –no una regla jurídica- que considere de manera negativa los retrocesos en el nivel de protección del ambiente, la pérdida de conquistas a favor de la sostenibilidad del desarrollo, resulta imperioso, pues indirectamente implicará relativizar la vocación de estabilidad en las conquistas alcanzadas.

Fernando López Ramón expone de manera sucinta pero brillante este componente cuando explica que “conforme a una visión predominantemente cuantitativa, podría generarse la idea de que la crisis económica ha determinado efectos negativos y positivos en relación con las políticas ambientales. De esta manera, frente a los recortes presupuestarios se destaca la disminución en las emisiones de gases de efecto invernadero, o la reducción de las acciones de protección directa se compensa con la paralela bajada de las agresiones ambientales. Sin embargo, a poco que se profundice, las políticas de medio ambiente muestran su debilidad, que deriva del carácter secundario en el que han terminado siendo situadas por un sistema político y económico que sigue contemplando el territorio como objeto de conquista, dominio y colonización”⁶⁷. Verificando los trabajos que componen el volumen dedicado al año 2011 el maestro español reflexiona “Poniendo de relieve las anteriores carencias, prácticamente en todas las colaboraciones recogidas en este volumen se destaca el dominio de los problemas relativos a la crisis económica, la frecuente inclinación de la balanza del interés público hacia el crecimiento y la marginación de las cuestiones ambientales. Los autores constatan el fenómeno sin manifestar admisión resignada del mismo. Un fenómeno que se manifiesta bajo el manto protector de la crisis, pero que en verdad no es sino la manifestación de un proceso de desatención de la problemática ambiental, que encuentra ahora un buen momento para expresar, no sólo la inactividad, sino también actuaciones y soluciones abiertamente contrarias al principio de no regresión”.

Por eso, López Ramón da en la tecla cuando dice que “en realidad, el principio de no regresión ambiental es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano que está detrás de la declaración revolucionaria. Es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente”.

La segunda fuente o fundamentación está en el contenido material del principio del Estado en marco del desarrollo sostenible. Cuando la Constitución argentina dispone en su segundo párrafo que “las

autoridades proveerán a la protección de este derecho” lo hace sabiendo que entonces dicha forma de organización deberá satisfacer ciertas necesidades -consideradas básicas- entre las que se encuentra la de protección del ambiente como bien colectivo. Con esa protección se pone cada vez a mayor cantidad de personas en el goce de un bien de pertenencia colectiva y es por este motivo que hemos calificado de más igualitario al contenido no regresión por sobre la gradualidad. Esto supone pensar –como sucede con todos los DESC- que se pone en el goce de mejores condiciones de vida a los grupos sociales desfavorables y, por este motivo se veda a las normas y medidas estatales que pretenden debilitar este nivel de protección o reinstaurar obstáculos en la satisfacción de las necesidades básicas como antijurídicas.

En consecuencia, en un Estado en el marco del desarrollo sostenible, los contenidos abrazados por las políticas en dicha materia -tanto las de fomento como las de policía –, que tienden a proteger el bien colectivo ambiente y a mutar el modelo de desarrollo, no pueden perderse, relativizarse o retrocederse. En caso de darse ello, significará que se consiente una disminución en el porcentaje de igualdad –igualitarismo- en el goce de un bien colectivo para la generación actual (solidaridad espacial) elemento que se extiende hacia la noción de futuridad ad infinitum (solidaridad temporal). El derecho al ambiente exige un marco: el desarrollo sostenible, y es esa estructura la que debe modificarse, mutar para lograr la “protección del derecho”. En esto “las autoridades” deben adoptar políticas de fomento o policía que progresivamente avancen en el logro del desarrollo sostenible. En la medida que ellas comporten limitaciones, restricciones o relativizaciones de metas alcanzadas, y que por lo tanto se alejen de ese objetivo pretendido por el constituyente, estarán entonces actuando de manera contraria a nuestra constitución. Si alguien piensa o pretende saber porqué este objetivo –sostenibilidad en el desarrollo- por encima de otros modelos, desde el positivismo podríamos decir que ese tipo de cavilaciones no tienen sentido porque la norma de máxima jerarquía es clara en el mandato, sin necesidad de explicación. Desde el iusnaturalismo se podría indagar –con Hans Jonas en una mano, y en la otra con las declaraciones de Estocolmo 72 y Rio 92- la base por la que el constituyente valoró este modelo de desarrollo para el Estado argentino. Allí aparece la idea de deber y responsabilidad por velar de las condiciones que permiten la vida del hombre sobre el planeta, y ello como fundamento por el cual se torna imprescindible mutar el modelo de desarrollo hacia la sostenibilidad⁶⁸.

Como se puede observar, en nuestra visión de la no regresión estamos muy cerca de los autores que hemos citado que trazan su fundamento desde el “volumen de transferencia” para con las generaciones futuras. En este sentido, para nosotros lo que corresponde hacer es pensar al principio de progresividad del artículo 4 LGA como el lazo entre derechos

de primera generación (arts. 14, 17, 18, 19) y derecho de tercera (art. 41 CN). Allí el legislador dispone que el modo de alcanzar la sostenibilidad del desarrollo pretendida por el constituyente en el primer y segundo párrafo del artículo 41 CN será de manera gradual, pero sin retrocesos. En los primeros momentos históricos del derecho ambiental, quizá lo que más se notaba –respecto a la progresividad– era la gradualidad; porque las personas notaban nuevas regulaciones limitativas de sus derechos individuales, y pretendían entonces que ellas se impongan de manera escalonada, para ir avanzando “de a poco”. Hoy la vedette pasa a ser su contracara: la no regresión. Ya vigentes las limitaciones referidas, lo que vemos es un proceso mundial en que la tendencia es quitar normas, limitarlas, con una el falso argumento del desarrollo económico. Es un intento por volver al viejo modelo, aquel que provocó el desembarco de la sostenibilidad en el desarrollo en 1972. Por este motivo vemos que el proceso global es que en época de vacas flacas los países deroguen, limite, restrinjan leyes y políticas en protección del entorno, las que fueron dictadas en los últimos treinta años para así –se alega por los defensores del desarrollismo– facilitar el desarrollo económico prioridad. Es entonces cuando surge la versión no regresiva de la progresividad, que impone restringir este tipo de prácticas por los estados que en caso de consolidarlas dejan de avanzar hacia la sostenibilidad, mandato constitucional.

Veamos cómo funciona la no regresión.

VIII. LA NO REGRESIÓN COMO ELEMENTO INTEGRATIVO DE LA RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICÍA AMBIENTAL.-

Ya hemos profundizado este tema en otro trabajo, pero no podemos dejar de mencionarlo aquí⁶⁹. El poder de policía en la postmodernidad ha adquirido nuevos perfiles. La lesión de los derechos del administrado por actos de la Administración sufre una fuerte corriente renovadora en nuestros días. El advenimiento del derecho internacional y regional de los derechos humanos compromete interna e internacionalmente al Estado a respetar una serie de garantías individuales, luego de haber incluido esa convención y otras más de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 CN, que no pueden los juristas desconocer. A tal punto sucede esto que ya no podemos partir del poder del Estado como función fundante de un sistema sino de las libertades públicas y derechos individuales, para así repensar los modos en que ellas pueden ser alteradas. Esta nueva visión implica verificar el tránsito de la figura clásica por una que se adapte mejor a nuestro tiempo y, sobre todo, al derecho positivo vigente en nuestros

años. En el Estado liberal, donde el rol de la Administración era mínimo, el poder de policía se reducía a la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales con la finalidad de salvaguardar la seguridad, la salubridad y la moralidad pública contra ataques y peligros que pudieran amenazarla. Los elementos clásicos en esos años son estos tres que enumeráramos: salubridad, seguridad y moralidad. Pero los viejos tiempos ya se han escapado, y con el siglo que se ha ido, la realidad nos exige la renovación de las añejas figuras. En ese sentido, los bienes jurídicos que el Estado protege a través de las limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a los tres elementos clásicos se han multiplicado, apareciendo hoy muchos nuevos bienes jurídicos a proteger, a saber: la tranquilidad pública (ruidos molestos, celulares en lugares públicos, avisos agresivos para los radio escuchas); la confianza pública en el control de las medidas y de los pesos de los productos, títulos engañosos o propaganda subliminal; la economía pública en la regulación de los monopolios, la lealtad comercial, la defensa de la competencia; la estética pública en casos como los códigos de planeamiento urbano; la seguridad social a través de la obligación de asegurarse a las cajas sociales AFJP, seguros de automotores⁷⁰.

Como se vislumbra del esquema que acabamos de enumerar, el Estado para nada ha retrocedido en su intervención desde la fórmula liberal. En este camino podemos agregar a la enumeración realizada otros bienes jurídicos que hoy el Estado protege. Entre ellos aparece el ambiente, que deberá ser una preocupación de las autoridades, sobre todo por la expresa imposición del segundo párrafo del art. 41 CN. En los comienzos del siglo XXI, la Administración encuentra nuevos ámbitos de actuación. Nosotros -siguiendo el esquema planteado por los españoles García de Enterría y Fernández Rodríguez- encuadramos esta actividad de policía en un nuevo concepto, más amplio, donde convergen las actividades de gravamen o limitadoras de derechos, pero en las que se verifican técnicas dentro de lo que ellos denominan el ámbito de incidencia de los actos administrativos -y no de otro tipo de actuaciones de la Administración- sobre las situaciones jurídicas privadas. Como vemos, la idea es relacionar la figura del acto administrativo como elemento jurídicamente reglado y como instrumento formal que coloca límites a los derechos del particular, teniendo en cuenta intereses colectivos.

Ya lo dijimos, el punto de conexión entre la actividad de policía y el ambiente se encuentra en que en muchos casos la actividad de los particulares puede tener incidencia sobre el ambiente, y en esa medida puede estar sujeta a esa actividad limitadora de la Administración que, en este ámbito, tendrá como finalidad, como fin público, la defensa (en sentido polívoco de preservación y/o restauración, en su caso) del ambiente. En este marco, las técnicas administrativas encaminadas al control y la prevención de la contaminación ambiental van a ser las

técnicas generales que la Administración emplea para la limitación de otras actividades particulares, y en ese sentido deberán de ajustarse a todos los elementos y principios que acabamos de describir⁷¹. Aquí es donde la no regresión aparecerá.

Curtis explica que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan derechos como en nuestro caso el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado⁷². La regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. En este sentido recuerda el mencionado autor la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos en materia de igualdad, que entiende que una vez acreditado por el demandante el empleo en una norma jurídica de las denominadas “categorías sospechadas”⁷³ como criterio para efectuar una distinción legal, la carga de la prueba se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida⁷⁴. La jurisprudencia de la Corte norteamericana entiende que la prohibición específica de operar distinciones sobre la base de estas categorías, si bien no podía interpretarse como un obstáculo absoluto de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones. Trasladado esto a la regresividad, el actor correrá con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso respecto al existente con la norma anterior. Probado este aspecto, la norma se *presume inválida*⁷⁵ y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresivo, la norma es justificable. Agrega la misma jurisprudencia que esa presunción de invalidez que pende sobre la norma regresiva, obliga a lo que se ha dado en llamar un escrutinio estricto (strict scrutiny) que implica que la carga de demostración por la administración es alta, y en caso de duda el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad.

Hemos descripto cómo -siguiendo a Curtis⁷⁶- se muestran dos versiones respecto a la (no) regresividad: de resultados y normativa. La primera se aplicará a las políticas públicas ambientales, que serán regresivas cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior, elegido como parámetro. Como lo hemos indicado, en general para todos los derechos, para poder considerar esta cara de la regresividad, se requiere la adopción de indicadores o referencias empíricas que permitan evaluar los resultados de una política pública en el tiempo⁷⁷.

La segunda forma que asume la regresividad está dada cuando normas jurídicas ambientales en su extensión respecto a anteriores normas modifica o sustituye otra siendo que la posterior suprime, limita o restringe

derechos o beneficio concedidos. Esto implica un nuevo principio para analizar las normas ambientales, en este caso en el tiempo.

Existen principios que gobiernan la relación horizontal –supletoriedad, integración- vertical –complementariedad, subsidiariedad, optimización-. En el caso de la no regresión la vinculación se da entre normas referidas al mismo objeto y pertenecientes al mismo orden jurídico.

Ambas reglas son aplicables a la noción de limitación de derechos en el marco del ejercicio del poder de policía que debe ejercerse de modo razonable. En la teoría clásica, recordemos esta limitación debe cumplirse desde determinadas pautas como la legalidad, finalidad, proporcionalidad, razonabilidad. En este último espacio será donde surgirá la no regresión, que dispondrá que una norma no es razonable si empeora la situación de la reglamentación del derecho vigente.

Hemos dicho entonces que la no regresión implica que ante una nueva norma que implique reducción en el nivel de protección, pesará una presunción de invalidez que obligará al estado a redoblar el nivel de justificación respecto a su adopción bajo pena de arbitrariedad o violación de la razonabilidad exigida en el ejercicio del poder de policía. Esta doctrina fue considerada por el Tribunal Judicial de la Unión Europea (TJUE en adelante). Consideremos el caso en la Unión Europea de la aplicación de la Directiva de Aves Silvestres (Directiva 79/409). Ella impone a los Estados la conservación de determinados hábitats, especialmente zonas húmedas. Los Estados deben constituir zonas de especial protección, gestionándolas conforme a imperativos ecológicos (art. 3) y constituyendo una “red coherente” de zonas de protección, que responda efectivamente a las necesidades existentes (art. 4). El alcance de las obligaciones estatales contenidas en la Directiva de Aves Silvestres está perfectamente asumido por la jurisprudencia comunitaria, que identifica el deber de los Estados miembros de proteger los espacios que reúnan las características establecidas en la Directiva, estableciendo medidas efectivas de conservación de los mismos y no pudiendo hacer cesar los efectos de la declaración protectora sino por la concurrencia de intereses generales de carácter especial.

El primer caso para citar al respecto es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE en adelante) de 17 de enero 1991 (caso de la falta de zonas de protección especial en Italia) consideró violadas las exigencias de la Directiva de Aves, al no haberse producido ninguna declaración de zona de especial protección en Italia. La omisión en la declaración, la falta de avance progresivo en el logro del objetivo planteado por la Comunidad Europea (CE) derivó en violación de la Directiva.

El segundo caso es la STJUE del 28 de febrero de 1991 (caso del puerto de Wreschien en Alemania) donde se estableció la doctrina de la vinculación

de los Estados a sus propias declaraciones de zonas de especial protección, la que deriva de la regla de irreversibilidad en las políticas ambientales. Dijo el Superior Tribunal Europeo: “Si bien es cierto que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación cuando han de escoger los territorios más adecuados para su clasificación como zonas de especial protección de aves silvestres, no pueden por el contrario disponer del mismo margen de apreciación cuando modifican o reducen la superficie de dichas zonas, puesto que ellos mismos en sus declaraciones reconocieron que éstas regulan las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el anejo de la Directiva 79/409”. Si un estado avanza en el cumplimiento de las metas y compromisos comunitarios, los peldaños abrazados no pueden retroceder respecto a tiempo pretérito. Sólo se pueden aceptar avances. Así funciona la progresividad y la obligatoriedad en los compromisos asumidos en el marco de la CE, donde los estándares asumidos respecto al nivel de protección del ambiente no se pueden desandar. Ahora, esta regla no es absoluta, y por eso no se parece a las cláusulas pétreas que tienen vedada su reforma. Por eso el tribunal aclara que “la facultad de los Estados miembros de reducir la superficie de una zona de protección especial, sólo puede justificarse por razones excepcionales”, razones que respondan “a un interés general superior al del objetivo ecológico contemplado por la Directiva”.

En esto se da entonces el mismo procedimiento que para la jurisprudencia de la Corte norteamericana ya hemos citado: a) se carga en el actor la prueba de la regresión normativa; b) probada la reversión se invierte la prueba y es el Estado autor de la nueva norma el que debe probar los motivos o fundamentos que justifican desconocer el anterior compromiso. Al respecto, con carácter general el TJUE rechaza que los intereses económicos y recreativos puedan justificar una excepción del régimen de protección. Sin embargo, en el caso enjuiciado, el TJUE consideró que “la prevención del peligro de inundaciones y la protección de la costa constituían razones suficientemente serias”, para justificar la reducción de la superficie de una zona de protección, “siempre que se limiten al mínimo estricto y conlleven la menor reducción posible de la zona de protección especial”. Expresamente el TJUE rechazó que la mejora del acceso al puerto de Wreschien pudiera servir para justificar la reducción de la zona de protección, admitiendo tal reducción únicamente por la existencia de ventajas ecológicas derivadas de la construcción del nuevo dique.

Citamos ahora la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 28 de febrero de 1991 en el caso “Comisión /Alemana” C57/89. En ella el Tribunal de Justicia debía conocer de obras de construcción de un muro de contención en Leybucht, una reserva natural en Alemania. Dichas obras causaron la disminución de la superficie de una zona de protección especial. Su justificación se basaba en consideraciones

de protección contra inundaciones de la población que vivía detrás del dique y en el deseo de asegurar el acceso al puerto de Greetsiel a los barcos pesqueros de dicho lugar. En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que tal reducción de la superficie constituía una infracción del apartado 4 del artículo 4 de la Directiva mencionada, y por lo que se refiere a la posibilidad de justificarlo ha dicho: “si bien es cierto que los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación al escoger los territorios más apropiados para clasificarlos como zonas de protección especial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, por el contrario no pueden disponer del mismo margen de apreciación, en el ámbito del apartado 4 del artículo 4 de la Directiva, para modificar o reducir la superficie de dichas zonas, ya que ellos mismos reconocieron en sus declaraciones que dichas zonas reúnen las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el Anexo I de la Directiva. De no ser así, los Estados miembros podrían eludir unilateralmente las obligaciones que les impone el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva en materia de zonas de protección especial”.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 2 de agosto de 1993, en el caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España”, por la “Conservación de las aves silvestres- zonas de protección especial” dijo –referido al caso “Comisión c/Alemania” que anteriormente citábamos-: “De ello se deduce que la facultad de los Estados miembros para reducir la superficie de una zona de protección especial sólo puede estar justificada por razones excepcionales. Estas razones deben obedecer a un interés general superior al interés, al que responde el objetivo al que se refiere la Directiva. En este contexto no se pueden tomar en consideración los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva, a saber las exigencias económicas y recreativas”.

Como vemos de la jurisprudencia citada surge como estándar que el Estado autor de una norma regresiva tiene dos componentes a los cuales puede apelar: a) casos de razones excepcionales y b) con concurrencia de intereses generales. Sólo en este supuesto se puede justificar la razonabilidad en la reducción del nivel de protección. Este análisis se deberá hacer frente al estricto escrutinio judicial, en los casos de políticas públicas bajo la adopción de sistemas de indicadores particularizados.

Pensar a la no regresión en el ámbito de la razonabilidad del ejercicio del poder de policía o de la actividad de fomento, y no considerar este elemento como regla de inmutabilidad o pétrea –máximo nivel de rigidez- nos parece una sustancial diferencia con otras tesis que se han propuesto. Para nosotros, sería un error pensar la no regresión como la prohibición absoluta hacia el futuro de establecer normas de menor nivel porque esto contraría el principio democrático de mutabilidad de las normas, y de libertad del poder constituido para seleccionar entre las opciones razonables en la limitación de derechos y adoptarla en la medida que su

decisión se ajuste en el contenido y los procedimientos a los parámetros constitucionales. Ello no quiere decir que aceptaremos la disminución del nivel de protección sin más, o que equipararemos las normas adoptadas, las metas de protección del ambiente alcanzadas como precarias, y sujetas constantemente a la sola voluntad de los poderes constituidos para su modificación sin más.

Entendemos que el principio de no regresión implicará que el Estado en caso de reversión normativa, deba elevar el nivel de prueba de los motivos fundados, razonables por los que considera que la nueva norma se justifica. El control de la razonabilidad además consideramos se debe dar bajo el prisma del control estricto que significa que en caso de duda sobre si se dan o no los justificativos (razones excepcionales y concurrencia de intereses generales) se debe estar por la no validez del nuevo ejercicio normativo.

Ponemos mucho celo en la regla democrática y no nos parece necesario sacrificarla por la inmutabilidad absoluta del derecho ambiental. Sí entendemos que la no regresión resulta ser un estándar riguroso que obligará a limitar las normas que intenten retroceder los niveles de protección, pero no que lleguen al punto de encerrar de modo absoluto en los contenidos adoptados porque ello contraría la regla democrática de mutabilidad normativa. Como explica Gargarella⁷⁸, la idea de constitución y democracia pone en superficie un conflicto a poco que hurgamos. Pareciera que la segunda idea no reconoce límites porque no hay ninguna autoridad superior a la nuestra actuando colectivamente. Mientras tanto, la idea de constitución o derechos humanos nos lleva a pensar en espacios o límites infranqueables incluso para la presión de cualquier grupo mayoritario. Jefferson decía que nada era más importante que el autogobierno colectivo. Por este motivo en sus notas para el Estado de Virginia, se manifiesta en contra de la idea de dictar una Constitución permanente. En todo caso, dice, ésta debe ser flexible, cada generación debe tener el derecho a rehacer el texto fundacional propio (de hecho y calculando que las generaciones se recambian más o menos cada veinte años, Jefferson propone la adopción de reformas constitucionales al menos con esa periodicidad). Sin llegar a este extremo radical que desconoce contenidos permanentes al que Madison respondiera de manera magistral cuando decía que la comunidad debe sentirse sujeta –limitada por– la Constitución porque esta última es el resultado de un acuerdo democrático, no podemos desconocer la capacidad del poder constituido para adoptar decisiones libremente siempre que cumpla con los estándares jurídicos dispuestos por las normas de máxima jerarquía. Aquí es donde aparece la no regresión como principio que obliga a repensar dicha libertad legisferante. Ni límite absoluto, ni cláusula o derecho petrificado ni tampoco la libertad absoluta de modificar todos los contenidos a pura voluntad –el parlamento inglés puede hacer lo que

quiera excepto cambiar una mujer en hombre y viceversa-. Este margen de libertad se encuentra limitado, comprometido por las normas anteriores, que obligan a no reducir el nivel de protección. En caso de esto ser necesario, sólo se lo justificará si se pueden alegar razones excepcionales y concurrencia de intereses generales y se las puede probar.

IX.-CONTENIDOS MATERIALES: LA APLICACIÓN DE LA PROGRESIVIDAD EN ALGUNAS NORMAS, LEYES Y SENTENCIAS.

Finalmente ingresaremos en un análisis sobre instrumentos legales y jurisprudenciales que en aplicación del principio nos muestran el posible camino de su aplicación en el ámbito internacional y en la República Argentina.

Para verificar cómo ha desembarcado este principio en los ámbitos materiales, traemos algunos ejemplos. Primero una norma local; la ley 13.592 de la Provincia de Buenos Aires sobre Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos, complementaria de la ley nacional 25916 de presupuestos mínimos en materia de residuos sólidos urbanos⁷⁹. Ella hace efectiva varios principios generales de la LGA, pero sobre todo el de progresividad, en sus dos vertientes. Al respecto dispone entre los mandatos generales incluidos en su artículo 3: “Constituyen principios y conceptos básicos sobre los que se funda la política de la gestión integral de residuos sólidos urbanos: (...) 2) Los principios de responsabilidad compartida que implican solidaridad, cooperación, congruencia y progresividad”. Luego en el artículo 4 “Constituyen objetivos de política ambiental en materia de residuos sólidos urbanos: 1) Incorporar paulatinamente en la disposición inicial la separación en origen, la valorización, la reutilización y el reciclaje en la gestión integral por parte de todos los Municipios de la Provincia de Buenos Aires; 2) Minimizar la generación de residuos, de acuerdo con las metas que se establezcan en la presente Ley y en su reglamentación; (...) 4) Incorporar tecnologías y procesos ambientalmente aptos y adecuados a la realidad local y regional”.

Esa declaración iniciática luego es atrapada en la mecanización que el legislador local previó para los planes municipales de gestión de residuos. El principio de progresividad riega dicho título denominado “competencia de los municipios”, que dice en el artículo 6: “En cumplimiento del objetivo del Artículo 1º, y en atención a la importancia de la gestión integral de residuos sólidos urbanos, todos los Municipios Bonaerenses deben presentar a la Autoridad Ambiental Provincial un Programa de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos conforme a los términos de la presente Ley y la Ley Nacional Nº 25.916. Dicho programa debe ser elevado en un lapso no mayor a seis (6) meses de la entrada en vigor

de ésta, inclusive los comprendidos actualmente por el Decreto Ley N° 9.111/78, los que sólo están exceptuados de cumplir con lo prescripto por esta norma en lo referido a la fase de disposición final, presentación que deberá efectuar la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE). En caso que los Municipios incumplan con la presentación del Programa Gestión Integral de residuos sólidos urbanos dentro del plazo establecido, la Autoridad Ambiental podrá determinar y establecer el programa de gestión integral de residuos sólidos urbanos que corresponda aplicar a tales Municipios. Asimismo, la CEAMSE deberá presentar un plan de gestión referido a la disposición final de residuos para los Municipios comprendidos en el artículo 2° del Decreto-Ley 9.111/78 y aquellos que hayan suscripto o suscriban Convenios con el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 67° de la Ley N° 11.723. Estos planes deberán contemplar la existencia de circuitos informales de recolección y recuperación con el fin de incorporarlos al sistema de gestión integral. Establécese que a partir de la aprobación de cada uno de los programas de cada Municipio, estos tendrán un plazo de cinco (5) años para que las distintas jurisdicciones alcancen una reducción del treinta por ciento (30 %) de la totalidad de los residuos con destino a la disposición final, comenzando en el primer año con una campaña de concientización, para continuar con una progresión del diez por ciento (10%) para el segundo (2°) año y efectuando obligatoriamente la separación en origen como mínimo en dos (2) fracciones de residuos, veinte por ciento (20%) para el tercer (3°) año y el treinta por ciento (30%) para el quinto (5°) año; siendo política de estado tender a profundizar en los años siguientes los porcentajes establecidos precedentemente. Los incumplimientos al término del plazo fijado serán sancionados de acuerdo con la reglamentación de la presente”.

La adaptación de las administraciones locales a las nuevas mandas que se irradian desde la ley 25916, y que luego se impone la norma complementaria provincial son graduales pero sin vueltas atrás. Los porcentajes de 30% en 5 años, empezando con una campaña en el primero, un 10% en el segundo año, un 20% en el tercero y un 30% en el quinto resultan ser objetivos graduales pero sin retorno. Los avances alcanzados y los esfuerzos puestos por el Estado –provincial y municipal– no pueden luego ser disminuidos.

Pero no solo el legislador nos sirve para verificar la aplicación del principio. La jurisprudencia ha tomado la progresividad para analizar políticas públicas nacionales inter e intra federales y locales. Esto lo hace operativo como presupuesto mínimo y como pauta obligatoria de interpretación en todos los ámbitos de la estructura federal nacional⁸⁰.

Provocativa ha sido la forma en que la Corte Suprema en autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”⁸¹

ha hecho operativas las mandas del legislador respecto a la política pública en relación al conflicto por la contaminación del Riachuelo. Cobra mayor relevancia aún la resolución cuando observemos que el estándar “recordado” por el Alto Tribunal y con origen en el legislador, se impone para una gestión que la propia resolución ordena sea concertada entre tres jurisdicciones: la Nación, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, sumándole la intervención del órgano de concertación ambiental por excelencia: el COFEMA, pero gradual. Dice en su parte pertinente la resolución del 20 de junio de 2006: “V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675: Presenten un plan integrado (art. 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley” basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal” (el destacado nos pertenece).

Estamos ante la más alta efectivización práctica del principio de progresividad, en dicha causa en la que se han evitado drásticas soluciones, pero donde la firmeza de los mandatos de la Corte ha cobrado cada vez mayor trascendencia. Es interesante porque el mandato es judicial, tiene origen en el Tribunal Superior de la Argentina. En ella se hace carne el desembarco del principio en estudio, pero al punto que -detalle a observar- los Ministros citan -junto a la manda de integración- como el principio más importante para moldear el instrumento central de su decisión. Es el calificativo el que define el contenido formal y sustancial de la política en su fase primaria. Luego en dicha causa, y en el marco de las audiencias públicas de presentación del Plan mencionado, se pudo observar cómo mucha de la energía que se había puesto por el Gobierno se había destinado a evaluar gradualmente la manera en que se ejecutaban las metas evitando soluciones que trajeran problemas sociales por ejemplo.

Pero no sólo este aspecto resulta ser interesante de la causa Mendoza. En la sentencia del 8.7.08 podemos observar cómo la Corte argentina ordena la presentación de un plan nuevo, del que describe contenidos que debe adoptar. Veamos y luego haremos el comentario. Dice la sentencia en el considerando 17:

l) Objetivos: El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar

alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca”.

Como se puede observar, el programa deberá ser progresivo en la mejora de la calidad de vida y para ello la Corte obliga la adopción de un sistema de indicadores. La gradualidad aparece evidente en cada trazo de las mandas de la Corte. En materia de “contaminación industrial” por ejemplo, la Corte dispone de plazos graduales que conducen hacia una disminución en los niveles de contaminación de la cuenca. Primero inspecciones, segundo identificación de agentes contaminantes, luego la obligación de esos de presentar planes de tratamiento que deberán ser aprobados por la autoridad y en paralelo el cese de las emisiones de las empresas que no se hayan advenido al trámite descripto. En paralelo la Corte prevé la determinación de las correspondientes clausuras así como la información a las industrias de las líneas de crédito disponibles para avanzar en las mejoras requeridas.

Otro ejemplo lo tenemos en el caso “Werneke”⁸². En ese lugar, la Cámara Federal de Bahía Blanca ha utilizado de manera implícita el principio de progresividad aplicado a las políticas provinciales relacionadas con áreas naturales, ya que la ley 13366 vulnera el principio de progresividad consagrado constitucionalmente (art.41, 75 inc.22 CN, art.2 CADH), pues retrocede el estatus de protección reconocido al área natural protegida Bahía San Blas el que no puede retrotraerse una vez reconocido. Vale la pena recordar que la mencionada ley local venía a derogar -para el régimen particular de dicha área- la prohibición respecto a la actividad pesquera. Siendo un área protegida marina, se cae de maduro que quitar dicha interdicción implicaría casi la derogación del régimen de protección estricta que el espacio tiene. Alegando el potencial daño al ambiente que se puede provocar con dicha modificación la Cámara de Bahía Blanca, considera nula la ley nueva. Entendemos que de manera implícita la alzada ha puesto en práctica la regla de no regresión pues ha seguido este razonamiento: a) la actividad pesquera en ese espacio es fuente de daño a la biodiversidad; b) esto queda acreditado en la causa por los estudios aportados por la actora pero sobre todo por el acto del Estado que declaró reserva el lugar y ordenó la prohibición de pesca; c) una modificación que releve de la prohibición de pesca sin explicación alguna razonable, se muestra como agente con potencial capacidad para provocar el daño al ambiente reflejado en los puntos a y b. En definitiva, el retroceso en el nivel de protección implica un potencial daño al ambiente y en caso de duda –esto sí la cámara lo cita expresamente- el principio precautorio obliga a posponer la reforma. Esta sentencia ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14.10.2010⁸³.

Otro caso en que se ha aplicado la manda de progresividad ha sido el del conflicto por los ruidos de las autopistas⁸⁴, en autos “Barragán”. El caso es que Pedro José Barragán es vecino de la ciudad de Buenos Aires, y vive con su familia en un departamento a escasos metros de la Autopista 25 de Mayo (AU 1) cuya concesión es explotada por la empresa Autopistas Urbanas SA (AUSA) dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Por dicha vía transitan más de 170.000 vehículos de todo tipo que producen elevados niveles de ruido. Pedro Barragán interpone el día 27 de agosto de 2001 un recurso de amparo ante la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria (CayT) de la Ciudad de Buenos Aires, contra el Gobierno y la empresa Autopistas SA (AUSA) para que se disminuya el nivel de ruidos y se controlen las emisiones. La respuesta a esto fue que el Dr. Andrés Gallardo, titular del Juzgado de Primer Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 2 de la ciudad de Buenos Aires, como paso previo para integrar la litis realizó una amplia convocatoria ciudadana. Llamó por edictos, radio y demás medios de difusión tanto a los vecinos de los domicilios lindantes o aledaños a la autopista, afectados por la contaminación, como a las asociaciones u organizaciones no gubernamentales que tuvieran algún tipo de interés para integrarse a la litis. Como vemos ya en éste punto el caso poseía relevancia. Pero el Gobierno de la ciudad consideró que este acto importaba instigación a los ciudadanos a demandar, criterio que fue convalidado por la Cámara de Apelaciones en CayT resolviéndose favorable la recusación planteada y pasando los autos al Juzgado de primera instancia nro.3. Este juzgado sentenció haciendo lugar a la demanda, resolución que fuera apelada y que diera lugar a la sentencia de la Cámara de Apelaciones hoy en comentario

Ya en la sentencia de primera instancia se había hecho expresa mención a dicho principio a efectos de evaluar la política de una prestadora de servicio público -la empresa AUSA- donde se analiza la manera en que una actividad clandestina se debe adaptar a los nuevos mandatos de sustentabilidad de nuestra constitución. En ese contexto la justicia utiliza la progresividad para evitar decisiones drásticas.

Dice la resolución de primera instancia en su parte pertinente: “Ahora bien, verificada la afectación del derecho constitucional a un ambiente sano, y la omisión de adoptar medidas adecuadas por parte de las codemandadas, corresponde determinar la conducta a cumplir por estas últimas (art. 12 inc. b) de la Ley Nº 16.986). La cuestión presenta sus complejidades, ya que existe una variedad de medidas a adoptar a fin de mitigar los daños ambientales a que se refiere el amparista. Por otra parte, la elección de medios para alcanzar un fin - que, en el caso, es la preservación del ambiente urbano, determinado por una norma constitucional (art. 26 de la CCBA) - es, en principio, resorte del legislador o de la Administración, sin perjuicio del control de razonabilidad que se

efectúa en sede judicial. Es que, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la tarea de los tribunales radica en examinar si los medios elegidos son o no proporcionados a los fines que el legislador (en el sub *discussio*, el constituyente) se propuso (doctrina de Fallos 242:121). Cuando no se ha elegido ningún medio (pues no se ha adoptado ninguna medida con atingencia a la problemática debatida en autos), es evidente que se incurre en una omisión inconstitucional que debe cesar. Ahora bien, el cese de dicha omisión puede lograrse imponiendo a las codemandadas una determinada conducta a cumplir cuando se encuentra acreditado que dicha conducta es la alternativa más razonable. Cuando, como en el sub *lite*, existe una variedad de alternativas, estimo prudente - a falta de otra prueba que se hubiera producido en autos - dejar su elección a criterio de las autoridades administrativas codemandadas. Ello, sin perjuicio de que, en la etapa de ejecución se pueda controlar la razonabilidad de la elección que éstas hagan. Este temperamento se justifica atento a las particularidades de esta materia y la posibilidad de llevar a cabo diferentes alternativas para asegurar la protección del ambiente. En tal sentido, la decisión que aquí se adopta tiene como fin hacer cesar la omisión, aunque dejando en manos de las codemandadas la adopción de los medios para alcanzar los fines queridos por el constituyente (en el caso, la preservación o la recuperación de un ambiente sano y apto para el desarrollo humano), sin perjuicio del control judicial que se haga sobre los medios elegidos. Cabe recordar que en esta materia rige el principio de progresividad, conforme al cual los objetivos deben ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (art. 4º de la Ley Nº 25.675). (Expediente Nº: EXP 3059/0 - “BARRAGÁN, José Pedro c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)” Ciudad de Buenos Aires, 2 de marzo de 2003).

Luego la Cámara explica respecto a la progresividad: “Los ruidos generados por el flujo vehicular no deben ser susceptibles de afectar el derecho a la salud, aquí entendido como ruido susceptible de causar un déficit auditivo, de acuerdo a las pautas internacionales antes indicadas que, cabe recordarlo, no son las establecidas por la legislación de un Estado extranjero, sino las fijadas por la organización internacional dedicada exclusivamente a la salud. Además hay que tener en cuenta, en este punto, el principio de progresividad consagrado en el art. 4 de la ley 25.675, general del ambiente: ‘Los objetivos ambientales deben ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos’. De esta forma, el logro de objetivos ambientales, ineludibles, pero de mayor exigencia, debe ser, cfr. CCBA, art. 29, el contenido del Plan Urbano y Ambiental y, en general, de la política de planeamiento ambiental que también debe desarrollar la Ciudad, cfr. art. 27, CCBA. La cuestión, por lo tanto, excede el ámbito

procesal de esta causa. Además, sobre esta última restricción procesal, debe ponderarse que ciertas obras de envergadura, a la vez que generan molestias, también facilitan la ya difícil vida urbana, de forma que es necesario compatibilizar derechos e intereses, aspecto que, con respecto a los ruidos, ya destacó en su momento la doctrina civil (ver Federico Highton, 'La empresa y sus vecinos. Los ruidos molestos', LL t. 1995-D, p. 28). Entre soluciones extremas (la demolición de la autopista o su cierre) e ideales (la reducción total del ruido), el derecho consagra soluciones factibles, donde se respeten y aseguren, claro está, los derechos fundamentales, pero donde también tiene que computarse, por un lado la normal tolerancia (pauta civil) y, por otro, el principio de progresividad (pauta ambiental). En suma, en el espacio público cabe admitir niveles de ruidos mayores, pero sin que sean tales que, como ocurre en el presente caso, resulten susceptibles de afectar la salud." (Cámara de la ciudad autónoma de Buenos Aires, de 10 octubre de 2003, "Barragán José Pedro c/ Autopistas Urbanas S.A.- Gustavo Cima y Otros s/ Amparo" (ART. 14 CCABA)", EXPTE: EXP 3059/ 0)⁸⁵.

Finalmente en los últimos tiempos hemos encontrado una sentencia que expresamente menciona al principio de "no regresión como parte del de progresividad. La causa es SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Autos "FUNDACION BIOSFERA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE LA PLATA S/ INCONST. ORD. Nº 10.703", resolución del 24 de mayo de 2011 y dice en su parte más importante: "La circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse negativamente el uso racional del suelo o la sostenibilidad del crecimiento urbanístico y edilicio o lesionarse el patrimonio histórico, arquitectónico o cultural de la ciudad, todo lo cual afectaría el interés público implicado en la tutela constitucional del ambiente (arts. 41, C.N.; 28 Const. Pcial.)".

Uno de los párrafos más importantes del auto cautelar es el referido al principio de progresividad en su faz no regresiva. Este aspecto merece una breve explicación. En este punto la resolución de la Suprema Corte interpreta a la no regresión como parte de la progresividad del artículo 4 LGA. Siguiendo dicha idea la resolución se aboca a este principio para justificar la ilegalidad e inconstitucionalidad de la nueva norma urbanística por modificar estándares que importan una disminución del grado de protección del patrimonio urbanístico, lo que viola esta regla de no regresión incluida en la progresividad.

Dice la Corte al respecto: “Desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces”. En este aspecto la resolución, al incluir a la no regresión dentro de la progresividad toma partido por las tesis que hemos expuesto. Entendemos este punto es neurálgico de la resolución “Fundación Biósfera”.

CONCLUSIONES

Llegado este punto hemos arribado a algunas conclusiones que queremos compartir:

1. Entendemos el principio de progresividad resulta ser uno de los principales en materia de derechos humanos con base en normas constitucionales y convencionales, pero que ha sido adoptado por el legislador de manera específica para el derecho fundamental al ambiente (art. 4 ley 25675).
2. La progresividad se compone de dos subprincipios: la gradualidad y la no regresión. Que estemos ante un subprincipio no significa una disminución en el nivel o importancia de la no regresión. Tiene la misma aplicación que la gradualidad.
3. El fundamento general de la no regresión lo encontramos en el sistema internacional y regional de derechos humanos del que el derecho al ambiente forma parte.
4. Los fundamentos específicos de la no regresión los verificamos primero en la noción de desarrollo sostenible, la solidaridad con las generaciones futuras y –coincidiendo con Sozzo y Berros- en la obligación de heredar mejores condiciones de desarrollo de la vida humana que las que nos han dado nuestros progenitores, en una cadena ad infinitum.
5. Verificamos una realidad que cada vez más pone en peligro los logros alcanzados en la protección del entorno y entonces encontramos como necesario y primordial pensar el derecho ambiental como no regresivo.
6. No consideramos la regla de la no regresión como asimilable a formas de rigidez normativa. No consideramos equiparable la no regresión a las cláusulas pétreas del derecho constitucional. Esto porque consideramos a la no regresión como un estándar que obliga a analizar la razonabilidad del ejercicio del poder de policía en nuevo términos.
7. Así, una norma nueva, que disminuya el nivel de protección ambiental

habilita al afectado –en el caso del ambiente las personas “afectadas” (art. 43 CN) o “cualquier persona” (tercer párrafo art. 30 ley 25675) ha –probando la regresión normativa- obligar al estado a tener que justificar de manera estricta los fundamentos por los cuales ha adoptado una norma que dispone un nivel de protección menor que la anterior regla.

8. Sólo se aceptará como razonable y no arbitraria una disminución si concurren en el caso: a) razones excepcionales y b) concurrencia de intereses generales. Sólo en caso de que existan ambos elementos se podrá justificar por el estado una decisión que reduzca el nivel de protección.

9. Como vemos, al no asimilar el principio a una cláusula pétrea, no vemos ninguna necesidad de justificar apartamiento de la regla democrática de mutabilidad normativa, ni nada que se le parezca. En nuestra visión esta regla se integra en el ejercicio del poder de policía del Estado, el que debe dotarse de los dos elementos que propone la progresividad: la gradualidad y la no regresión.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 24/5.
- Agirretxe Ollo, María L., Módulo 8, Licencias inspecciones, registros y sanciones, publicado por el Máster en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, impreso por el Servicio de Documentación de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, ps. 2/3.
- Albanese, Susana, El sistema universal de protección de los derechos humanos, capítulo XI en Derecho Constitucional, Editorial Universidad.
- Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Traducción. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Anis é Casim, Derecho ambiental: conclusiones y debates acerca del principio de la no regresión, publicado en El Paraninfo, número de septiembre de 2012.
- Bazán, Víctor, Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, SJA 25/8/2004; JA 2004-III-914.
- Berros, María, Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino, Publicado en SJA 28/12/2011.

- Bestani, Adriana, Principio de precaución, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.
- Bibiloni, Homero, Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica, J.A, 7 de marzo 2001, Número especial de Derecho Ambiental, 1ª parte.
- Bobbio, Norberto, Derecha e Izquierda, Editorial Donzelli, Grupo Santillana, colección Punto de lectura, Roma, 1995.
- Brañes, Raúl, Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, Editado por el PNUMA Oficina regional para América Latina y el Caribe, México 2001.
- Cafferatta, Néstor Ruido excesivo en autopistas, en DJ 2004-2 pp. 250, o José Esain “Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva”, publicada en el diario La Ley LL 2004-C-1019.
- Cafferatta, Néstor, Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, en Antecedentes Parlamentarios, Editorial La Ley, Mayo de 2003.
- Cafferatta, Néstor, Reformulación del principio de progresividad a diez años de la Ley 25675 General del Ambiente. Avances y novedades, en Revista de Derecho Ambiental Julio- Septiembre 2012, Nª 31 Cafferatta Néstor (Director) Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Canosa Usera, Raúl, Constitución y medio ambiente, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susana Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima Perú, 2004.
- Contreras Peláez, Derechos sociales: teoría e ideología, Madrid, 1994, p. 21, citado en Abramovich Víctor y Courtis Christian, op. cit., p. 25.
- Contreras Peláez, op. cit., p. 17-20; B de Castro, Los derechos sociales: análisis sistemático, en AAVV, Derechos económicos sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos, Murcia, 1981, ps. 15/17.
- Courtis, Christian, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introducción”, en Courtis Christian (compilador), Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Editores Del Puerto SA, Buenos Aires, 2006.

- De Benedictis, Leonardo, Tendencias expansivas del derecho ambiental en Argentina, Un enfoque crítico pensando en un derecho más eficaz, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales el 01-12-2011, Cita: IJ-L-315
- De la Fuente, Horacio, Título: Los principios generales del Derecho”, SJA 6/8/2008; JA 2008-III-1151.
- Duverges, Dolores María, La Justicia y los Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental” en Presupuestos Mínimos De Protección Ambiental II Recomendaciones Para Su Implementación y Reglamentación, Edición a cargo de María E. Di Paola, Organizado por: Fundación Ambiente y Recursos Naturales en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en el marco de su Programa de Derecho Ambiental con la colaboración del Comité de Estudios Ambientales del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales Auspiciado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.
- Esain, José Alberto, El principio de Progresividad en materia ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, Cafferatta Néstor (Director) Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires, Octubre 10 de 2007 páginas 11/23.
- Esain, José Alberto, Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva, publicada en La Ley LL 2004-C-1019.
- Esain, José Alberto, El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los feed lots. La Sup. Corte Just. Bs. As. aplica la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Consejo de Estado francés tomando al principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad de un acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental; Nota a fallo Sup. Corte Bs. As., 19/2/2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux” publicado en JA 2002-IV-392.
- Franza, Jorge A., Principio de no regresión del derecho ambiental, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales del 28-11-2012 (IJ-LXVI-422).
- García de Enterría, Eduardo: Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo, p. 194, Nº 40, Revista de Administración Pública, Madrid.
- Gargarella, Roberto, Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, editado por la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, ps. V 10 y 11.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia, El derecho Ambiental y sus principios rectores, Editorial Dykinson 1991.
- Jonas, Hans, El principio de responsabilidad, ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Editorial Herder, Barcelona, 1er edición 1979, 3er impresión 1995.
- Lijphart Arend, Las democracias contemporáneas, 2da Edición, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- Lloret, Juan Sebastián y Giacossa Natalia, El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación, JA, 2011, IV, fascículo 13, p. 36.
- Loperena Rota, Demetrio, El derecho al medio ambiente adecuado, Editorial Civitas, Madrid España, 1998.
- López Alfonsín, Marcelo, Derecho ambiental, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.
- López, Ramón Fernando, Introducción general: regresiones del Derecho ambiental”, en Fernando López Ramón (Coord.) y otros Colaboradores, Observatorio de Políticas Ambientales 2011, Editado por Aranzadi y Thomson Reuters, Navarra, junio 2011.
- Malm Green, Guillermo, Spensley, James W., Aproximación a una teoría de los principio del derecho ambiental, LL, 16 de septiembre de 1994.
- Martín Mateo, Ramón, Manual de Derecho ambiental, Editorial Trivium, Madrid, España, 1998
- Nikken, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo, Editorial Civitas, IIDH., Madrid, 1987.
- Peña Chacón, Mario, El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense, en Revista Judicial, Costa Rica, Nº 104, Junio 2012 y Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 24, Febrero 2013, España, www.cica.es/aliens/gimadus/
- Plá Rodríguez, Américo: Los principios generales del derecho del trabajo, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, Nº 3, mayo 1979.
- Prado, Juan José - García Martínez, Roberto: Instituciones de Derecho Privado, cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985

- Prieur, Michel, Princípio da proibição de retrocesso ambiental, publicado em Princípio da proibição de retrocesso ambiental, Editado por Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle de Senado Federal de Brasil, Brasília (DF), p. 11.
- Real Ferrer, Gabriel, El Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad, Editado por Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales.
- Sagüés, Néstor Pedro, Los principios específicos del Derecho Constitucional, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad externado de Colombia.
- Sozzo, Gonzalo, El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino de la Conferencia de Rio+20, Publicado en SJA 28/12/2011, (Abeledo Perrot Nro. 0003/015705).
- Tribe Laurence American constitutional law, 2da edición, Foundation Press, Nueva York, 1988, ps. 1465-1553; Stone Geoffrey Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R. y Tushnet Mark, Constitucional law, Little Brown & Co. Boston Toronto, 1986, ps. 495 y siguientes.

NOTAS

1. Abogado graduado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, Máster en Derecho Ambiental, Sociedad de Estudios Vascos (Eusko Ikaskuntza), Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea) y el Servicio de Documentación Jurídico Ambiental la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, profesor de grado (UNMDP), y posgrado (UBA, UTN, UNLM), miembro de la Academia nacional de Ciencias Jurídicas de Córdoba. jaesain@yahoo.com.ar
2. El presente artículo ha tomado como base el artículo PROGRESIVIDAD, GRADUALIDAD, NO REGRESIÓN Y EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL AL AMBIENTE, publicado en Cafferatta Néstor (Director) Revista de Derecho Ambiental, nro. 34, Abril/junio 2013 Abeledo Perrot, Buenos Aires (en prensa).
3. Esain, José Alberto, "El principio de Progresividad en materia ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, Cafferatta Néstor (Director) Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires, Octubre 10 de 2007 páginas 11/23.
4. Prieur, Michel, "Princípio da proibição de retrocesso ambiental", publicado em Princípio da proibição de retrocesso ambiental, Editado por Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle de Senado Federal de Brasil, Brasília (DF), p. 11.
5. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 24/5.
6. Contreras Peláez, Derechos sociales: teoría e ideología, Madrid, 1994, p. 21, citado en Abramovich Víctor y Courtis Christian, op. cit., p. 25.
7. Contreras Peláez, op. cit., p. 17-20; B de Castro, "Los derechos sociales: análisis sistemático", en AAVV, Derechos económicos sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos, Murcia, 1981, p 15/17.
8. Canosa Usera, Raúl, Constitución y medio ambiente, con Prólogo de Lucas Verdú, y presentación y selección de jurisprudencia a cargo de Susana Ynes Castañeda Otsu, Jurista editores, Lima Perú, 2004.
9. Lijphart Arend, Las democracias contemporáneas, 2da Edición, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
10. Lewis afirma que el significado primigenio de democracia es que "todos los que se ven afectados por una decisión deben tener la oportunidad de participar en la toma de esta decisión, bien directamente o por medio de representantes elegidos". Su significado secundario es que "debe prevalecer el deseo de la mayoría". Si esto significa que los partidos ganadores pueden tomar todas las decisiones de gobierno y que los perdedores pueden criticar pero no gobernar - aduce Lewis - los dos significados son incompatibles: "excluir a los grupos perdedores de la participación en la toma de decisiones viola claramente el significado primario de democracia (W. Arthur Lewis, "Politics in West Africa", Londres, George Allen and Unwin, 1965, pp. 64-65, citado por Arend Lijphart, "Las democracias contemporáneas", 2da Edición, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 37).
11. Raúl Canosa Usera, op. cit., p.43.
12. Dice Gabriel Real Ferrer que el enfoque cronológico de desarrollo del derecho

ambiental se puede ordenar por impulsos que provocan el desarrollo de la disciplina. Dice el autor: “En lo que denomino las olas, la primera ola corresponde a la primera vez que hay un acuerdo mundial sobre la necesidad de tomar medidas debido a que transitamos un camino que nos lleva directamente al colapso ambiental y por lo tanto a un fracaso social. Esta primera ola la podemos visualizar en la Conferencia de Estocolmo de 1972, y cuyo trasunto legislativo fue la irrupción de lo ambiental en las Constituciones que se aprobaron desde esa fecha. Veinte años después ocurrió la segunda, la de Río, que se vio reflejada en las legislaciones de todos los países. La importancia de Río 92 es evidente, pues es a partir de entonces cuando se generalizaron una serie de instituciones jurídico-ambientales en las legislaciones de la mayoría de los países. La tercera ola -Johannesburgo 2002- debió introducir un cambio conceptual de primera magnitud del que debía inferirse la gran revolución jurídica que veníamos demandando pero que aún no se produjo. Así, el mero enunciado de las sucesivas conferencias de Naciones Unidas nos muestra la evolución que ha habido en la interpretación del problema ambiental” (Real Ferrer Gabriel, “El Derecho ambiental y el derecho de la sostenibilidad”, Editado por Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales).

13. Tomados de Martín Mateo, Ramón, Manual de Derecho ambiental, Editorial Trivium, Madrid, España, 1998, p. 68.
14. López, Alfonsín Marcelo, Derecho ambiental, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 84/5.
15. TCE 41/1993/436/515, sentencia del 9 de diciembre de 1994.
16. Para comprender la trascendencia de la sentencia “López Ostra” veamos el considerando 51 que dice: “No obstante, va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado. Tanto si, como lo desea la demandante, se aborda la cuestión bajo el ángulo de las obligaciones positivas de los Estados - adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del párrafo 1 del artículo 8 - como si se aprecia desde la perspectiva de las injerencias de las autoridades públicas en los términos del párrafo 2 los principios aplicables son muy parecidos. En ambos casos y a pesar del amplio margen de apreciación con que cuentan los Estados, ha de procurarse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad. Además incluso para las obligaciones positivas que resultan del párrafo 1, los objetivos enumerados en el párrafo 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del deseable equilibrio entre el interés general y el derecho individual”.
17. Seguiremos en esto el informe Brañes Raúl, Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano, su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, Editado por el PNUMA Oficina regional para América Latina y el Caribe, México 2001.
18. Dice la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo, Suecia, entre los días 5 y 16 de junio de 1972 en su Principio 1 “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad

tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

19. La Declaración de Río de Janeiro, Brasil, Del 14 de junio de 1992 estableció solemnemente que “los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente” (Principio 11 de la Declaración de Río), reconociendo de esta manera la importancia que le atribuía al derecho como instrumento de los cambios ambientales propiciados por la propia Conferencia. En consonancia con este reconocimiento, la Agenda 21 consignó los compromisos básicos que los Estados habían asumido en el plano jurídico para hacer efectivos los cambios ambientales planteados por la misma Agenda 21. Estos compromisos se expresaron, de manera general, en el capítulo 8, que se refiere a la integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones. Allí se incluye, como área de programa, lo que se denomina “el establecimiento de un marco jurídico y reglamentario eficaz”. Además, la Agenda 21 le reconoció una importancia especial al derecho internacional como medio de ejecución de la propia Agenda, al que le destinó todo el capítulo 39. El tema jurídico, sin embargo, se encuentra en toda la Agenda 21, es decir, no sólo en los mencionados capítulos 8 y 39, sino que a lo largo de sus cuarenta capítulos. En efecto, son continuas las referencias que se hacen a la instrumentación jurídica de los cambios ambientales que se proponen en la propia Agenda en cada uno de sus capítulos. No ocurre lo mismo con la Declaración de Río, cuyo texto breve y conciso – integrado por sólo veintisiete principios – contiene pocas referencias al tema jurídico. Estas referencias consisten en la mención de dos derechos: el derecho de las personas “a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza” (Principio 1) y el “derecho soberano [de los Estados] de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo” (Principio 2), así como a la necesidad de legislar en materia de daños, de participación social en la gestión ambiental y de acceso a la justicia, como se verá más adelante (Brañes Raúl, op. cit., 31/2).
20. Para una revisión profunda del tema recomendamos López Alfonsín Marcelo, op. cit., ps. 44/81. Recordamos siguiendo ese análisis entre otras, las de Catamarca y San Juan de 1988, Córdoba 1987, Río Negro 1988, Formosa 1991 (hasta su reforma de 2003), Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur de 1991 (ps. 56/7).
21. Como dice Bazán “Sin duda, a la clara impronta obligacional que la reforma constitucional ha erigido sobre el Estado argentino en materia de derechos humanos en general, y de DESC. en particular, viene a sumarse el hecho de que en fecha relativamente reciente, en concreto el 23/10/2003, nuestro país ha procedido a depositar en Washington el instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la CADH. en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador, que fuera suscripto en 1988” (Bazán Víctor, “Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales”, SJA 25/8/2004; JA 2004-III-914).
22. Albanese Susana, “El sistema universal de protección de los derechos humanos”, capítulo XI en Derecho Constitucional, Editorial Universidad, ps. 407/525, citado por Esain José, op. cit.

23. Albanese Susana, op. cit., ps. 407/525.
24. Albanese, Susana “El sistema universal de protección de los derechos humanos”, capítulo XI del texto “Derecho Constitucional”, con prólogo de Giuseppe Vergottini, Editorial Universidad, páginas 407/525.
25. Conforme Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 25. En igual sentido el segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59, re., 2 de junio de 2000, Capítulo VI, par. 6 que vuelve a decir que “el carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos”.
26. Courtis. Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introducción”, en Courtis Christian (compilador), Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Editores Del Puerto SA, Buenos Aires, 2006, ps. 18/9.
27. Courtis, Christian, op. cit., p. 20.
28. La citada autora destaca que -desde esta perspectiva- corresponde a efectos de implementar los derechos convencionales considerar los indicados principios. Según ellos un Estado falla cuando no dio el paso necesario que la Convención requiere, o cuando no remueve rápidamente un obstáculo para la realización de un derecho, o cuando deja de implementar el ejercicio de un derecho; asimismo falla el Estado cuando no permite alcanzar un estándar mínimo generalmente aceptado de cumplimiento, o cuando aplica una limitación a un derecho reconocido en la Convención que no está de acuerdo con ella. También entran en esta indebida posición los Estados que provocan demoras o altos deliberados en la progresiva realización de un derecho, a menos que se esté actuando dentro de una limitación permitida por el Convenio o por la falta de recursos disponibles. Finalmente, falla un Estado parte al no someter los informes que le son requeridos de acuerdo con el Convenio (aprobado por un grupo de expertos en Maastricht, 2/6 de junio de 1986, texto reproducido por Naciones Unidas en E/CN.4/1987, citado en doc. n. 22). Citando a Nikken, la especialista nos dice que “los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos [a los derechos económicos, sociales y culturales] ‘hasta el máximo de los recursos disponibles’ y, si esto es así, la realización de tales derechos representa una prioridad jurídicamente definida cuyo desconocimiento en la práctica es ilegítimo”. Además afirma que no puede verse “progresividad como un mecanismo para despojar de contenido cierto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad” (Nikken, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo, Ed. Civitas, IIDH., Madrid, 1987, p. 127).
29. Explica Courtis que esta distinción es recogida por Paul Hunt, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud donde distingue entre indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de evolución. Los primeros son indicadores que permiten evaluar la incorporación de instrumentos normativos de desarrollo y garantía del derecho a

- la salud (Courtis Christian, op. cit., p. 3/4).
30. Diccionario de la lengua española (1984) Real Academia Española, Vigésima Edición, Tomo II, H-Z, pág. 1.104, Madrid.
 31. Diccionario de la lengua española (1984) Real Academia Española, Vigésima Edición, Tomo II, H-Z, pág. 1.155, Madrid.
 32. Según la tesis positivista los principios generales sólo son los que se encuentran receptados expresa o implícitamente en el derecho positivo; en cambio, la posición iusnaturalista atribuye a dichos principios una existencia anterior e incluso superior al derecho positivo, de modo que -según esta concepción- al lado de los principios positivos, y aun por encima de ellos, existen los principios de derecho natural (De la Fuente, Horacio H., "Título: Los principios generales del Derecho", SJA 6/8/2008 ; JA 2008-III-1151).
 33. Jaquenod de Zsögon, Silvia, El derecho Ambiental y sus principios rectores, Editorial Dykinson 1991, p. 350.
 34. Bestani Adriana, Principio de precaución, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 140/1.
 35. Alexy Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Tr. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.
 36. Loperena Rota, Demetrio, "El derecho al medio ambiente adecuado", ed. Civitas, Madrid España, 1998, p. 67.
 37. Prado, Juan José - García Martínez, Roberto: "Instituciones de Derecho Privado", cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985; citado por Néstor Cafferatta en "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, Antecedentes Parlamentarios, Ed. La Ley, Mayo de 2003, pág. 673.
 38. Plá Rodríguez, Américo: "Los principios generales del derecho del trabajo", Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, Nº 3, p. 35, mayo 1979 citado por Néstor Cafferatta en "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, Antecedentes Parlamentarios, Ed. La Ley, Mayo de 2003, pág. 673.
 39. García de Enterría, Eduardo: "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo", p. 194, Nº 40, Revista de Administración Pública, Madrid, citado por Néstor Cafferatta en "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada, Antecedentes Parlamentarios, Ed. La Ley, Mayo de 2003, pág. 673.
 40. Sagüés, Néstor Pedro Los principios específicos del Derecho Constitucional, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad externado de Colombia, ps. 11/12.
 41. Malm Green. Guillermo y Spensley, James W, "Aproximación a una teoría de los principio del derecho ambiental", LL, 16 de septiembre de 1994, citado por Néstor Cafferatta op. cit., pág. 1133.
 42. Muchos de los artículos de la ley 25.675 se verifican como normas de efecto directo pues obligan y se deben aplicar desde su fecha de publicación (son de orden público), pero además son principios de interpretación del resto del sistema.
 43. Cafferatta, Néstor, "Reformulación del principio de progresividad a diez años de la Ley 25675 General del Ambiente. Avances y novedades", en Revista de Derecho

Ambiental Julio- Septiembre 2012, N° 31 Cafferatta Néstor (Director) Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 1.

44. Dice en ese sentido Norberto Bobbio que la esencia de la distinción entre la derecha y la izquierda, o a partir de ahora, entre las derechas y las izquierdas (pues hay graduaciones en cada familia) es la diferente actitud que las dos partes -el pueblo de la derecha y el pueblo de la izquierda- muestran sistemáticamente frente a la idea de igualdad. Así se pueden verificar que: a) aquellos que se declaran de izquierdas dan mayor importancia en su conducta moral y en su iniciativa política a lo que convierte a los hombres en iguales, o a las formas de atenuar y reducir los factores de desigualdad; b) los que se declaran de derechas están convencidos de que las desigualdades son un dato ineliminable y que al fin y al cabo ni siquiera deben desear su eliminación. El autor propone que el igualitario es quien tiende a atenuar las diferencias y no igualitario quien tiende a reforzarlas. De esta manera Norberto Bobbio se encarga de describir las tendencias que distinguen a los que postulan las que él denomina las cuatro fuertes posturas políticas ideológicas de hoy: 1) Extrema izquierda (jacobinismo) movimientos y doctrinas igualitarios y autoritarios; 2) Centro izquierda, socialismo liberal y la socialdemocracia. Movimientos a la vez liberales e igualitarios; 3) Centro derecha: partidos conservadores que son fieles al método democrático pero que se detienen en la formal igualdad ante la ley; 4) Extrema derecha (fascismo). En esta postura aparece el nazismo los movimientos y doctrinas antiliberales y a la vez anti-igualitarios. En ese sentido la razón de ser de los derechos sociales como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación tienen una razón de ser igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad, entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social (Norberto Bobbio, *Derecho e Izquierda*, ed. Donzelli Roma, Grupo Santillana, colección "Punto de lectura", p. 143).
45. Bibiloni, Homero, "Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica, J.A, 7 de marzo 2001, Número especial de Derecho Ambiental, 1º parte citado por Néstor Cafferatta en "Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada", DJ, 2002- 3, pág. 1133.
46. Courtis, Christian, op. cit. ps. 18/9.
47. Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introducción", en Courtis Christian (compilador), *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores Del Puerto SA, Buenos Aires, 2006, ps. 18/9.
48. Respecto a la tesis desreguladora (denominada en Argentina derecho ambiental eficaz) se puede ver De Benedictis, Leonardo "Tendencias expansivas del derecho ambiental en Argentina, Un enfoque crítico pensando en un derecho más eficaz", publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* el 01-12-2011, Cita: U-L-315
49. Prieur, Michel, op. cit., p.12.
50. Peña Chacón Mario, "El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", en *Revista Judicial, Costa Rica*, N° 104, Junio 2012 en donde se puede revisar una muy completa reseña de la jurisprudencia de ese país respecto a este principio.
51. Sozzo, Gonzalo, "El principio de no regresión del derecho ambiental en el camino

- de la Conferencia de Rio+20”, Publicado en SJA 28/12/2011, (Abeledo Perrot Nro. 0003/015705).
52. Prieur, Michel, op. cit., ps.13/4.
 53. Prieur, Michel, op. cit., ps. 16/7.
 54. Dice Gonzalo Sozzo que “en el actual contexto de transformación del modelo de progreso aparece la idea de no regresión en el campo ambiental: no disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso. Cuando se realiza una mirada retrospectiva sobre el precursor del derecho ambiental en su reciente historia en el plano internacional, regional y nacional, se llega rápidamente a dos conclusiones: la primera, que los logros se obtuvieron en un tiempo relativamente breve; la segunda, que el nivel de resultados alcanzados es importantísimo. En este momento se percibe una cierta desaceleración y aparecen con mayor evidencia intentos de hacer retroceder el derecho ambiental, lo que no constituye otra cosa que una prueba que permite constatar la particular inestabilidad de la regulación ambiental derivada de la profunda lucha de intereses que subyace en el trasfondo. Existe regresión cuando se protege de manera menos eficaz el medio ambiente en términos de no garantizar o garantizar en menor medida el volumen de bienes a ser transmitidos” (Sozzo Gonzalo, op. cit.).
 55. Sozzo, Gonzalo, op. cit.
 56. Berros, María, “Construyendo el principio de no regresión en el derecho argentino”, Publicado en SJA 28/12/2011. En idéntico sentido se expresa Anís Casim, “Derecho ambiental: conclusiones y debates acerca del principio de la no regresión”, publicado en El Paraninfo, número de septiembre de 2012. No es casual que tanto Sozzo, Berros y Casim se expresen de manera coincidente. Esto tiene que ver con que los tres forman parte del grupo que en la República Argentina más ha trabajado el tema no regresión. Bueno es saber –siguiendo el relato de Berros- que en el año 2010, un grupo de investigadores franceses del Centre International de Droit Comparé de l’Environnement (CIDCE), con sede en el Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de l’Environnement, l’Amenagement du Territoire et l’Urbanisme (CRIDEAU), de la Universidad de Limoges, y un grupo de investigadores argentinos del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) de la Universidad Nacional del Litoral (UNL) presentamos en la Convocatoria 2010 de ECOS Sud - Ministerio Nacional de Ciencia y Tecnología (MINCYT) un proyecto de investigación sobre la construcción del principio de no regresión en el ámbito del derecho ambiental con el objetivo de diseñarlo en este campo jurídico. Sobre la base de la detección de esta problemática, se presentó el proyecto con miras a poder efectuar aportes concretos en la construcción del principio en el derecho ambiental. Este proyecto fue aprobado hacia fines de 2010, y así, en 2011, el Proyecto de Investigación Binacional denominado “La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y perspectivas”, código A10H03, comenzó a ejecutarse. Se aprobaron diecisiete proyectos, tres en el área de ciencias humanas y sociales (el referido a la problemática de la no regresión se encuentra dirigido por Michel Prieur (CIDCE) y Gonzalo Sozzo (UNL) e integrado por Gérard Monédiaire y Christophe Krolik (CIDCE) y María Valeria Berros y Luciana Sbresso

(UNL), equipo originario que, luego del primer año de desarrollo, aspira a ser ampliado mediante la incorporación de investigadores de ambas instituciones, tal como fue solicitado en el primer informe de avance presentado). Como parte de las actividades encuadradas en el proyecto, se llevó a cabo en el Centro de Investigaciones de la FCJS de la UNL, en Santa Fe, el I Seminario Internacional Francia-Argentina el 26/4/2011. En la segunda mitad del año, los días 22 y 23/9/2011, se llevó a cabo en Limoges, Francia, el II Seminario franco-argentino de similares características (Participaron los integrantes del proyecto Michel Prieur, Gérard Monédiaire, Christophe Krolik, Gonzalo Sozzo, María Valeria Berros y Luciana Sbresso, así como dos investigadores invitados especialmente al seminario, Leticia Barrera y Guillermo Moro). Allí se profundizó la discusión. A fines del mismo mes, se llevó a cabo en Limoges el encuentro “Rio+20: quelle ambition pour l’environnement? 3^{ème} reunion mundial des juristes et des associations de droit de l’environnement”, que reunió a juristas dedicados a la problemática ambiental de diversos Estados representativos de los cinco continentes. Luego de un trabajo de tres días organizado en torno a la presentación de temas y problemáticas considerados relevantes de cara a la reunión Rio+20, prevista para junio de 2012, se produjo un documento denominado “Convocatoria de Juristas y de Asociaciones de Derecho Ambiental”, que fue abierto a la firma de juristas de todo el mundo, en el cual, entre los puntos acordados, se convoca a los Estados a la concreción de un principio de no regresión en el derecho ambiental (apart. II.1 de la Convocatoria).

57. Jonas, Hans, El principio de responsabilidad, ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Editorial Herder, Barcelona, 1er edición 1979, 3er impresión 1995, p. 39.
58. Jonas, Hans, op. cit., p. 41. Para ver la fundamentación desde la metafísica se puede ver las páginas que van desde la 91 en adelante.
59. Prieur, Michel, op. cit., p. 19/20.
60. Seguimos en esto la nomenclatura del constituyente de 1994 en el artículo 75.23 CN.
61. Esain, José Alberto, op. cit.; en coincidencia con nuestro trabajo Franza, Jorge A., “Principio de no regresión del derecho ambiental”, publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales del 28-11-2012 (IJ-LXVI-422).
62. Lloret, Juan Sebastián y Giacossa, Natalia, “El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación”, JA, 2011, IV, fascículo 13, p. 36.
63. En esto los autores asimilan gradualismo a progresividad a diferencia de nuestra tesis que entiende al gradualismo y la no regresión como parte de la progresividad.
64. Lloret, Juan Sebastián y Giacossa, Natalia, op. cit.
65. Para ver los fundamentos de cada uno de estos espacios se puede consultar el trabajo de Peña Chacón Mario que hemos citado previamente.
66. Courtis, Christian, op. cit., p. 20.
67. López, Ramón Fernando, “Introducción general: regresiones del Derecho ambiental”, en Fernando López Ramón (Coord.) y otros Colaboradores, Observatorio de Políticas Ambientales 2011, Editado por Aranzadi y Thomson Reuters, Navarra, junio 2011, p. 19.
68. Ver Jonas, Hans, op. cit. p. 40.

69. Esain, José, “El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los feed lots. La Sup. Corte Just. Bs. As. aplica la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Consejo de Estado francés tomando al principio de precaución como elemento para apreciar la razonabilidad de un acto administrativo en el marco del poder de policía ambiental”; Nota a fallo Sup. Corte Bs. As., 19/2/2002 “Ancore S.A. y otros v. Municipalidad de Daireaux” publicado en JA 2002-IV-392.
70. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo editado por la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, ps. V 10 y 11.
71. Agirretxe Ollo, María L., “Módulo 8, Licencias inspecciones, registros y sanciones”, publicado por el Master en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, impreso por el Servicio de Documentación de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, ps. 2/3.
72. Curtis, Cristian, op. cit., p. 22.
73. Ver Tribe Laurence American constitutional law, 2da edición, Foundation Press, Nueva York, 1988, ps. 1465-1553; Stone Geoffrey Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R. y Tushnet Mark, Constitucional law, Little Brown & Co. Boston Toronto, 1986, ps. 495 y siguientes.
74. Curtis Cristian, op. cit., p. 30 citando Tribe American Constitutional law, cit. p. 1465 citando la famosa frase del juez Stone en el fallo “United States vs. Carolene Products Co.” 304 US 144, 152-53 nro. 4 (1938). Como se sabe la Corte de EEUU ha considerado como categorías sospechadas la utilización de la raza, etnia, condición de extranjero, hijo extrapatrimonial, género.
75. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13 (“El derecho a la educación”), Párrafo 45; Observación general 14 (salud, párrafo 32).
76. Explica Courtis que esta distinción es recogida por Paul Hunt, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud donde distingue entre indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de evolución. Los primeros son indicadores que permiten evaluar la incorporación de instrumentos normativos de desarrollo y garantía del derecho a la salud (Courtis Christian, op. cit., p. 3/4).
77. La Corte Suprema de Justicia de Argentina en autos Q. 64. XLVI. RECURSO DE HECHO “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” en sentencia del 24 de abril de 2012 ha aceptado la necesidad de adoptar un sistema de indicadores en materia de vivienda digna.
78. Gargarella, Roberto, Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 25/7.
79. B.O.: 20/12/2006.
80. Para recorrer las principales resoluciones judiciales en aplicación de este y otros principios ver Duverges Dolores María, “La Justicia y los Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental” en Presupuestos Mínimos De Protección Ambiental II Recomendaciones Para Su Implementación y Reglamentación, Edición a cargo de María E. Di Paola, Organizado por: Fundación Ambiente y Recursos Naturales en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN en el marco de su Programa de Derecho Ambiental con la colaboración del Comité de Estudios Ambientales del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales

Auspiciado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Buenos Aires, 2006.

81. CSJN M. 1569. XL, ORIGINARIO “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). El auto mereció notas destacadísimas de Augusto Mario Morello, “Aperturas y contenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA, 2006-III, 304; Daniel Sabsay “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza Riachuelo”, LL, 11/07/2006, pp. 4; Eduardo Pigretti, “Aciertos y desaciertos del fallo que anotamos” (caso Mendoza) ED 20-11-2006; Carlos Camps, “Derecho procesal ambiental: nuevas pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, pp. 201, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial LEXIS NEXIS; Mario Valls, “Sigue la causa M. 1569 XL-Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- riachuelo)”, CSJN, 20/06/2006”, en www.eldial.com. Suplemento Derecho Ambiental, 2006; Carlos Rodríguez, “La defensa de los bienes públicos ambientales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ 2006-2-703; Gala Barbieri, “El activismo judicial tuvo que enfrentar, una vez más. a la disfuncionalidad administrativa”, Suplemento La Ley Administrativo, pp. 54, 6 de septiembre 2006; y nuestro aporte en coautoría en José Alberto Esain y Gabriel a García Minella “Proceso y ambiente: Mucho más que ...Corte a la contaminación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, pp. 220, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial Lexis Nexis;
82. Cámara Federal Bahía Blanca sala 1, 11.5.2006, Werneke Adolfo G. y otros c/ Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires, publicado en la revista de Derecho Ambiental de Lexis Nexis número 8, octubre diciembre de 2006, Néstor Cafferatta (coordinador), pp. 159/171 y con dos notas de excelencia: Gabriela García Minella, “Bahía San Blas: Un lugar en el mundo”, en la misma edición ps. 171/186, y Juan Martín Vezzula, “La Protección del desarrollo sustentable en el caso “Bahía San Blas”, un enfoque sistémico e intergeneracional”.
83. W. 140. XLII. Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/ Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo - med. cautelar” y W. 107. XLII. RECURSO DE HECHO “Werneke, Adolfo Guillermo y otros c/ Subsecretaría de Actividades Pesqueras de la Provincia de Buenos Aires s/ reclamo contra acto de particulares” ambas sentencias del 14.10.2008.
84. Para consultar notas a este fallo ver Néstor Cafferatta “Ruido excesivo en autopistas” en DJ 2004-2 pp. 250, o José Esain “Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva”, publicada en el diario La Ley LL 2004-C-1019.
85. Hemos anotado esta sentencia en Esain José, “Derecho ambiental: Un caso de ruidos molestos generados por el tránsito automovilístico en una autopista. La ejecución de la sentencia ambiental y la justicia cumpliendo roles de la administración omisiva”, publicada en La Ley LL 2004-C-1019.



BRASIL

UN PHOTO/MICHOS TZOVARAS

ENSAIO SOBRE O ESTADO DE RETROCESSO AMBIENTAL: É POSSÍVEL NÃO RETROCEDER NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA?*

PATRYCK DE ARAÚJO AYALA¹

SUMÁRIO

1. O Estado ambiental e os problemas ambientais de segunda geração.
 - 1.1. 1.2. O que deve ser e o que não pode ser um Estado ambiental.
2. O que se deve proteger? Os imperativos de proteção do meio ambiente e das futuras gerações como partes do projeto de comunidade política protegido pela Constituição. 2.1. O mínimo de existência em matéria ambiental.
3. Como se deve proteger? A proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental. 3.1. Os fundamentos normativos de um imperativo de não retorno nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e na constituição brasileira. 3.2. O teste de retrocessividade das medidas.
4. O Estado brasileiro proporciona, neste momento, a concretização dos objetivos de uma Constituição ambiental? O Estado de retrocesso ambiental. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em um contexto em que resulta cada vez mais visível a aceleração dos processos de modificação de forma extrema os sistemas climáticos globais, e que representam uma real possibilidade de comprometimento dos rumos da existência da humanidade, o problema central que é proposto neste trabalho implica indagar como propostas que exponham a flexibilização de normas de proteção ambiental [e portanto, da tarefa estatal de proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais, incluído aquele na condição de um dos direitos fundamentais de interesse a esta exposição, senão o mais relevante para este fim] podem ser admitidas pelo projeto político e de sociedade definido pela ordem constitucional brasileira, analisando as razões que fundamentariam a hipótese proposta.

O texto enfatiza que uma vez que foi atribuído ao Estado o dever de

proteger o meio ambiente, através de suas funções, e assegurar o acesso em igual qualidade aos direitos fundamentais que possam decorrer desta proteção, e uma vez que o exercício dos deveres estatais de proteção e dos deveres fundamentais devem ser contextualizados em um espaço influenciado por uma nova cultura constitucional, o reconhecimento e a afirmação de um dever de solidariedade, [que constitui um dos primados da República], constitui o fundamento capaz de justificar a redefinição do alcance de tais deveres. A questão que ganha ênfase nesse contexto de uma cultura constitucional adaptada à realidade de uma comunidade moral global, e que sujeita esta comunidade a novas respostas é: a que [objetivos] esse Estado está vinculado?

Situando a questão sob o plano ético, se à humanidade não foi conferido o direito ao suicídio ou não lhe está assegurada a liberdade de escolhas ao ponto de ser possível que tome uma decisão que possa resultar em sua extinção, na cessação de sua existência, também se encontra fora do alcance das escolhas públicas, realizadas sob o plano de suas instituições, a capacidade de dispor sobre os rumos de existência da humanidade. (Jonas, 1995, p. 83-84; Jonas, 1998, p. 69-116). Esta conseqüência argumentativa não tem sua origem exclusiva em uma discussão ética, sendo possível [e este é o segundo objetivo determinante desta exposição] situá-la no plano normativo e político das escolhas e dos projetos para o bem-estar de uma determinada sociedade e para o futuro de sua existência.

Sob semelhante perspectiva, a afirmação e a elaboração de deveres para com as futuras gerações, a consideração destes interesses no contexto do conjunto das decisões políticas fundamentais de uma comunidade, e o desenvolvimento de estruturas institucionais ecologicamente sensíveis, baseadas na concretização de princípios cujo sentido depende da consideração direta de juízos de decisão sujeitos a escalas de tempo e a referências morais diferenciadas [desenvolvimento sustentável e a responsabilidade de longa duração] proporcionam que se possa justificar severas restrições e condicionamentos às escolhas que poderão ser realizadas pelo Estado para o fim de assegurar que sejam alcançados seus objetivos e concretizadas as tarefas que lhes foram reservadas.

Partindo-se da afirmação de uma imagem de ordem jurídica que seria capaz de favorecer a proteção de todas as formas de vida a partir de um conjunto de pressupostos determinados, e levando-se em consideração um contexto de sistemática flexibilização das normas ambientais no Brasil, o trabalho investiga ao longo de quatro seções, se e até que ponto o Estado brasileiro protege adequadamente bens que são essenciais ao desenvolvimento da vida, e se de fato, seria possível reconhecer na ordem jurídica brasileira, uma realidade de concretização dos direitos fundamentais convergente com os compromissos de um Estado ambiental.

Essas duas questões ainda poderiam motivar a proposição de outras

duas: O Estado brasileiro está vinculado a um imperativo de não retorno nas suas escolhas sobre como proteger o direito fundamental ao meio ambiente? O Estado brasileiro desenvolve seu compromisso com imperativos ecológicos por meio de suas escolhas?

No primeiro momento busca-se esclarecer o que significa admitir a existência de um Estado ambiental para uma determinada experiência jurídica (o que não é um Estado ambiental, e o que poderia ser um Estado Ambiental). No segundo momento pretende-se expor o objeto de proteção desse Estado ambiental, identificando que compromissos e que projetos ele se propõe concretizar, para depois fixar como se dá essa proteção e, se de fato, esse Estado protege os bens e os valores que esta sociedade reputou tão importantes que os posicionou fora do alcance das decisões majoritárias.

Portanto, o texto propõe determinar, primeiro, o que deve ser e o que não pode ser um Estado ambiental para depois identificar que a que valores, projetos e compromissos uma ordem jurídica baseada na imagem de um Estado ambiental se encontra vinculada. Nos dois momentos finais, os problemas de como um Estado ambiental deve proteger tais valores expõem a necessidade de identificar como ele será capaz de proteger uma realidade que proporcione o mínimo existencial em sua dimensão de integridade (social porque também ecológica), enfatizando a importância, nesse processo, da consideração de um imperativo de não retorno, ou de cláusulas de não retrocesso nos níveis de proteção do meio ambiente. O texto trabalha com a premissa de que um Estado ambiental não é capaz de favorecer níveis essenciais de qualidade do meio ambiente senão, e no mínimo, por meio da manutenção e do não retorno nos padrões de proteção já atingidos pela ordem jurídica.

O plano é assim proposto para o fim de preparar adequadamente a reflexão reservada para o seu momento de conclusão. O problema sugerido nessa ocasião seria: se um Estado ambiental depende, antes de tudo, da manutenção e da elevação dos padrões materiais, sociais, e econômicos para viabilizar os compromissos de seu projeto político (que é um projeto de longa duração e comprometido com a vida), seria possível reconhecer na experiência jurídica nacional, e por meio de um teste de retrocessividade, manifestações de um Estado ambiental, ou, na verdade, neste momento suas ações exporiam a (nociva) imagem de um assim denominado Estado de retrocesso ambiental?

O texto não tem, naturalmente, o propósito de eliminar controvérsias, limitando-se tão somente a propor uma abordagem possível ao problema e que parece exigir, neste momento, o seu lugar no centro dos problemas dogmáticos de relevância de nossa comunidade política de riscos.

1. ESTADO AMBIENTAL E OS PROBLEMAS AMBIENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Em um contexto em que resulta cada vez mais visível a aceleração dos processos de modificação de forma extrema os sistemas climáticos globais, e reconhecendo-se que as ações de conservação da biodiversidade e de restauração de danos ambientais podem contribuir de forma decisiva para cenários de adaptação² e mitigação³ de tais efeitos, o problema central proposto neste texto implica indagar como uma determinada experiência jurídica ainda seria capaz de proporcionar níveis de proteção suficientes diante de uma realidade de riscos como a descrita, consubstanciados em riscos climáticos, ou problemas ambientais de segunda geração⁴.

O que estes problemas representam sob o plano prático e qual a razão de merecerem tamanha relevância para as ações de Estados, governos, da comunidade científica, de cada um de nós e de toda a comunidade internacional?

O que sempre foi tratado pelo jurista como um problema que interessava à qualidade de vida, passa a se fixar, em toda a sua realidade, como um cenário que implica que sejam tomadas decisões relacionadas à própria sobrevivência de todas as formas de vida, vinculando de forma reforçada, como nunca se verificou antes, as escolhas que cada pessoa realiza, e que cada Estado, sobre os rumos que superam sua própria existência e de suas gerações futuras, alcançando o destino de todos em uma escala global.

A realidade dos atuais problemas ambientais encontra-se muito bem representada pelos efeitos das mudanças climáticas globais: efeitos imprevisíveis, de larga escala, invisíveis, de grande potencial ofensivo, e que redefinem este contexto de uma sociedade de riscos, uma sociedade que é contemporânea e que reforça os liames de solidariedade e de coresponsabilidade de tal modo que nunca se teve notícia anterior.

Sob semelhante contexto, impõe-se investigar que arranjo institucional seria capaz de viabilizar os níveis mínimos de proteção definidos pelos projetos existenciais veiculados pelas ordens constitucionais e por uma ordem global⁵, e mais concretamente, se já seria possível identificar semelhante arranjo na experiência jurídica brasileira.

A influência de uma ordem pública global sobre o sentido das ações públicas no Direito brasileiro pode ser visualizada já a partir de sua arquitetura constitucional, que encontra seu fundamento em um dever geral de solidariedade com a humanidade, mensagem emancipatória que foi considerada no âmbito de um projeto político de sociedade que prioriza e enfatiza o bem-estar coletivo como tarefa determinante da qual depende a manutenção da ordem pública e social.

Sob esse contexto ganha ênfase a posição angular que recebe o princípio da dignidade da pessoa humana em semelhante regime de governança, que projeta suas conseqüências em realidades sociais e ecológicas da existência da pessoa nesse espaço público.

Baseado no primado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e em um dever geral de solidariedade para com a humanidade (artigo 3º, inciso I e artigo 225, caput), modificações substanciais podem ser constatadas no projeto de ordem social proposto pela Constituição brasileira, e que também se projeta como uma tendência em visível expansão em outras experiências ocidentais⁶.

A afirmação política e normativa de um objetivo de solidariedade e de um compromisso com as gerações presentes e futuras, como os que se encontram expressos nos artigos 3º, inciso I, e 225, caput da Constituição brasileira, impõe a sujeição do Estado e dos particulares ao dever de auto-restrição no livre exercício da autonomia da vontade.

Nem todas as escolhas são toleráveis e admissíveis pelo projeto de sociedade [que neste caso, também é um projeto de futuro] definido pela ordem constitucional brasileira. Cumpre às funções estatais obstar excessos na definição das escolhas sobre como é possível e como se desenvolverá a existência da humanidade.

A subtração de tal capacidade de escolha [que também se encontra assegurada às futuras gerações], e a sujeição dessa sociedade a modelos determinados de desenvolvimento, incapazes de assegurar a existência de todas as formas de vida, representam comportamentos de deslealdade com semelhante proposta de cultura constitucional que orienta o modelo contemporâneo de um Estado comprometido com tarefas sociais, econômicas, culturais e ecológicas.

Em um modelo de Estado exposto a exigentes desafios e tarefas capazes de interferir sobre realidades existenciais de longo curso, a dignidade da pessoa humana passa a constituir-se em postulado primário para a compreensão do alcance que tais objetivos de proteção, antes associados a uma dimensão antropocêntrica de uma existência efêmera, passaram a assumir nas sociedades contemporâneas.

A dignidade humana situada enquanto primado que condiciona a realização das tarefas estatais, adquire um significado diferenciado quando contextualizada perante um conjunto de valores de uma sociedade plural e de uma comunidade moral axiologicamente complexa, contribuindo, v.g, para a afirmação da inclusão dos animais não-humanos e da natureza, conjuntura que só se faz possível porque a definição dos valores que devem ser protegidos vincula-se e está fundamentada em uma ordem permanentemente aberta. Esta por sua vez, tem na configuração contemporânea de Estado, sua manifestação jurídico-política⁷.

Considerando-se o conjunto dos argumentos analisados, e se é correto admitir que a sobrevivência e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas depende de que sejam garantidos ou mantidos determinados níveis de qualidade aos recursos naturais em geral, é possível atribuir à natureza a condição de bem que manifesta valor intrínseco, razão pela qual as ordens constitucionais contemporâneas, situadas que estão no contexto de projetos emancipatórios de qualidade diferenciada, tendem a reconhecer e a exprimir o valor de existência da natureza [e o valor de existência de outras formas de vida] como manifestação de um pluralismo moral na definição das tarefas estatais de proteção.

Sendo assim, a afirmação de um direito fundamental ao meio ambiente [que será analisado adiante] não pode representar necessariamente a afirmação de um antropocentrismo que não seja moderado e que permita ser situado nesta comunidade moral que é plural, admitindo que todas as formas de vida estão sujeitas à proteção estatal. Assim o é porque a sua própria existência constitui a causa que justifica e fundamenta o dever de cooperação coletiva⁸, dever que é, fundamentalmente, um dever de colaboração com a humanidade [vinculada aqui a um sentido de natureza humana que não a reconhece, v.g, em determinados comportamentos lesivos ou que sujeitem outras formas de vida a estados de desfavorabilidade].

A tarefa estatal de assegurar o bem-estar ganha, portanto, a partir da afirmação de um Estado ambiental, dimensões bastante mais extensas em relação ao alcance de semelhante dever. Este lhe impõe severas exigências de escala para a consecução da tarefa de assegurar o bem-estar social, pois os valores da sociedade que se quer proteger estão vinculados agora aos interesses de titulares e beneficiários que ainda não participam da comunidade política, a saber, os animais não-humanos e principalmente, as futuras gerações, objeto de interesse desta exposição⁹.

Isso somente se faz possível a partir de um modelo de cultura constitucional fundado em um pluralismo moral [responsável pelo alargamento da comunidade moral que justifica os interesses protegidos], pressuposto indispensável para que sentido do primado da dignidade da pessoa humana possa proporcionar uma proteção reforçada para todos os membros capazes de ter seus interesses afetados, e que possam de algum modo, compreender e vivenciar o valor dignidade.

Em um Estado ambiental¹⁰ que se encontra exposto a ameaças e aos efeitos de problemas ambientais de segunda geração, como podem ser situados os resultantes das alterações climáticas globais, somente se pode conceber uma proteção reforçada para os interesses de uma comunidade moral heterogênea e complexa, a partir de um reforço sobre a própria consideração do primado da dignidade da pessoa humana, situado que está agora, em uma cultura constitucional moralmente plural.

Somente se pode conceber dignidade a partir de uma referência deontica que considera a coletividade sob uma perspectiva de escala diferenciada, vinculada a noção de humanidade. Portanto, o dever estatal e os deveres fundamentais atribuídos a cada membro desta comunidade política não se esgota, no projeto de sociedade delineado pela Constituição brasileira, na garantia do bem-estar e na qualidade de vida destes mesmos membros, senão aponta para uma tarefa [estatal] e para deveres [estatais e sociais] perante a humanidade. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, nessa direção, deveres estatais e deveres fundamentais sujeitos a uma escala exigente de concretização.

A própria definição do conteúdo das tarefas públicas é visivelmente influenciada pela modificação das relações de poder que se desenvolvem em escala global, e influenciada pelos objetivos e pelos consensos obtidos em um espaço global de negociações. Perante a constatação de ameaças que podem comprometer a existência da humanidade, e que decorrem de maior ou menor contribuição de todos para a redução ou para a aceleração dos processos que alteram drasticamente os sistemas climáticos globais, é requerido que os Estados se responsabilizem com semelhante tarefa também no plano nacional, reproduzindo na forma de deveres, condicionamentos e sujeição, através do exercício das funções legislativa, executiva e judicial, que mediante leis, procedimentos administrativos, instrumentos de proteção e a intervenção judicial, possa ser atingido o objetivo de redução dos riscos. Este resultado decorre assim, de deveres ou de decisões públicas cujo conteúdo tem seu fundamento último, em um compromisso que não é exclusivamente nacional. A atuação legislativa através de legislação e de procedimentos que asseguram a redução das emissões, e de suas fontes, ocorre no plano nacional, mas suas conseqüências se projetam em escalas espaciais diferenciadas, em maior ou menor grau.

Sendo assim, resulta visível que as conseqüências das escolhas públicas têm origem cada vez menos relevante em objetivos exclusivamente nacionais, orientada que estão pela necessidade de se assegurar a concretização de compromissos globais.

Este cenário também expõe uma nova realidade para a arquitetura das relações de poder a partir de padrões de governança, tipicamente associado à forma de se atingir objetivos globais que não podem ser alcançados exclusivamente pela atuação nacional, ou ainda, pela iniciativa de instituições internacionais.

Compromissos como os que se relacionam ao objetivo de assegurar processos eficazes para a adaptação perante os efeitos das mudanças climáticas globais expõem uma preocupação que se vincula ao interesse de toda a humanidade, diante da ameaça real de degradação de sua existência. Entretanto, estes objetivos somente podem ser atingidos pela

conjugação de estruturas institucionais capazes de se comunicar e de interagir entre si.

A construção de semelhante arquitetura não resulta da ação exclusiva de instrumentos internacionais e de suas instituições, e muito menos da atuação dos Estados segundo sua própria pauta de prioridades e projetos de desenvolvimento, mas sim da realização de semelhantes objetivos, globais, através dos Estados, e no plano de decisões públicas que são tomadas no âmbito e na forma dos próprios arranjos institucionais nacionais.

Trata-se aqui, da exposição de um arranjo que tende priorizar um modelo pelo qual, através de escolhas nacionais, comprometidas com compromissos globais é que pode conceber e assegurar a realização de objetivos comunitários. Entretanto, isto não decorre necessariamente de um processo de internacionalização das ordens nacionais, senão de um extenso e mais profundo *processo de transformação da cultura constitucional*¹¹, que por sua vez, define o projeto de sociedade que se pretende viabilizar, ou que deve ser viabilizado através das formas políticas e jurídicas.

Situada a questão nesses moldes, é possível reconhecer que ao Estado e a cada um de nós foi atribuído pela ordem constitucional brasileira, um conjunto de deveres perante a humanidade, deveres que resultam em conseqüências que não conhecem limites geográficos ou fronteiras políticas, muito embora ainda decorram de decisões de Estados-nacionais, que são agora, formações influenciadas e integradas na estrutura de uma ordem jurídica que deixa de ser nacional, e que também não pode ser compreendida como internacional, senão como uma ordem global. Esta tem sua organização baseada em uma estrutura de redes, que não contempla a autonomia de padrões, referências morais ou culturais, e que procura atingir seus objetivos a partir da consideração das diferenças, das contradições e das divergências.

O conflito e não o consenso constitui o ponto-de-partida para as decisões e para a organização desta nova ordem, que privilegia a interação entre as experiências em detrimento da autonomia dos sistemas.

1.1. Constitucionalismo verde e o Direito ambiental da sustentabilidade

No cenário de problemas descritos, a resolução da indagação tende propor relevância para a identificação de um esquema organizatório diferenciado na ordem jurídica. Este suscita identificar manifestações capazes de contribuir para a proteção dos recursos naturais e de assegurar a durabilidade da vida em uma realidade de riscos de segunda geração¹², que por sua vez, orientam a organização do que trataremos por um Direito ambiental de segunda geração¹³.

No Direito norte-americano há divergência sobre o reconhecimento de possíveis fases da produção normativa matéria ambiental, sendo possível distinguir três, quatro ou cinco gerações de normas ambientais. A primeira geração exporia um modelo de regulação baseado na definição de padrões e de regras rígidos implementados por técnicas de comando e controle que também definiam à sua semelhança, um modelo de litigância. A segunda geração seria definida por uma ênfase em instrumentos econômicos fortemente influenciados por incentivos, instrumentos de mercado, instrumentos de regulação flexível e normas de cumprimento voluntário, além de técnicas de negociação. Em uma terceira geração as normas já seriam definidas sob uma abordagem de instrumentos e técnicas de influência e de participação nos processos decisórios, enfatizando um Direito reflexivo, comprometido com uma matriz normativa principiológica, na qual um princípio de desenvolvimento sustentável teria uma função de evidência. A última geração, proposta por Arnold, proporia normas compatíveis com as demandas emergentes de uma sociedade exposta a riscos de elevada complexidade, que somente poderiam ser geridas adequadamente a partir de um modelo que proporcionasse a interação entre os instrumentos e técnicas disponíveis, em uma abordagem definida como multimodal. Nesta abordagem não se teria uma técnica ou alternativa previamente definida para a resolução dos conflitos ambientais, ao mesmo tempo em que enfatiza que problemas de nova geração, como são os relacionados às transformações climáticas extremas, dependem de uma organização das instituições e uma formação decisória diferenciada¹⁴.

Visando integrar semanticamente a denominação dos novos problemas ao conjunto de normas e ao modelo de regulação capaz de proporcionar níveis de proteção suficientes perante essa realidade, opta-se nesta investigação por propor uma distinção dual entre as gerações do Direito ambiental. Neste, teria lugar de destaque a resolução dos conflitos suscitados pelos assim denominados problemas ambientais de segunda geração.

Em um Direito Ambiental de segunda geração visualiza-se a organização de regimes específicos de regulação da complexidade dos riscos emergentes, a valorização e a ênfase sobre princípios que propõem níveis diferenciados de proteção, como o princípio da responsabilidade de longa duração e a exigência de um mínimo existencial ecológico [estes mais intensamente relacionados como manifestações específicas de um princípio de desenvolvimento sustentável ou de sustentabilidade]¹⁵, e o princípio da proibição de retrocesso¹⁶, , além de instrumentos diferenciados com ênfase para instrumentos econômicos que supõem formas voluntárias de compensação financeira para o pagamento por serviços ecossistêmicos¹⁷, e uma compreensão diferenciada sobre a função que deve ser cumprida por instrumentos tipicamente relacionados a um Direito ambiental de primeira geração¹⁸.

Sendo assim, propõe-se examinar nesta ocasião, sob que modelo de juridicidade seria possível viabilizar esse novo esquema organizatório. Este se encontra fixado no texto, como o de um Estado ambiental (ou socioambiental) e de uma Constituição ambiental (ou ecológica), que propõe uma ordem jurídica moralmente plural, cuja fonte de juridicidade e a própria identidade material se encontram abertas à interação com experiências normativas, culturais e sociais externas¹⁹.

Ekeli chega a propor a imagem de um constitucionalismo verde comprometido com um projeto político diferenciado, no qual se encontra reforçado o objetivo de proteger e assegurar proteção para as futuras gerações. Em um constitucionalismo verde, seria indispensável a previsão de novas medidas, materiais e procedimentais que pudessem viabilizar a consideração desses interesses, visando concretizar o compromisso político com um projeto de justiça que não se esgota no tempo, e se estende para além das presentes gerações²⁰.

Para que fosse possível identificar a imagem de um constitucionalismo verde, salienta que duas ações seriam requeridas sobre as experiências jurídicas: uma sobre a qualidade das decisões e outra sobre o desenvolvimento dos próprios processos de decisão. A primeira implica a transformação dos processos de decisão, exigindo das instituições e das autoridades públicas a ampliação das decisões e das deliberações orientadas pelo futuro. A segunda exige o aperfeiçoamento dos próprios processos de deliberação pública sobre todas as questões que possam afetar, ainda que remotamente, os interesses das futuras gerações²¹.

O artigo 225, caput, do texto constitucional brasileiro também define um direito fundamental ao meio ambiente como um dos instrumentos que poderia viabilizar esta realidade adicional para o conceito de existência digna, comprometida com um projeto de justiça que não se restringe ao tempo, e que se tem sua definição sujeita à revisão permanente das demandas condicionadas por padrões intergeracionais de justiça.

Sob essa configuração de ordem constitucional esboçada na experiência nacional, o valor solidariedade, e o objetivo dignidade de vida integram-se neste momento, como partes de um projeto de sociedade, de um modelo de organização do poder e, sobretudo, como um dos fundamentos de uma República ecologicamente sensível.

Em uma perspectiva de interdependência, que também é aquela que orienta a compreensão do conteúdo do próprio direito fundamental ao meio ambiente, e do princípio da livre iniciativa, do modo como este se encontra protegido pela Constituição brasileira, as liberdades econômicas somente têm o seu exercício viabilizado sob o condicionamento de imperativos ecológicos, ao mesmo tempo em que a proteção do meio ambiente somente tem sua justificativa na medida em que esta também puder ser integrada com um dos pressupostos que viabilizam a existência

humana, e de todas as demais formas de vida²².

A existência humana depende de que se assegure proteção simultânea, de níveis de desenvolvimento econômico, mas também de níveis de qualidade dos recursos naturais, não sendo possível conceber-se a proteção autônoma de qualquer uma destas duas realidades, sob pena de se ter uma proteção apenas parcial do imperativo de dignidade da pessoa humana, o qual se constitui em um dos objetivos da República brasileira, conforme ressaltado (artigo 1º, inciso III, CRFB).

Não é outra a mensagem que poderia ser extraída da combinação entre os artigos 225, caput, e 170, caput e incisos II, III e VI, além do artigo 5º, inciso XXIII, todos da CRFB de 1988, dispositivos que reproduzem que a ordem econômica nacional é, antes de tudo, a ordem de uma economia social e ecológica de mercado, na qual se atribui ao Estado o desafio de proporcionar níveis de equilíbrio na proteção dos valores, direitos e interesses relacionados.

Sob o regime de uma ordem econômica de semelhante qualidade, cumpre ao Estado, em colaboração com a coletividade, proporcionar que se proteja a propriedade privada, mas também que se proteja as bases fundamentais da vida (*Natürlichen Lebensgrundlagen*), das quais depende o exercício dos poderes sobre os espaços (propriedade) e a própria possibilidade do exercício de todas as demais liberdades econômicas²³.

Nesta nova realidade, as ameaças à existência humana e ao desenvolvimento das bases naturais da vida representadas pelos efeitos extremos das alterações climáticas globais impõem às funções estatais, compromissos reforçados para com o objetivo de redução dos riscos existenciais, tomando-se em consideração a necessidade de integração entre um conjunto extenso de realidades e de necessidades - compreendidas as sociais, econômicas, culturais e as ambientais - além de permear a formação de um novo padrão de governança fortemente influenciado pela produção normativa externa, a qual não se superpõe ou se impõe perante as formações estatais, senão as reforça e as posiciona como parte de uma arquitetura de fontes aberta e em permanente interação.

Por outro lado, semelhante realidade de riscos também contribui e influencia a redefinição das funções estatais e dos objetivos que devem ser concretizados sob o ângulo da tarefa de redução dos riscos existenciais, definindo graus mais severos para o seu comprometimento e metas mais exigentes no plano da satisfação do que se deva considerar como um projeto de vida digno. Assim, quando se propõe por meio de uma determinada ordem constitucional, tarefas de proteção ecologicamente condicionadas por tais demandas adicionais, cumpre ao Estado por meio de cada uma de suas funções, assegurar que um projeto de futuro digno possa ser concretizado, guiado por padrões de justiça intra-geracionais e

intergeracionais.

Portanto, assegurar um projeto de vida digno na ordem constitucional brasileira representa uma tarefa que expõe um compromisso de justiça para com o futuro, um compromisso moralmente plural (tendo seu conteúdo redefinido por valores adicionais, entre os quais se integram a necessidade de se proteger as bases naturais da vida com parte de todos os demais projetos, individuais ou coletivos), e um compromisso materialmente aberto, cujo resultado determinante é a definição de conteúdos materiais, ou sua redefinição de acordo com a capacidade de interação ou de aprendizagem da ordem interna, com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (e ambientais).

Na condição de um dever de proteção específico, impõe ao Estado o dever de, primeiro, conformar adequadamente a ordem jurídica através de iniciativa legislativa, pois, como esclarece Novais:

*[...] com exceção dos casos em que a própria Constituição ou a lei prevêm a obrigatoriedade de o Estado desenvolver uma concretamente determinada ou determinável acção de prevenção, de protecção ou de ajuda, [...] a escolha do quando e do como da actuação devida é uma incumbência do Estado, e primariamente, do legislador ordinário;*²⁴

Na abordagem que se fixa, resulta claro que sob a ordem constitucional brasileira, não se encontra autorizado a nenhum dos entes da Federação, que exerça suas capacidades legislativas para o fim de proporcionar o rompimento desta relação de equilíbrio que deve ser proporcionada pelas tarefas do Estado no domínio da proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, seja pelo exercício deficiente ou insuficiente de suas funções, seja pelo exercício excessivo das mesmas funções, contexto no qual se revela pertinente a conexão dos deveres estatais de proteção com o âmbito de aplicação de um princípio de proporcionalidade, para o fim de mensurar a legitimidade da intensidade de tais intervenções.

O Direito ambiental de segunda geração está baseado fundamentalmente, em uma estrutura de ação de colaboração entre as funções públicas e privadas para o fim de assegurar a concretização de um projeto político que intenciona assegurar a viabilidade de todas as formas de vida.

Trata-se de um projeto político (e existencial) dependente de uma estrutura de organização particular das instituições e de condicionamento da ação privada, resultante da forma política de Estado socioambiental, que condiciona e orienta a ação conformadora das funções públicas no caminho de um Direito ambiental de sustentabilidade, cuja principal manifestação está na interação entre princípios concretizadores de um objetivo estatal (e comunitário) de sustentabilidade.

Portanto, a proposição das bases de um Direito ambiental de segunda geração é, sobretudo, a afirmação de um Direito ambiental de sustentabilidade. Este Direito de sustentabilidade encontra claro desenvolvimento na ordem jurídica brasileira, associado a partir da Política Nacional do Meio Ambiente, e posteriormente aos objetivos da Constituição ambiental de 1988, expõe coerência com o movimento global de transformação da qualidade da ação pública, e de valorização de um modelo de governança ambiental, os quais levam em consideração às novas modalidades de ameaças existenciais, tendo nas mudanças climáticas globais sua principal representação.

Nesse sentido, é possível propor-se a vinculação de um Direito da sustentabilidade a partir da Política nacional do meio ambiente, situada agora como ponto-de-partida para influenciar de forma relevante, a organização e o desenvolvimento de instituições ecologicamente sensíveis, até o ponto de fundamentar a edificação de uma jurisprudência da sustentabilidade²⁵.

1.3. O que deve ser e o que não pode ser um Estado ambiental?

Se é cada vez mais freqüente e recorrente o uso da imagem de um Estado ambiental pelo aplicador da norma ambiental, considerando-se aquele como se fosse, entre outras abordagens, o Estado que concretiza uma Constituição ambiental, é relevante analisar com um pouco mais prudência o que representa a imagem de um Estado ambiental, o que ele não é e não pode ser.

Deve ser recuperada, em primeiro lugar, a importância da Declaração de Estocolmo, de 1972, que externa uma primeira imagem de desenvolvimento sustentável, que ganhou contornos cada vez jurídicos mais bem definidos em momento ulterior, seja por iniciativa de normas de direito público interno, seja por meio de normas internacionais de direito público, imperativas ou não.

Muito embora fosse um instrumento de soft law, a professora Jutta Brunée já teve a oportunidade de registrar que o principal efeito desse texto é externar um consenso universal sobre a tarefa de proteção dos recursos naturais. Esta tarefa teria de ser considerada por todos os Estados, partir desse momento, uma tarefa inadiável (BRUNÉE:2008).

Essa premissa influenciou a construção de várias experiências jurídicas no âmbito global. Apenas para restringir a nossa análise à brasileira, convém assinalar que em 1981, por meio da lei de PNMA (lei n. 6.981/1981), já se identifica com clareza a manifestação desse compromisso do Estado brasileiro, com o uso racional dos recursos, e no interesse da proteção de todos os processos ecológicos que sejam indispensáveis para o

desenvolvimento da vida. Esse é o conceito de meio ambiente da lei de PNMA, na qual se determina como objeto, uma realidade integrativa e indivisível de realidades.

Então, quando se identifica uma Constituição ambiental na realidade brasileira, deve-se ter a cautela de admitir que esta tão somente reforça e aperfeiçoa as tarefas de proteção que este Estado já detinha, e em um caminho de progressividade (ao menos normativo). O Estado não ficou verde em 1988, mas ficou mais verde, definitivamente. Neste momento, proteger o meio ambiente seria uma tarefa objetiva, inadiável e a ser compartilhada com a coletividade, no interesse das futuras gerações.

Nesse contexto, que atributos ou manifestações poderiam identificar uma experiência jurídica definida por meio de um Estado ambiental, e que manifestações de forma alguma poderiam defini-la sob qualquer circunstância?

Em primeiro lugar, o Estado ambiental integra o meio ambiente nos processos de decisão. (KLOEPFER: 1989, 2010). Todas as decisões públicas que possam representar intervenções sobre a qualidade dos recursos naturais significa que também podem representar interferência sobre a qualidade de vida das pessoas. Esta perspectiva de indivisibilidade reforça a importância da integração dessa variável, e ela exige transformações em níveis mais profundos das estruturas institucionais públicas, sendo esta a base para o sucesso ou o fracasso de um projeto político amigo do ambiente. O fato de se ter uma Constituição ambiental não significa que se tenha um Estado ambiental bem definido. A identidade completa e integral de um Estado ambiental depende, necessariamente, do nível de força normativa de uma determinada experiência jurídica, e do grau de sensibilidade ecológica das instituições. Depende, portanto, da capacidade das instituições e da sociedade, de converterem as tarefas do Estado, em realidades favoráveis no plano socioambiental.

Como segunda manifestação, o Estado ambiental protege o meio ambiente de forma compartilhada. (KLOEPFER: 1989, 2010). Não se consegue obter proteção do meio ambiente por iniciativa exclusiva das próprias funções públicas. A transformação de comportamentos privados, e o *complement* podem contribuir e favorecer a ação estatal. Poderá lhe ser exigida menos intensidade em sua iniciativa, se medidas preventivas forem adotadas ou normas forem cumpridas voluntariamente pelos particulares. Assim podem evitar contaminação, poluição, degradação, que se punidas pela ação de polícia estatal, representa incremento na relação entre a intensidade dos custos, e a intensidade da proteção. Uma relação ineficiente é o resultado de falha na ação estatal, decorrente da ausência de controle, e de monitoramento, A presença oportuna da ação pública, v.g, no controle dos desmatamentos e queimadas, pode proporcionar igual ou melhor proteção com menor vinculação financeira

para o atendimento dessas mesmas demandas.

O Estado ambiental também é um Estado cooperativo. (KLOEPFER: 1989, 2010). Um Estado ambiental poderia ser identificado, v.g, quando se reconhece e quando se proporciona a oportunidade de livre manifestação, por meio de audiências públicas? Isto define o Estado cooperativo proposto por Kloepper? A resposta é negativa, porque a perspectiva cooperativa reflete a capacidade efetiva de influência na formação das decisões, e no condicionamento das escolhas realizadas pelo gestor. Se não se puder interferir de forma decisiva nas escolhas e na formação das decisões, não se terá cooperação e participação no sentido desejável da representação teórica referida.

Por fim, e baseando-se na mesma orientação teórica, um Estado ambiental não considera o meio ambiente ou os recursos naturais como bens suscetíveis de proveito econômico, senão como fatores para o desenvolvimento livre da personalidade humana.

Sendo assim, não se tem como referência um Estado ecofascista e temos aqui uma tentativa de se equilibrar uma relação que tende a não ter condições de ser equilibrada, porque baseada em uma economia social e ecológica, mas ainda de mercado. A mensagem aqui é: alguns condicionamentos sociais e ecológicos impõem-se para o exercício de todas as liberdades, porque disto depende que se consiga proporcionar projetos dignos de vida, e de forma permanente e duradoura.

Sendo assim, o Estado ambiental seria a resposta para os conflitos socioambientais que tem origem em riscos e ameaças de maior magnitude e invisibilidade? Definitivamente não.

A imagem normativa de um Estado ambiental, per se, não viabiliza a vida assim como também não concretiza realidades dignas. Ele representa uma imagem de compromisso materializado por meio de consensos sobre valores ou bens considerados relevantes a tal ponto de exigirem uma relação de interação necessária entre fatores sociais, econômicos e culturais, além de arranjos de organização que integrem instituições ecologicamente sensíveis (porque capazes de primeiro compreender os conflitos socioambientais e, depois, proporem ponderações imparciais e adequadas para tais conflitos), e a colaboração das forças sociais, as quais precisam ser responsabilizadas sobre tal tarefa.

Portanto, a construção normativa de um Estado ambiental, se não concretiza realidades dignas, influencia decisivamente a organização de relações que possam favorecer as condições indispensáveis para o desenvolvimento de todas as formas de vida, além de assegurar que o homem possa realizar projetos dignos para sua existência.

Por meio de um Estado ambiental, o desenvolvimento da vida somente

pode ser atingido se for considerada uma relação na qual, de um lado estejam instituições ecologicamente sensíveis e, de outro, forças sociais ecologicamente responsáveis. Responsáveis não porque prudentes (deveres qualificados), senão porque respondem, prestam contas e se vinculam a um dever geral de proteger tais condições. Este dever é preponderante e exige igual grau de comprometimento das funções públicas e da comunidade porque tais condições são indispensáveis para o desenvolvimento da vida.

A Constituição de um Estado ambiental representa consensos sobre alguns valores de especial relevância para a definição do que seja humano, e para a existência duradoura de todas as formas de vida. Essa Constituição exige que uma relação de interdependência entre o Estado e a sociedade seja capaz de proteger as pessoas, proporcionar-lhes qualidade de vida e padrões mais elevados de bem-estar, supondo que esta definição também integre, necessária e previamente, o meio ambiente como o ponto-de-partida para o exercício de toda e qualquer liberdade econômica.

Ela é, portanto, a constituição de um Estado que protege ao mesmo tempo: a) a vida, b) a vida das futuras gerações e; c) a existência duradoura de todas as formas de vida.

Outro aspecto que precisa ser enfatizado é o de que, se um Estado ambiental não é e não pode ser mais amigo do meio ambiente do que é da cultura, da economia e das liberdades, esse Estado continua a ser um Estado de Direito.

Um Estado de direito é e precisa ser ainda, um Estado que, em primeiro lugar, e por meio da colaboração com as forças sociais, consiga assegurar proteção para as pessoas. Portanto, um Estado que não considera o meio ambiente nos processos de decisão é um estado que não vai proteger as pessoas, e que não possui nenhum compromisso com a sua comunidade política. Häberle parece chegar a admitir que um Estado de direito que não considere um princípio de sustentabilidade não é um Estado de direito (HÄBERLE: 2008).

O Estado ambiental é, portanto: a) um Estado de sustentabilidade e; um Estado aberto à aprendizagem constitucional. Mas não pode ser: a) um Estado de frustração constitucional e, conforme será sustentado adiante, um Estado de retrocesso ambiental.

Um Estado ambiental é um Estado que favorece e precisa assegurar que melhores níveis de qualidade de vida e de bem-estar estejam ao alcance das pessoas. Ele deve assegurar a proteção do interesse público e como parte do interesse público, como parte de qualquer projeto de bem-estar, deve-se considerar a proteção do meio ambiente.

Conforme bem ilustrado por Perez Luño, Rudolf Smend reforça uma

função para as Constituições contemporâneas, por meio da qual elas não se limitam a definir zonas de proteção das liberdades e a separação das funções do poder, senão propõem compromissos e responsabilidades. Metas políticas indispensáveis para a existência de uma determinada comunidade. (PEREZ LUÑO: 2012,), A brasileira considerou que o meio ambiente com qualidade deveria ser parte desse projeto político, e desses compromissos, não sendo possível obter bem-estar senão por meio da garantia de níveis elementares de qualidade dos recursos naturais, e dos processos que são vitais para a existência da vida.

A partir da década de 1980, e especialmente na década de 1990 com maior ênfase (KLOEPFER: 1988; SOMMERNAN: 1998, CALLIES: 1998) a proteção do meio ambiente surge como objeto de preocupação da doutrina publicista no âmbito das tarefas estatais, situando-o como parte indivisível das metas que deveriam ser atingidas para que um Estado de direito completo e integral pudesse ser identificado (SOMMERNANN: 1998).

A constituição de um Estado ambiental coloca em evidência as novas tarefas do Estado no âmbito de um constitucionalismo de longo prazo. Constitui uma das metas políticas desse Estado proteger a vida em escala futura e proporcionar sempre níveis duradouros de qualidade de vida (FERRAJOLI: 2010). Por essa razão a proteção do meio ambiente passa a ser tema de relevância e que perpassa todo o direito público contemporâneo, porque é tarefa desse Estado também assegurar a existência e a conservação da qualidade dos recursos naturais.

Nesse contexto, proteger e defender o interesse público significa assegurar proteção ao meio ambiente, e proporcionar mais qualidade de vida para as pessoas implica, antes de tudo, e da mesma forma, assegurar melhores condições para conservar os processos ecológicos essenciais, sendo estas as condições que definiriam um nível mínimo de qualidade de valores indispensáveis para a existência da comunidade política, e, portanto, de todas as formas de vida, considerando-se que o meio ambiente é um dos valores que a sustentam.

2. O QUE SE DEVE PROTEGER? OS IMPERATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DAS FUTURAS GERAÇÕES COMO PARTES DO PROJETO DE COMUNIDADE POLÍTICA PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO

Uma primeira possibilidade de resposta para a questão poderia propor, fundamentalmente, o objetivo de bem-estar, mas sob uma perspectiva diferenciada. Quando a ordem jurídica brasileira exige algum nível de

compromisso entre escolhas econômicas e a proteção de alguns bens, como o meio ambiente, assim o faz porque alguns bens são indispensáveis para que todas as demais escolhas possam ser realizadas. Os recursos naturais são fatores em relações de produção, mas também são fatores relevantes nas relações sociais e culturais.

Tem-se aqui que compreender que, quando a Constituição brasileira define um direito ao meio ambiente, ela o faz como parte de um projeto existencial mais extenso e mais ambicioso, que se compromete com uma perspectiva de bem-estar de conteúdo distinto (que exige sociedade, cultura e meio ambiente), e de longo prazo. Proteger o meio ambiente e viabilizar o acesso universal de padrões elementares para todos externa, antes de tudo, um compromisso com um projeto de dignidade de vida permanente, que interessa a todos nós neste momento, e que também interessa às futuras gerações.

O direito ao meio ambiente é, nessa perspectiva, um direito social, econômico e cultural (DSEC). Essa realidade, já presente no texto sul-africano (AYALA, 2011; KOETZE: 2007), facilita a tarefa de se desenvolver uma realidade de não retrocesso, como manifestação estritamente vinculada ao regime de proteção desses direitos, que são os DSEC.

Não se faz justiça para as futuras gerações diminuindo os níveis de proteção assegurados pela ordem jurídica vigente.

Da mesma forma, não se faz justiça para as futuras gerações dividindo a proteção dos direitos fundamentais: dividir a proteção é diminuir a proteção dos mesmos. Porque razão esta afirmação é verdadeira? Porque não cabe ao Estado, nem mesmo por meio de decisões resultantes de processos democráticos representativos, propor escolhas que resultem em decisões que priorizem ou escolham que realidades devem ser protegidas em detrimento de outras. Esse Estado ambiental, que também continua a ser um Estado social, mas que concebe a proteção social sob uma dimensão mais alargada, precisa viabilizar os níveis mínimos de prestações de todos os direitos fundamentais. Isso porque o mínimo indispensável à existência digna das pessoas passa por selecionar não quais direitos serão protegidos, mas que intensidade será possível proporcionar neste momento, sem que seja erodido o âmbito de proteção de qualquer direito. Assim, não se pode proteger o meio ambiente em detrimento de prestações de saúde ou de investimentos em redes de saneamento ambiental ou ensino fundamental, assim como o oposto também é igualmente verdadeiro. As escolhas não são e nunca poderão ser propostas sobre o que proteger, mas sobre o quanto proteger e o como proteger. O mínimo (existencial) e o nível mínimo (de prestações) é inegociável pelos pactos republicanos.

Se ninguém é capaz de definir quais serão as escolhas das futuras gerações, não podemos limitar sua capacidade de escolher, mas também

não podemos nos impor sacrifícios intoleráveis em nome dessa proteção, por outro lado, princípios mínimos condicionam e limitam as liberdades que teríamos para dispor sobre a qualidade de vida, que por sua vez, representa uma conexão indivisível com a qualidade dos recursos naturais.

Justiça supõe, antes de tudo, isonomia, e proteção universal do acesso. Todos devem ser capazes de usufruir de padrões essenciais para o desenvolvimento de seus projetos de vida. E estes projetos de vida (que são projetos de bem-estar) supõem a conexão entre vida e os processos ecológicos que lhes são essenciais, sendo este o núcleo que definirá, conforme será descrito adiante, a imagem de um mínimo de existência em matéria ambiental.

2.1. O mínimo de existência em matéria ambiental

A elaboração ou a determinação de uma referência semântica para a noção de mínimo existencial nunca chegou a obter um consenso sobre o seu sentido positivo, na experiência germânica, na qual tem sua origem, sendo ainda mais complexa a determinação do que se poderia considerar como um mínimo de existência sob a perspectiva ecológica. Isto se deve, especialmente porque não se impõe como tarefa singela a de se apontar a que conjunto de prestações o Estado se encontra vinculado.

Entretanto, se não é possível determinar, *prima facie*, a que espécie de prestações o Estado está vinculado, visando assegurar a proteção dos fundamentais de seus titulares [reforçado aqui, o direito fundamental ao meio ambiente], o desenvolvimento da noção de um mínimo de existência ecológica (CANOTILHO, 2004b, p. 182)²⁶ ou de um mínimo vital (PIZOLLATO, 2004), pode ser elaborado a partir de uma determinação negativa.

Partindo de uma análise sobre a ordem constitucional alemã, Luther (LUTHER, 1986, p. 2556) argumenta que a fundamentação de um mínimo ecológico de existência far-se-ia em analogia ao reconhecimento de um mínimo social de existência.

Por meio dessa construção dogmática, Luther (LUTHER, 1986, p. 2557) observa que seria possível propor uma leitura ecológica baseada em um conceito de dignidade humana — pelo qual o homem não poderia ser reduzido a um mero objeto do mundo técnico-industrial — e a partir dos direitos fundamentais à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio do Estado social.

Tomando-se como referências as funções defensiva e prestacional, é possível argumentar que a elaboração de um direito fundamental ao meio ambiente propõe, essencialmente, obter como efeito da norma preservar, proteger, ou garantir a obtenção do resultado dignidade de vida e do resultado qualidade de vida.

Desse modo, o resultado prático de um direito fundamental ao meio ambiente não poderia ser compreendido senão com o resultado de uma composição de posições jurídicas e de realidades subjetiva e objetiva do direito fundamental, que tendem a orientar a concretização de um mínimo de condições existenciais que permita garantir aquelas finalidades. De forma mais relevante, seria o resultado de uma postura de não eliminação de posições (defensivas) ou de criação das infra-estruturas necessárias e suficientes para sua existência (prestacional); uma existência que supõe uma realidade existencial de múltiplos conteúdos, agregando-se entre eles, uma variável ambiental.

Portanto, uma referência possível para desenvolver a noção de um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica) pode ser associada à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade, compreendida esta como a manifestação de diversas posições jurídicas fundamentais de um direito fundamental como um todo: funções defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, além de também ser o resultado de uma tarefa estatal.

O desenvolvimento dessa noção ainda tem sua relevância reforçada porque pode justificar a consideração de padrões de proteção ambiental mínima perante riscos existenciais²⁷, que, a partir desse mínimo, poderiam ser considerados intoleráveis ou inaceitáveis.

É o que, de certo modo, parece ser possível propor a partir da abordagem que vinculasse a determinação de um mínimo ecológico de existência a uma noção de espaço ecológico ou uma margem de tolerância ecológica, propostos por O’Riordan (O’RIORDAN, 1999, p. 285).

Um mínimo ecológico de existência tem a ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. É neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com um princípio de proibição de retrocesso, para admitir, também ali, uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência.

O que importa fixar neste momento é que, se a proteção de um mínimo de existência pode não parecer tão relevante para assegurar o cumprimento de metas mais otimistas para os níveis de proteção do meio ambiente, (CANOTILHO, 2004b, p. 182)²⁸ pode justificar, pelo menos, imposições no sentido de organização das estruturas de serviços e de infra-estrutura suficientes que possam manter a qualidade desses recursos e oportunizar o acesso equitativo aos mesmos.

Além de imposições vinculadas aos resultados fáticos sobre a qualidade dos recursos naturais, a definição de um mínimo de existência também não pode estar dissociada de uma proteção subjetiva que permita impor ao Estado uma estrutura de organização mínima de proteção e garantia desses resultados protegidos pelo direito fundamental, que derivam das imposições fáticas.

É nesse sentido que, com maior ênfase para a função legislativa, vincular seu exercício e vincular a extensão das prestações normativas a um mínimo de existência acarretam um dever de conformação adequada da ordem jurídica.

Em um esforço de consolidação das duas manifestações prestacionais do direito fundamental (que podem ser identificadas na ordem constitucional brasileira), verifica-se que um direito à emanção de pressupostos de existência do direito ao meio ambiente vincula essa existência à presença de pressupostos fáticos, normativos e estruturais, em uma postura bastante próxima da orientação descrita por Pizollato ao analisar a noção de nível essencial.

Explica Pizollato que a noção de nível essencial não pode limitar-se a uma leitura quantitativa do que seja essencial à existência, de modo que, sob a mesma noção, também devem ser consideradas as estruturas de organização que sejam indispensáveis para a garantia e para a existência das liberdades. (PIZOLLATO, 2004, p. 131).

Desse modo, parece ser possível argumentar que, quando se faz referência a um direito a que a proteção do meio ambiente seja conformada adequadamente por meio de prestações estatais, essa proteção não pode ser limitada à noção de mínimo de existência ecológica como o resultado daquelas prestações fáticas que sejam necessárias ao desenvolvimento dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais,²⁹ ou à manutenção de sua qualidade, de forma suficiente, para o acesso por todos os titulares do direito.

Independentemente de se considerar ou não uma noção de mínimo ecológico de existência como uma manifestação das diversas posições jurídicas de proteção emergentes de um direito fundamental ao meio ambiente, parece ser interessante sustentar, a exemplo de posição admitida no plano da interpretação do artigo 20a do texto constitucional alemão, que a fixação de um dever estatal de proteção reforçada que recai sobre o meio ambiente reproduz a imposição ao legislador de um dever de “[...] reduzir fundamentalmente as ameaças à vida e à saúde decorrentes de danos ambientais, tanto para as gerações presentes como para as gerações futuras da forma mais abrangente possível.” (KLOEPFER, 2005, p. 168-169)³⁰.

O que interessa enfatizar neste sentido é a possibilidade de se reconhecer,

sob o mesmo argumento, que, independentemente de se considerarem ou não os efeitos que uma noção de mínimo ecológico de existência exerça sobre as diversas realidades normativas de proteção do direito fundamental ao meio ambiente, a própria condição e a posição dos deveres estatais de proteção do meio ambiente enumerados no texto brasileiro permitem que sejam expostas duas conseqüências de grande relevância.

Pela primeira, tem-se que há, também na ordem constitucional brasileira, um dever estatal de reduzir os riscos ao meio ambiente³¹; pela segunda, que esse dever estatal de reduzir os riscos alcança indistintamente os riscos que estejam acessíveis ao conhecimento científico disponível (redução de seus efeitos) e mesmo os riscos inacessíveis, de forma plena, ao conjunto das manifestações desse conhecimento, reforçando-se — agora sob uma abordagem estrita de uma realidade objetiva do direito fundamental ao meio ambiente — a particularidade do regime de regulação de riscos definido pela Constituição ambiental brasileira.

Trata-se de um regime que propõe uma abordagem preventiva e precaucional, orientada por um dever estatal geral de reduzir os riscos e pelos deveres reforçados de prevenir os riscos vinculados aos efeitos de aplicações tecnológicas e de garantir proteção perante riscos potenciais de processos, técnicas e tecnologias ainda suscetíveis a indefinições científicas — esta uma abordagem estritamente precaucional.

A prevenção supõe, portanto, o conhecimento dos riscos e das medidas destinadas a evitar ou a diminuir os danos, enquanto a aplicação do princípio da precaução é determinada em razão das incertezas do não conhecimento. (LE DÉAUT, 2001, p. 58).

Nem sempre a urgência da adoção de medidas de proteção diante de riscos demandará ações precaucionais, já que é possível atendê-los por medidas preventivas. Da mesma forma, se os efeitos negativos de novas tecnologias não necessariamente geram a adoção de medidas de precaução, parece que a afirmação constitucional de um princípio de responsabilidade de longa duração e a potencialidade de que isso afete os interesses das futuras gerações (os quais não podem ser determinados *prima facie*) impõem aos deveres de proteção, nessa hipótese, não apenas um imperativo de ponderação preventiva, mas um imperativo de ponderação precaucional de suas escolhas na conformação dos deveres de proteção. (CANOTILHO, 2007, p. 9).

O objetivo ou princípio da responsabilidade de longa duração fundamenta o reforço sobre a proteção objetiva do ambiente (deveres de proteção), indicando à ação pública que considere essa dimensão na seleção de suas opções e, mais especificamente, que considere os riscos de cuja existência, causalidade ou magnitude ainda não tenham certeza científica, para o efeito da proposição de quaisquer medidas de regulação.

Uma vez que, no contexto da ordem constitucional brasileira, os deveres de proteção estatal podem se manifestar como imperativos de ponderação preventiva ou imperativos de ponderação precaucional, é possível justificar, considerando a qualidade dos efeitos das fontes responsáveis pelas alterações climáticas extremas, e o princípio da responsabilidade de longa duração, que todos os deveres de proteção definidos pelo § 1º, do artigo 225, possuem a aptidão para veicular uma abordagem precaucional e vinculam os particulares e o próprio Estado.

É assim que, evidenciada, v.g., a existência de riscos marginais de elevada magnitude que não podem ser completamente esclarecidos pelo conhecimento científico disponível, seria possível autorizar a justificação de medidas de proteção nas hipóteses de: a) práticas que pudessem expor a efeitos negativos a função ecológica da fauna e flora; b) processos ou atividades já inseridos na cadeia produtiva que possam produzir prejuízos à saúde humana e ao meio ambiente; c) toda e qualquer iniciativa ou omissão que possa expor a riscos a diversidade e a integridade do patrimônio genético, mesmo quando não se tenha conhecimento científico disponível que possa confirmar a produção dos efeitos enumerados.

Em síntese, é possível conceber a noção de mínimo ecológico de existência na condição de resultado que decorre da combinação do exercício da iniciativa estatal e dos particulares, objetivando assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais, que sejam indispensáveis para que se possa assegurar um conjunto de realidades existenciais dignas ao homem, compreendido este sob a forma de uma específica imagem de homem em um Estado de direito, que é social, democrático e ambiental. Compreende-se, sob a noção de um mínimo ecológico de existência que, este homem, pessoa humana que deve ter asseguradas condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade, somente pode fazê-lo se lhe estiverem acessíveis, realidades existenciais capazes de proporcionar o exercício dessas liberdades. Garantias relacionadas a um conjunto mínimo de prestações de conteúdo social, econômico, cultural e, agora, ecológico, constituem o veículo para uma existência digna do homem como pessoa, destinatária da proteção estatal e, não mais como objeto de sua iniciativa.

A noção de mínimo ecológico de existência surge, portanto, conforme salientado como uma consequência no plano existencial [no plano ecológico de existência], de um sistema de responsabilidades compartilhadas. Se a coletividade possui o dever de defender e assegurar que seus comportamentos não degradem a qualidade de vida de um bem que é indivisível e, que pode afetar o bem-estar de terceiros, cabe ao Estado, em primeiro lugar, assegurar por sua iniciativa, que esta qualidade não seja degradada, por deficiência em sua proteção normativa, pela ausência de proteção ou por insuficiência na proteção.

3. COMO SE DEVE PROTEGER? O PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA AMBIENTAL.

Um imperativo de não-retorno sugere (e também exige) que sejam buscadas algumas respostas para a seguinte questão: como proteger o meio ambiente?

Se já se chegou ao momento em que sabe-se muito e sabe-se das consequências, sob o ângulo de uma tarefa que é estatal e social, os poderes públicos podem recusar dar valor para um imperativo de proteção?

Se antes exigir o não retorno propunha uma realidade adicional porque exigia a consideração de níveis elevados de incerteza para justificar ações públicas por meio de precaução, neste momento, o não retorno seria um imperativo. O acesso ao conhecimento científico disponível exige uma resposta e esta resposta não pode impor o retrocesso.

A construção de uma proibição de retrocesso no plano dos níveis de desenvolvimento dos direitos fundamentais geralmente está associada à realização, pelo Estado, de padrões existenciais sociais, econômicos e culturais, e se impõe como uma garantia de que o núcleo essencial desses direitos — que já tenham sido efetivados e realizados pelo legislador — não possa ser removido (por iniciativas de anulação, revogação ou pura aniquilação) sem medidas de compensação. (CANOTILHO, 2004a, p. 340).

O princípio aponta para uma proibição da reversão no desenvolvimento dos direitos fundamentais, e para uma garantia de não-retorno a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados³². Por outro lado, também veicularia como efeito uma proibição de reversibilidade dos estágios de desenvolvimento e de proteção de várias realidades existenciais os quais foram proporcionados, por iniciativa do Estado, a uma determinada sociedade, residindo neste aspecto o principal problema sobre sua admissão.

É assim que as decisões sobre a forma de realização dos direitos fundamentais dependem de opções que estão atribuídas, inicialmente, ao legislador. Este, em princípio, poderia selecionar as alternativas que melhor atendessem a concretização de realidades existenciais em cada momento, revendo até mesmo essas decisões, levando também em consideração as restrições e limitações materiais e financeiras de cada contexto, não sendo admissível subtrair-lhe a iniciativa de poder, o qual lhe foi atribuído democraticamente³³.

Não é, entretanto, sob esse âmbito funcional que atua um princípio de proibição de retrocesso, o que reforça que, se o legislador tem o poder

de realizar escolhas sobre o estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, não pode dispor livremente sobre eles, na medida em que a legislação está vinculada aos direitos fundamentais, não sendo, portanto, a dona dos direitos fundamentais, para utilizar a referência de Canotilho. (CANOTILHO, 1994, p. 369).

A proibição de retrocesso não se impõe enquanto um princípio geral (ANDRADE, 2004, p. 408) que veda a revisão de escolhas sobre a concretização dos direitos fundamentais, mas se impõe estritamente sobre a garantia de revisão e de retorno na concretização de um mínimo, cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana, e é somente este mínimo que se encontraria sob a reserva de revisão pelas decisões estatais. (SARLET, 2006, p. 352-353)³⁴.

Uma posição diferenciada é apresentada por Novais (NOVAIS, 2003, p. 138)³⁵, para quem uma proibição de retrocesso ou de regressividade não poderia ser considerada o resultado da realização de direitos sociais, tampouco possuiria autonomia heterovinculativa sobre o legislador.

Mas o fato de não reconhecê-la nessa condição não exclui a possibilidade de admitir a proteção contra a revisibilidade de situações jurídicas estabilizadas sob outras garantias (proteção da confiança ou segurança jurídica), ou, ainda, de direitos sujeitos à reserva do possível, caso se tenha um grau considerável de estabilização de expectativas na sociedade, que orientem a manutenção de um determinado grau de realização. (NOVAIS, 2003, p. 138)³⁶.

Em outro momento, parece ter proposto um maior desenvolvimento àquela orientação, esclarecendo que o problema não se imporia em termos daquele princípio, mas sim, como um problema de restrições a direitos fundamentais, de modo que, se o legislador pode efetivamente revisar e alterar um nível de proteção conferido a um direito fundamental, ele somente pode fazê-lo mediante a apresentação e demonstração de relevantes razões jusfundamentais de justificação. (NOVAIS, 2004, p. 306-307)³⁷.

Ainda que não se admita um princípio autônomo de proibição de regresso nos graus de realização social, e a menos que ele seja admitido como um princípio de proibição geral, pode-se argumentar que há relativo consenso que define como efeito a ser considerado a proibição de uma desconstituição sem um efeito compensatório e a proteção perante iniciativas de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais que não tenham justificativas jusfundamentais suficientes.

Na medida em que, para aqueles que sustentam a elaboração do princípio, um mínimo de existência representaria, na verdade, um argumento jusfundamental relevante para manter determinado nível de realização de

um direito fundamental, parece possível reconhecer em sua elaboração um sentido pelo qual, apesar de não proibir a reversão, define-se uma margem de reserva que não pode ser afetada pelas decisões públicas de desenvolvimento social, a menos que uma melhor razão jusfundamental seja apresentada.

A manutenção de um determinado nível de desenvolvimento social estaria justificada em um argumento jusfundamental (mínimo de existência), que imporia um ônus argumentativo extremamente alto para fundamentar uma reversão. É estritamente sob essa orientação que se justifica a abordagem com base em uma referência a um princípio de proibição de retrocesso e, agora, a um princípio de proibição de retrocesso ambiental³⁸.

Qualquer abordagem sobre a noção de proibição de retrocesso, incluída aqui uma abordagem ecológica sobre o princípio, não pode prescindir de que se determine, primeiro, de que objeto se ocupa a proteção de retrocesso, mais especificamente, de garantir uma proteção dos efeitos materiais da norma no plano da proteção concreta de bens ou uma proteção de uma determinada realidade normativa (das realidades existenciais proporcionadas, ou de posições jurídicas constituídas), e depois, de que modo pode ser demonstrada uma situação objetiva de retrocesso ou de reversão proibida³⁹.

Em relação ao primeiro problema, fazendo referência ao retrocesso nos níveis de proteção do ambiente (nominada como retrocesso ecológico), Canotilho (CANOTILHO, 2004b, p. 183) parece propor que o objetivo protegido é a proteção de realidades normativas, ou o efeito da norma de direito fundamental sobre a definição de uma determinada realidade existencial.

Desse modo, como critério para aferir a evidência de uma situação veiculadora de retrocesso ecológico, considera, em princípio, que a evidência básica deve ser a de agravamento da situação ecológica global, não obstante reconheça que a concretização do princípio, enquanto mandado de proibição, encontra melhores condições de operacionalização se considerados individualmente os recursos naturais. (CANOTILHO, 2004b, p. 182). Isso porque “[...] A água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o ‘grau de esgotamento’, surgindo os ‘limites do esgotamento’ como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos.” (CANOTILHO, 2004b, p. 184).

Sobre o segundo, Courtis (COURTIS, 2006, p. 42) considera que um critério relevante seria a admissão da noção de progressividade fixada pelo artigo 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que vincula a iniciativa dos Estados aos níveis de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁰.

Desse modo, uma norma deve ser considerada regressiva sempre que

o grau de efetividade de um direito veiculado pela nova norma resulte inferior àquele que já havia sido alcançado anteriormente, de modo que somente seria possível afirmar-se uma situação de reversão proibida ou de retrocesso proibido mediante uma análise empírica e comparativa entre as realidades normativas^{41 42}.

A composição dessas conclusões importa admitir como efeitos de uma proibição de retrocesso ambiental o fato de não ser possível ao Estado autorizar, tolerar ou atribuir proteção normativa a comportamentos privados que degradem a qualidade dos recursos naturais, ou que os próprios particulares se esquivem de proceder à execução de seus deveres de defesa do ambiente, ou ainda que estes excedam os limites constitucionais para o exercício de suas liberdades econômicas.

Portanto, vinculadas a uma proibição de retrocesso que pode ser justificada no próprio conteúdo definido pelo sistema de proteção objetiva do ambiente na ordem constitucional brasileira — orientado por um princípio de responsabilidade de longa duração —, as decisões privadas, regulatórias (políticas, normativas, legislativas ou judiciais), encontram-se vinculadas a um dever de proteção que somente pode ser corretamente concretizado se protegidos os interesses das futuras gerações⁴³.

Como bem acentuado por Canotilho (CANOTILHO, 1999, p. 44), os poderes públicos possuem responsabilidades perante as futuras gerações, e estas responsabilidades tornam-se concretas apenas quando adotados, na condição de deveres, comportamentos privados e públicos, que sejam amigos do ambiente.

Uma vez que as funções estatais e os particulares estão vinculados a um princípio de responsabilidade de longa duração, o processo de formação de suas decisões *não pode produzir como resultado um estado de proteção inferior ao precedente, tampouco um estado de qualidade dos recursos de mesma medida*.⁴⁴

Häberle (HÄBERLE, 2001, p. 131) parece admitir a idéia de proibição de retrocesso com base na proteção da dignidade da pessoa humana, concebida como a imagem antropológica de um Estado constitucional, que proibiria a regressão a momento anterior ao reconhecimento das garantias jurídicas revolucionárias de 1789.

Entretanto, o argumento não importa considerar que a referência de dignidade se restrinja à imagem revolucionária do homem, já que seu conceito se mantém aberto aos direitos fundamentais, permanecendo suscetível à revisão, para que possa assumir conteúdos novos e transformadores. (HÄBERLE, 2001, p. 132).

Uma manifestação dessas transformações propõe agora a consideração de que um mínimo de existência também agrega uma concepção não-

biologicista e, ecológica, sobre a definição de uma realidade existencial protegida pela proibição de retrocesso, que, vinculada à necessidade de preservação desse mínimo ecológico de existência, não pode ser desconsiderada seja pelo Estado, seja pelos particulares, igualmente vinculados à sua proteção, que é o resultado da composição de realidades subjetivas e objetivas do princípio da dignidade e do próprio direito fundamental ao meio ambiente. (SARLET, 2007, p. 339-342).

Uma vez definidos os fundamentos que sustentam a construção dogmática de um imperativo de não retorno na proteção do direito fundamental ao meio ambiente, ainda se faz necessário determinar os fundamentos por meio dos quais seria possível reconhecê-lo e justificá-lo como instrumento central para a sua concretização.

3.1. Os fundamentos normativos de um imperativo de não retorno nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e na constituição brasileira.

Uma realidade semelhante a que se encontra referida nesta seção como objetivo de investigação pode ser desenvolvida por meio de duas premissas importantes: a) Proporcionar bem-estar por meio de prestações existenciais com essas, exige esforços progressivos, permanentes e ininterruptos do Estado; b) esses níveis de bem-estar nunca poderão ignorar ou desconsiderar padrões mínimos, porque vinculados a um imperativo de proteção coletiva dos direitos de tal natureza.

Por meio deles podem ser localizadas as fontes mais importantes para a fundamentação de um imperativo de não-retorno nos níveis de proteção (do direito fundamental ao meio ambiente). Sua origem concentra-se no direito internacional dos direitos humanos que se vale de um efeito cliquet (MAZZUOLI: 2012) que se encontra associado àquelas obrigações e compromissos definidos por meio de instrumentos convencionais (especialmente os oriundos de normas imperativas de direito internacional) pelos Estados, que, desse modo, comprometem-se a proteger as pessoas com cada vez melhores recursos e visando lhes garantir sempre, cada vez mais e melhor proteção.

Apenas para citar os instrumentos convencionais mais importantes, e sem o propósito de esgotar a enumeração destas fontes, situando-as com o objetivo meramente enunciativo e de contraste entre os sistemas global e regional, podem ser identificados dois de grande influência na interação com as experiências jurídicas nacionais: o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (United Nations: 1966) no âmbito global, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA: 1969) e seu

respectivo protocolo adicional (OEA: 1998), o qual define o direito ao meio ambiente como parte dos direitos protegidos pela convenção.

Nesses instrumentos, identifica-se um regime de proteção para direitos que favorecem o desenvolvimento pleno da vida, tentando assegurar o acesso àquele conjunto de prestações existenciais que pode trazer qualidade de vida a todos. O meio ambiente faz parte dessa perspectiva, ainda que sob um ângulo antropocêntrico, mas que não é utilitário, esclareça-se.

O pacto define em seu artigo 2.1 que todas partes comprometem-se a assegurar o pleno exercício dos direitos definidos no instrumento por meio do compromisso de adoção progressiva de medidas, e até o limite dos recursos que estejam disponíveis, sendo o texto semelhante àquele que viria ser esboçado no artigo 26 da Convenção Americana, em 1969, no qual ganham destaque a) a descrição expressa das medidas legislativas; b) a técnica de não enumeração das demais medidas adequadas a essa finalidade e, principalmente; c) o fato de propor um regime para todos os direitos e liberdades definidos pela convenção como cláusula geral de proteção. Em reforço a essa abordagem definida pela convenção, o sistema regional também a reproduziu por meio do regime de proteção dos direitos econômicos, sociais, e culturais veiculado pelo Protocolo Adicional de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O protocolo assegurou no texto dos artigos 1 e 11, o dever de progressividade na adoção das medidas destinadas a viabilizar a concretização de tais direitos, ao mesmo tempo em que reconheceu ser o direito ao meio ambiente um dos DESC, sujeitando-o ao mesmo regime de proteção dos demais direitos humanos definidos pelo instrumento convencional, além de ter fixado expressamente, em seu artigo 11.2, três obrigações que bem delineiam a extensão dos efeitos de um princípio de não retrocesso, ou de não retorno: os deveres de proteção, manutenção de melhoria da qualidade dos recursos naturais. Sob a composição dos três deveres resultam nítidos os dois principais efeitos do regime de proteção dos direitos humanos que interessam à definição do conteúdo de um princípio de não retrocesso: uma cláusula de status quo nos níveis de proteção já atingidos (standstill) e uma cláusula de progressividade, de aperfeiçoamento e de melhoria daqueles níveis que já foram atingidos, a qual exige dos Estados-parte que dêem passos concretos e efetivos de forma continuada e permanente, de acordo com sua capacidade financeira e econômica.

As convenções e tratados internacionais de proteção dos direitos humanos favorecem um sentido de aperfeiçoamento da proteção sobre a biodiversidade, não tendo proposto até o momento, uma única realidade que tenha eliminado, diminuído ou mitigado o conjunto de garantias que

já foi atingido no plano internacional.

Esse regime de proteção encontra sua representação mais destacada em matéria ambiental no âmbito do conjunto de compromissos que foram fixados pela Convenção da Diversidade Biológica e pela Convenção de Ramsar. Ambas ostentam a condição de normas imperativas de direito internacional⁴⁵ e exigem entre outras obrigações, que o Estado brasileiro adote ações que também assegurem a conservação in situ, além do dever de elaborar e de manter legislação em vigor capaz de proteger esses espaços, os processos biológicos e as espécies ameaçadas⁴⁶.

Se o direito ao meio ambiente é também um direito humano e se encontra sujeito ao regime e proteção dos DESC, estando todos os instrumentos convencionais referidos integrados à ordem jurídica brasileira em razão do que prescreve o artigo 5, § 2º, da Constituição brasileira, também seria, por outro lado, possível reconhecer no âmbito da própria ordem constitucional, manifestações que favorecessem a consideração do princípio, per se?

Como seria possível tratar, portanto, de um efeito de não-retorno na ordem jurídica nacional? Deve-se considerar, antes de tudo, uma composição normativa baseada em um Estado aberto, e em uma ordem jurídica aberta à comunicação com outras experiências, que auxiliam e contribuem para o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da ordem nacional. Pode-se tratar semelhante fenômeno por meio do uso de um diálogo de fontes (JAYME: 1998), ou por meio de uma experiência de transconstitucionalismo (NEVES: 2009), mas o que interessa é o reconhecimento de que a capacidade do Estado proteger o meio ambiente, neste momento, depende e dependerá, cada vez mais, de sua capacidade de aprendizagem com estas experiências.

A ordem jurídica brasileira é uma ordem materialmente aberta e estabelece um diálogo permanente com as fontes, sendo possível que deste diálogo se obtenha um importante efeito sobre as decisões que são tomadas pelos parlamentos. Os tratados e convenções, sejam elas do sistema global ou regional, desenham nitidamente um princípio de progresso na proteção dos direitos do homem, e deste princípio de progresso decorre um imperativo de não retorno, e de não retrocesso.

As obrigações previstas no texto do artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; no artigo 26, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; nos artigos 1, 12, e 12.1 do Protocolo Adicional de San Salvador propõem um rigidíssimo bloco de convencionalidade ambiental que não permitiria a desconstituição dos níveis de proteção que já foram atingidos.

Como se dá esta interação na experiência brasileira? O meio ambiente é um direito humano, vinculado ao regime de proteção dos direitos

econômicos, sociais e culturais, reconhecido em dois instrumentos, no sistema global e regional que já há algum tempo vigem e obrigam o Estado brasileiro. Constituem não apenas jus cogens, senão também norma imperativa na ordem nacional.

O que isso significa? A consideração de todos os instrumentos referidos e enumerados aperfeiçoa a capacidade de transformação que pode ter origem em nossa Constituição ambiental, e no artigo 225. Este deve ser compreendido da seguinte forma: temos aqui um texto que define uma proteção de realidades existenciais que são indispensáveis para o desenvolvimento da vida, e condiciona decisões de longo prazo. Quais são esses bens? Os recursos naturais.

Se o sincretismo, o diálogo e a interação entre as fontes reforça o processo de aprendizagem constitucional no âmbito a experiência nacional, por outro lado, a própria Constituição brasileira também não se mostra tolerante com comportamentos que violem o efeito cliquet dos instrumentos convencionais. O texto nacional exige que o Estado e toda a comunidade política protejam os processos ecológicos essenciais e se abstenham de realizar escolhas que ameacem as funções ecológicas da flora e da fauna (artigo 225, § 1º, incisos I e VII). Em acréscimo, o texto também define que a proteção daqueles fundamentos naturais indispensáveis ao desenvolvimento da vida se dá no interesse das futuras gerações (artigo 225, caput), e propõem cláusula muito específica destinada a proteger os espaços naturais especialmente relevantes, de quaisquer iniciativas legislativas que proponham sua extinção ou redução, se tais medidas puderem comprometer, sob qualquer grau de ameaça, os atributos que justificaram sua proteção (artigo 225, § 1º, inciso III).

Há nessas quatro tarefas um claro indicativo de que ninguém está, na república brasileira, autorizado a atingir por meio de suas escolhas, as condições naturais que sejam essenciais ao desenvolvimento da vida. Da mesma forma, há um claro indicativo de que deve ser desenvolvida a proteção que já se pôde obter. Isso porque os compromissos do Estado e os efeitos de suas decisões não se destinam restritivamente à proteção da qualidade de vida da comunidade política existente, senão também a das futuras gerações.

Suas escolhas não podem, desse modo, atingir os limites que definiriam um mínimo existencial ecológico (artigo 225, § 1º, incisos I, III e VII), ao mesmo tempo em que devem ser capazes de aperfeiçoar os níveis já atingidos no interesse das futuras gerações (artigo 225, caput).

Em semelhante cenário, o bloco de constitucionalidade ambiental (e de convencionalidade ambiental) proporcionados pela ordem jurídica brasileira não favorecem a admissão de escolhas que obstem a proteção das condições indispensáveis para a continuidade dos processos ecológicos essenciais, dos quais depende a durabilidade da vida (equidade

intergeracional), e manutenção das funções ecológicas da flora e da fauna, além da proteção dos espaços naturais especialmente protegidos.

Os dispositivos constitucionais referidos permitem, portanto, o reconhecimento de um imperativo de não retrocesso, independente de sua interação com a ordem jurídica convencional. Essa argumentação poderia ser sustentada por meio da definição de um mínimo existencial ecológico que não poderia ser desconstituído por iniciativa de decisões públicas ou privadas.

Em reforço a essa orientação, ao definir um princípio de equidade intergeracional, o artigo 225, caput, propõe um sentido de progressividade para as tarefas estatais (e sociais) de proteção do meio ambiente que não admitem o retorno. Se faz parte do compromisso da república brasileira proteger o meio ambiente no interesse das futuras gerações, deve-se reconhecer que o imperativo de sua proteção impõe claramente aos poderes públicos e a toda a coletividade, um dever de não diminuir a qualidade dos recursos naturais, estando aqui o fundamento objetivo de um imperativo de não retorno nos níveis de proteção ambiental.

Um imperativo de não retorno que decorre do conjunto das normas constitucionais referidas constitui, ao mesmo tempo, limite e condição para as decisões parlamentares. Semelhante imperativo não permitiria que decisões parlamentares como a que veiculou os dispositivos comentados, pudessem ser concretizadas.

Por meio do artigo 225, § 1º, incisos I e VII, da CRFB, o Estado brasileiro tem um compromisso permanente com a manutenção daquelas condições que sejam indispensáveis para o desenvolvimento da vida. Há aqui um claro reconhecimento de um imperativo de sustentabilidade porque este Estado deve proteger as pessoas, deve proteger as futuras gerações e deve proteger as condições que asseguram a existência da comunidade política, elementos estes que se agregam em uma relação indivisível.

A proteção normativa da biodiversidade parte de uma premissa fundamental: a de mediar as leis da natureza (BOTKIN: 1989), sendo que a realidade é, em primeiro lugar, e antes de qualquer construção cultural ou sociológica, o conjunto de processos ecológicos que suportem a vida.

3.2. O teste da retrocessividade das medidas de proteção.

Há várias formas de se identificar manifestações normativas retrocessivas por meio das iniciativas públicas, estando as mais relevantes identificadas nos comentários gerais de n. 03, do Comitê sobre os DESC, de 1990 (United Nations: 1990). As quatro principais são: a) políticas incompatíveis; b) revogação de normas indispensáveis para a proteção do mínimo, c) normas que reduzam os níveis que já foram atingidos; d) e redução dos gastos de forma deliberada.

Aparentemente, o Estado brasileiro tem seguido fielmente a lição. Diminuiu investimentos, pretende derrogar a proteção das políticas florestais, propõe políticas públicas contraditórias (incentivos sobre o IPI e o investimento em infra-estrutura de forma desordenada), e a atuação judicial nociva ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, sendo este último aspecto destacado na próxima seção para o fim de expor abertamente as contradições e a incapacidade de as estruturas institucionais nacionais concretizarem os compromissos de um Estado ambiental.

A ordem constitucional brasileira encontra-se organizada na direção da afirmação de um princípio de sustentabilidade. Quando se considera que a sociedade, e cada um de nós temos responsabilidades com as gerações futuras, que envolvem a proteção do meio ambiente em cooperação com o Estado, está sendo assinalado pela Constituição que assegurar a manutenção de condições para a durabilidade de todas as formas de vida, é um imperativo público e social. Temos aqui um imperativo de proporcionar uma realidade existencial sustentável como um compromisso político permanente, com todos os membros da comunidade, e com os não nascidos. No caso dos particulares, o princípio de sustentabilidade (e a responsabilidade de contribuir para a proteção das futuras gerações) está bem refletida na função ecológica da propriedade: todos devem ser capazes de viabilizar a proteção dos processos ecológicos essenciais, e viabilizar o bem-estar coletivo, mantendo parte de sua propriedade vinculada à reserva legal, além de proteger os espaços destinados às áreas de preservação permanente.

Existe, portanto, a hipótese de se construir uma noção de não retorno nos níveis de proteção, tomando-se o contexto da ordem jurídica brasileira. Entretanto, para que possa ser viabilizada, necessário se faz considerar uma construção dogmática de ordem jurídica aberta, que se comunica com outras experiências, em uma relação de sincretismo, sincretismo com experiências externas, e sincretismo com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A proteção do ambiente dependerá, nesse sentido, da capacidade de aprendizagem da ordem jurídica nacional, que poderá aperfeiçoar as consequências de sua atividade, de acordo com os resultados que já puderam ser proporcionados pela construção realizada por outros tribunais e parlamentos, considerando conflitos socioambientais de semelhante conteúdo.

Sendo assim, se existe um imperativo de sustentabilidade, que se converte em uma tarefa pública e em uma responsabilidade social e coletiva, e se a ação pública não favorece a progressividade nos níveis de qualidade ambiental, a consideração de um princípio de proibição de retrocesso terá pouca utilidade se não se puder tê-lo como um imperativo a serviço de instituições ecologicamente sensíveis.

A próxima seção examinará se, de fato, os compromissos de um Estado ambiental tem condições, neste momento, de ser viabilizados pelas instituições nacionais, especialmente pela função judicial.

4. O ESTADO BRASILEIRO PROPORCIONA, NESTE MOMENTO, A CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE UMA CONSTITUIÇÃO AMBIENTAL? O ESTADO DE RETROCESSO AMBIENTAL.

O Estado brasileiro fez escolhas e assinalou que está fora do alcance do poder de decisão dos parlamentos, dos particulares, e de quaisquer funções públicas, diminuir os níveis que sejam essenciais ao desenvolvimento da vida. Integrar objetivos ambientais nas escolhas orçamentárias, além de compreender que a definição de dignidade de vida supõe, essencialmente, como ponto-de-partida, o acesso a níveis adequados de qualidade dos recursos naturais, influencia a transformação das instituições no caminho do que Perez (PEREZ: 2004) define como uma sensibilização ecológica, ao mesmo tempo em que enfatiza um princípio de sustentabilidade com pedra angular da ação pública e social brasileiras.

Quando se define que a ordem econômica brasileira é uma ordem social e ecológica de mercado, está sendo assinalado que não se autoriza que o particular exerça suas liberdades econômicas de forma incompatível com a tarefa de proteção dos bens ambientais.

Da mesma forma, está sendo assinalado que não há prevalência ou conflito entre objetivos e valores que tenham sido protegidos pela ordem constitucional nacional, senão a clara exposição de um compromisso de conciliação, que subtrai de quaisquer atores, o poder de realizar escolhas que desconstituam a tarefa de se atingir a proteção dos processos ecológicos essenciais.

Se a lei, a decisão judicial ou mesmo as escolhas executivas não permitam que os processos ecológicos essenciais sejam conservados ou protegidos, temos então atos sujeitos à censura da ordem constitucional.

Se as noções de progressividade e de proibição de retrocesso são indispensáveis para que se consiga aceder, de forma coletiva a níveis essenciais de qualidade de vida, a afirmação de uma república ecologicamente sensível depende, necessariamente, de instituições sensíveis, que estejam em condições de proporcionar a afirmação desses valores e a transformação das realidades existenciais, em conformidade com as tarefas apontadas no projeto político da Constituição (uma constituição aberta a experiências externas).

Não é este, entretanto, o contexto que se encontra visível, por ora, por meio das escolhas realizadas por cada uma das funções públicas nacionais, que tem apontado em suas manifestações, um processo sistemático de

revisão retrocessiva na ordem jurídica brasileira.

Iniciando o exame sobre a qualidade das escolhas realizadas pela função executiva, tem-se o seguinte cenário de decisões recentes capazes de merecer a atenção e a consideração do princípio: a) subtração da participação e dos procedimentos de consulta prévia informada perante os povos indígenas no licenciamento da usina de Belo Monte e o descumprimento da convenção n. 169, da OIT; b) violação de compromissos internacionais sobre resolução de controvérsias no sistema regional de proteção dos direitos humanos por meio do não reconhecimento da autoridade da comissão interamericana de direitos humanos sobre o caso Belo Monte; c) a incapacidade de assegurar a manutenção dos compromissos internacionais com a redução de emissões no âmbito de acordos climáticos com a revogação do Código Florestal pela lei n. 12. 65/2012, d) a aceleração dos procedimentos de licenciamento ambiental, flexibilização do regime diferenciado de contratação (RDC) e a lei geral da Copa do Mundo, e com as novas regras veiculadas pelo órgão ambiental federal; e) a diminuição da dotação orçamentária anual para os órgãos que compõem o sistema nacional do meio ambiente; f) a descentralização sem aperfeiçoamento nas dotações orçamentárias do ICMBIO e fechamento de sedes de unidades administrativas nas capitais brasileiras.

Idêntico cenário também tem sido veiculado pela função legislativa por meio, v.g: a) da revisão da legislação florestal e a proposição de uma legislação imobiliária rural e; b) da lei de biossegurança (lei n. 11.105/2005) que propõe uma estrutura de decisão que não assegura a aquisição do conhecimento científico disponível para viabilizar boas escolhas (e boas escolhas são escolhas seguras e escolhas que possam oferecer proteção coletiva) sobre novos riscos tecnológicos;

Por fim, se a correção de distorções ou de deficiências na proteção teria de encontrar solução na função judicial, seria conveniente realizar uma aproximação sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) para o fim de investigar se essa hipótese pode ser confirmada, sendo estes os principais resultados oriundos das mais relevantes questões que foram levadas ao seu conhecimento nos últimos dez anos:

- a) ADI 3540 (rel. Min. Celso de Mello): foi reconhecida a constitucionalidade de atos normativos que flexibilizarem o regime jurídico das áreas de preservação permanente, autorizando a prática de mineração em tais espaços;
- b) ADI n. 4218 (rel. Min. Luiz Fux): o ministro julgou inadmissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4218) proposta pela Procuradoria-Geral da República contra o Decreto 6.640/2008, que trata da proteção das cavernas brasileiras. O ministro considerou que o decreto é um ato normativo secundário, “editado pelo

Executivo para esmiuçar e dar cumprimento aos parâmetros gerais previstos em lei para a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional”, não havendo, portanto, violação direta da Constituição. Como resultado final teve-se que a proteção das cavernas poderia sim ser flexibilizada pela norma regulamentar;

- c) Petição n. 3388/RO (rel. Min. Menezes Direito e rel. para o acórdão, min. Ayres Britto): foram fixados 16 condicionamentos para o exercício livre e permanente do usufruto sobre as terras indígenas no caso Raposa Serra do Sol, as quais não se encontravam previstas pelo próprio artigo 231 da Constituição, além de divergirem frontalmente do regime definido pela convenção n. 169, da OIT;
- d) ADI n. 4252/SC e da ADI n. 4253/SC (rel. Min. Celso de Mello): as ações que apreciam a afirmação de inconstitucionalidade do Código Ambiental de Santa Catarina sobre a diminuição dos padrões de proteção dos espaços naturais sequer foi apreciada em liminar pelo ministro relator.

Em semelhante cenário, resulta nítido que se fosse possível propor um teste de retrocessividade das medidas por meio da consideração de cada um dos quatro critérios definidos pelos comentários gerais n. 03/1990 já referidos, o Estado brasileiro teria desatendido com larga margem de violações a cada um dos quatro critérios, habilitando-se sem grandes dificuldades, a ocupar a condição de protagonismo em um processo de transformação institucional. Se por um lado a ordem jurídica brasileira expõe abertamente sua aptidão para proteger as condições indispensáveis para a existência duradoura da vida, sob todas as suas formas, cada um dos compromissos que foram fixados pela Constituição e perante a sociedade internacional, tem encontrado cenário que, pelo elevado grau de violações seria capaz de propor uma transformação da imagem de Estado que tem guiado as ações públicas e privadas.

No lugar de um Estado ambiental que precisa ser capaz de concretizar seus compromissos com o desenvolvimento da vida, as decisões e escolhas realizadas pelas funções públicas tem obstado tal processo de concretização por meio de consequências que melhor definiriam e identificariam a imagem de um Estado de retrocesso ambiental.

Se é conhecida a representação positiva que ostenta a qualidade da produção normativa nacional e matéria ambiental, bem como a de seus tribunais, o cenário descrito nesta investigação tem condições de propor, no mínimo, uma profunda reflexão sobre a confirmação de tal hipótese. Ao menos no caso dos tribunais nacionais, se um esforço de sensibilidade ecológica já tem sido confirmado em tribunais superiores, inclusive no que se refere ao reconhecimento do princípio de proibição de retrocesso, mesmo que em solitária decisão até este momento (MORATO LEITE; AYALA: 2012), o negativo diagnóstico exposto no espaço do tribunal que

define o sentido e o alcance da proteção oferecida pela Constituição não é capaz de confirmar, em absoluto, a imagem de um Estado ambiental.

Fazendo o uso da leitura proposta por Tushnet (TUSHNET: 2008) para a Constituição norte-americana, se naquela experiência, os direitos são fracos e existiria uma tendência de fortalecimento dos tribunais para que, v.g, os DESC pudessem ser concretizados, o Brasil expõe neste momento cenário diametralmente oposto: há direitos muito poderosos mas, sobretudo, tribunais ainda menos fortes do que poderiam ser para o fim de obstar decisões inconsequentes e nocivas à proteção da vida, das presentes e das futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho demonstrou a relação existente entre a definição de um direito ao meio ambiente na condição de direito fundamental, e a elaboração de um sentido alargado de dignidade de vida.

Para tanto, propôs-se que a necessidade de proteção dos elementos naturais decorre de um projeto existencial definido pela ordem constitucional brasileira, que requer a colaboração estatal e coletiva, com vistas a garantir a existência duradoura de todas as formas de vida.

Semelhante tarefa requer a proteção de um nível mínimo de qualidade dos recursos naturais, cujo acesso e existência constituem parte integrante de uma noção ampla de bem-estar, que procura compor necessidades de conteúdo antropocêntrico e biocêntrico, em torno da noção do que se denomina mínimo existencial ecológico.

Sustentou-se no texto que esse nível de proteção, por refletir o que uma determinada organização social admite e requer como indispensável ao desenvolvimento digno da vida, não pode ser eliminada por iniciativas estatais retrocessivas.

Iniciativas como as referidas, geralmente destinadas a mitigar cada vez mais os condicionamentos ecológicos impostos ao exercício das liberdades econômicas, proporcionam e sugerem uma mensagem em sentido diametralmente oposto não só àqueles compromissos globais que o Estado brasileiro assumiu perante a ordem pública global, como com o próprio compromisso republicano exposto pelo texto constitucional, com um determinado projeto existencial que é em última análise, um projeto prospectivo, um projeto de futuro: propõe um sentido de comprometimento com um determinado cenário de futuro desejável e esperado para a ordem social, econômica, cultural.

Nesse contexto, cumpre ao Estado responder oportunamente e de forma suficiente pelo exercício de seu dever de proteção para o fim de assegurar uma proteção reforçada aos elementos naturais e a todas as formas de

vida [preponderantemente, por iniciativa de sua função legislativa ou através de escolhas ou decisões sobre as políticas públicas], de modo a permitir a proteção da pessoa humana, de sua dignidade, e de todas as suas realidades existenciais, assegurando-lhe a liberdade de escolher e de definir os rumos de sua própria existência [autodeterminação da vontade e livre desenvolvimento de sua personalidade].

Baseando-se em uma abordagem de comunicação e de interação entre experiências jurídicas foi possível demonstrar que a ordem constitucional brasileira não assegura proteção constitucional às iniciativas públicas ou privadas que se afastem do dever de proteção dos direitos fundamentais [neste caso, do dever de proteger o ambiente], que proponha redução nos níveis de proteção, configurando-se os excessos em seu exercício, desvios censurados sob o ângulo dos artigos 225, caput, e § 1º, incisos I, III, e VII, todos da CRFB de 1988.

Se o Estado não dá respostas a estes novos desafios, se não assegura proteção reforçada, não se verifica apenas a degradação da natureza, da cultura, e dos processos ecológicos, senão a existência da humanidade. Esta se vê comprometida porque será incapaz de ter acesso e se desenvolver plenamente, diante da subtração de uma das realidades existenciais indispensável para que usufrua de condições dignas de vida, a ecológica. Se as políticas públicas são deficientes, se as escolhas são inadequadas, se as opções são insuficientes ou simplesmente ausentes, cabe à função judicial assegurar uma alternativa, uma resposta, que pode até propor caminhos para a ação pública, reforçar ou ainda, auxiliar no processo de deliberação política sobre como se desincumbirá destas tarefas em um cenário de controvérsias, indefinições e multiplicação de posições.

Ao contrário do que se poderia supor de uma experiência normativa que favorece a interdição do retrocesso em matéria ambiental, a realidade apresentada na ordem jurídica brasileira propõe um cenário que é oposto, por meio do qual há direitos muito poderosos, mas tribunais e instituições que ainda precisam desenvolver sua capacidade de influenciar transformações substanciais nas políticas ambientais, e transformações substanciais nos projetos coletivos de vida das pessoas.

Ao mesmo tempo em que alguns avanços são verificados em alguns tribunais (como o Superior Tribunal de Justiça), no sentido de afirmar sua importância em questões de grande impacto social, como a queima de palha de cana de açúcar, a proteção dos manguezais e facilitando a reparação de danos ambientais decorrentes dos desmatamentos, por outro lado, essa unidade de propósitos ainda não consegue ser identificada no conjunto de tribunais em questões tão ou mais relevantes para a manutenção e o aperfeiçoamento dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro para com a comunidade, e que tem por

conteúdo determinante a manutenção de condições duradouras para o desenvolvimento da vida, assegurando-a e viabilizando-a.

O retrocesso não ocorre apenas quando são realizadas escolhas que desconstituam instrumentos e normas que protegiam bens vitais, senão também por meio de decisões que obstem que o progresso na proteção pudesse ocorrer. Em outras palavras, quando o Estado não dá passos e deixa de demonstrar seu compromisso com o desenvolvimento da proteção daqueles bens, por meio de todos os instrumentos que estivessem ao seu alcance, também expõe uma evidência de retrocesso.

Uma cláusula de status quo somente é admitida quando os níveis adequados já forma atingidos. Se ainda não forma, manter o status quo significa e implica retrocesso. (O futuro que queremos).

O Brasil está inserido em uma ordem pública global que não admite a interrupção no desenvolvimento das políticas públicas de interesse ambiental.

Tolerar ou inviabilizar o desenvolvimento dos direitos fundamentais em sua dimensão integral e indivisível representa e estimula um estado de frustração constitucional, que cresce e se desenvolve cada vez mais em uma realidade como a brasileira, na qual, as prestações essenciais ao desenvolvimento da vida se aproximam com maior força de demandas existenciais mais realistas como o acesso à água potável, à alimentação adequada, proteção da saúde, trabalho decente e moradia digna, do que realidades que, espantosamente, deveriam ser o ponto-de-partida para a reflexão sobre todas as demais liberdades e não são: a conservação de condições de salubridade dos recursos naturais. Estes são, de fato, os elementos que asseguram minimamente, o desenvolvimento da vida.

Se fosse possível propor uma contribuição neste momento e neste cenário de instabilidades diagnosticado na experiência jurídica brasileira, teria de ser, no mínimo a seguinte: se avanços ou progressos não são possíveis, já se chegou em um momento em que proteger o mínimo se tornou indispensável, ganhando ênfase o efeito de standstill. Se não é possível que sejam dados novos passos, ou ainda, passos mais vigorosos, talvez já tenha chegado a hora de se propor como a manifestação de um consenso global, o de uma cultura universal de não retrocesso. Para a indagação sobre que futuro queremos, e que foi realizada ainda em junho de 2012 no âmbito de uma conferência das nações unidas, talvez a melhor imagem desse futuro que queremos, seja, no mínimo, este.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- Ayala, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Botkin, Daniel. Discordant harmonies. A new ecology for the twenty-first century. New York: Oxford, 1990.
- Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato (Org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-11.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 77-89.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra, 1994.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999.
- Courtis, Christian. (Compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: (Compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-52.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. La constitución como orden abierto. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
- Fensterseifer, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-

constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

- Haberle, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.). Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- Haberle, Peter. La imagen del ser humano dentro del estado constitucional. Tradução de Carmen Zavala. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- Haberle, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Trad. de: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- Jonas, Hans. Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique. Traduit par: Jean Greisch. Paris: Flammarion, 1995.
- Jonas, Hans. Pour une éthique du futur. Traduit par: SabienCornile et Philippe Ivernel. Paris: Payot & Rivarge, 1998.
- Klopfer, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.). Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 153-184.
- Le Déaut, Jean-Yves. Le responsable politique face à la gestion du risque: L'exemple des biotechnologies. In: FERENCZI, Thomas. (Direc.). Les défis de la technoscience. Paris: Complexe, 2001. p. 57-69.
- Luther, Jörg. Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania. Giurisprudenza costituzionale, v. I, p. 2556, 1986.
- Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- Molinaro, Carlos Alberto. Direito ambiental. Proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- Novais, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004.
- Novais, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.
- O'Riordan, Tim. The politics of the precautionary principle. In: Harding, Ronnie; Fisher, Elizabeth (Editors). Perspectives on the precautionary principle. New South Wales: Federation Press, 1999.

- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (1966). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 12 mar. 2008.
- Pizzolato, Filippo. Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi. Milano: Giuffrè, 2004.
- Queiroz, Cristina. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006a.
- Queiroz, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006b.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- Queiroz, Cristina. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 321-354.
- Queiroz, Cristina. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: Courtis, Christian. (Compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- Weidner, Helmut. 25 years of modern environmental policy in Germany. Treading a well-worn path to the top of the international field. Discussion paper. Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1995.

NOTAS

1. Professor adjunto II, nos cursos de graduação e mestrado em Direito da UFMT. Coordenador-adjunto do programa de mestrado em direito agroambiental da UFMT (2011-2013). Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC), com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa no ano de 2006 (PDDE/CAPE). Líder do grupo de pesquisa “Jus-Clima” e pesquisador do grupo de pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco”, ambos credenciados junto a CNPQ; coordenador de jurisprudência da Revista de Direito Ambiental (RT), secretário-geral do Instituto O Direito por um Planeta Verde, membro da Comissão on Environmental Law da IUCN. Autor e colaborador em diversas obras jurídicas e periódicos, nacionais e internacionais. Procurador do Estado de Mato Grosso. pkayala@terra.com.br
2. Por adaptação, deve-se compreender, nos termos do artigo 2º, inciso I, da lei n. 12.187/2009, o conjunto das “iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima;” BRASIL. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional de Mudanças Climáticas – PNMC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2010.
3. O conceito de mitigação utilizado é aquele proposto pelo 4º Relatório do IPCC, e que também foi reproduzido pela lei n. 12.187/2009, que institui a Política Nacional de Mudanças Climáticas. O texto compreende por mitigação, as “mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros” em seu artigo 2º, inciso VII, que supõe a intervenção do homem, através de iniciativas tecnológicas.” BRASIL. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional de Mudanças Climáticas – PNMC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2010.
4. A referência a um conjunto de problemas ambientais de segunda geração é do professor Canotilho, exposta em: Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: Canotilho; José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.
5. O professor Canotilho faz referência a um constitucionalismo global em: Canotilho, José Joaquim Gomes. ‘Branquinhos’ e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constituinte. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 259-300. Entretanto, a abordagem descrita no projeto supõe um estudo comparado entre as realidades e experiências normativas no âmbito do Brasil, Portugal e na União Européia, propondo-se que a interação e o diálogo entre estas se faça a partir de uma noção de transconstitucionalismo. A escolha visa permitir a elaboração do sentido de uma unidade para a ordem jurídica, no domínio da proteção perante os riscos climáticos.

- A referência decorre de: Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
6. Para um panorama mais analítico sobre as experiências referidas, conferir: Ayala, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 173-230.
 7. Sobre o tema, cf.: Díaz Revorio, Francisco Javier. La constitución como orden abierto. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
 8. Para uma análise detalhada sobre o tema, vinculada à afirmação de um dever de solidariedade comunitária, consultar: Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 160-162.
 9. Saliente-se que a tarefa referida já se encontrava desvinculada de uma perspectiva utilitária de otimização das pretensões e expectativas individuais, uma vez que já não é recente na dogmática pública a afirmação de um sentido social, cuja expressão se refletia em objetivos de segurança social à coletividade, próprios de um Estado social de direito. Este por sua vez, representa uma perspectiva de proteção que é adicionada [não exprimindo, portanto, uma noção de superposição ou de substituição de projetos políticos por projetos autônomos] àquela primeira, própria de uma orientação liberal para o exercício do poder político, cuja expressão também se refletia na definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Esta definição priorizava a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, para a qual era fundamental o livre exercício das liberdades econômicas e civis.
 10. Para a sua definição, conferir: Blasberg, Daniela. Inhalts-und Schranken-bestimmungen des Grundeigentums zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Das Verhältnis von Art. 14 Abs. 1 und 2GG zu Art. 20a GG. Berlin: Springer, 2008; Callies, Peter H. Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; Kloepfer, Michael. A caminho do Estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. (Org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-72; _____. (Hrsg.). Umweltstaat. Berlin: Springer-Verlag, 1989.
 11. Cf. Haberle, Peter. Teoria de la constitución como ciência de la cultura. Trad. de: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 36-39.
 12. A referência a um conjunto de problemas ambientais de segunda geração é do professor Canotilho, exposta em: Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: Canotilho; José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.
 13. A referência a um Direito ambiental de segunda geração encontra-se exposta aqui no mesmo sentido em que foi empregada pela primeira vez por Nicholas Robinson em:

Robinson, Nicholas. Challengings confronting the progressive development of a second generation of environmental law. In: LIN-HENG, Lye et al. (Orgs.). Towards a "Second Generation" in Environmental Laws in the Asian and Pacific Region. Cambridge: IUCN, 2003. p. 27-32. No Direito brasileiro a expressão foi inicialmente utilizada e exposta em: Ayala, Patryck de Araujo. Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira. Revista de Direito Ambiental, vol. 60, p. 11-41, out./dez. 2010.

14. Arnold, Craig Anthony. Fourth-generation environmental law: integrationist and multimodal. Distinguished Visiting Lecture in Environmental and Land Use Law, Florida State University College of Law, 2009.
15. Para uma análise sistemática sobre a noção de mínimo existencial, consultar: Torres, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. A relação da produção científica nacional e estrangeira relevantes sobre a noção de mínimo existencial em matéria ambiental, e sobre o princípio da responsabilidade de longa duração, pode ser consultada em: Ayala, Patryck de Araújo. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 170-178.
16. Sobre o princípio da proibição de retrocesso, consultar: Hachez, Isabelle. Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
17. Conforme as conclusões da Avaliação Ecosistêmica do Milênio, realizada pela Organização das Nações Unidas, deve-se compreender por serviços ecossistêmicos todos "[...] os benefícios que as pessoas obtêm dos ecossistemas. Entre eles se incluem serviços de provisões como, por exemplo, alimentos e água, serviços de regulação como controle de enchentes e de pragas, serviços de suporte como o ciclo de nutrientes que mantém as condições para a vida na Terra, e serviços culturais como espirituais, recreativos e benefícios culturais.". United Nations. Ecosystems and Human Well-being. Disponível em: <www.millenniumassessment.org> Acesso em 30 de junho de 2010.
18. Para uma definição do modelo de regulação de primeira geração, vale considerar em relação de semelhança, a descrição proposta para o Direito norte-americano em: Arnold, Craig Anthony. Fourth-generation environmental law: integrationist and multimodal. Distinguished Visiting Lecture in Environmental and Land Use Law, Florida State University College of Law, 2009.
19. Neste aspecto vale ressaltar a possibilidade de se relacionar a viabilidade de concretização do projeto de sociedade e de futuro veiculados por um Estado ambiental, à sua capacidade de integração com experiências externas sob a forma de um transconstitucionalismo. O tema encontra-se desenvolvido em: Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
20. Ekeli, Kristian Skagen. Green constitutionalism: The constitutional protection of future generations. Ratio Juris, vol. 20, n. 3, p. 379-283, Sept. 2007.
21. Idem.
22. Bosselmann faz referência a limitações ecológicas aos direitos humanos, conceito a partir do qual sustenta que o exercício das liberdades individuais não está condicionada apenas por um determinado contexto social, mas também por um contexto ecológico. Human rights and the environment: redefining fundamental principles? In: Gleeson,

- Brendan & LOW (eds.), Nicholas. New York: Palgrave, 2001. p. 2.
23. O condicionamento dos direitos humanos (e dos direitos fundamentais) a um imperativo ecológico é sustentado por Bosselmann em: Bosselmann, Klaus. Human rights and the environment: redefining fundamental principles? In: GLEESON, Brendan & LOW Nicholas (eds.). Governance for the Environment: Global Problems, Ethics and Democracy. New York: Palgrave, 2001. p. 2. A jurisprudência do Tribunal Constitucional das Filipinas define nesse mesmo sentido, que nenhuma liberdade ou direito podem ser plenamente exercitados a menos que seja concretizada a conservação da qualidade dos recursos naturais. May, James; Daly, Erin. Vindicating fundamental environmental rights: judicial acceptance of constitutionally entrenched environmental rights. Oregon Review of International Law, vol. 11, p. 365-440, 2009.
 24. Novais, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 89-90.
 25. Uma análise detalhada sobre as manifestações de uma jurisprudência da sustentabilidade no Direito brasileiro encontra-se exposta em: Leite, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araujo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. Nos tribunais internacionais e nas experiências estrangeiras, o tema encontra-se bem desenvolvido em: Stephens, Tim. Sustainability discourses in international courts: what places for global justice? In: French, Duncan (ed.). Global justice and sustainable development. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010. p. 39-56; Nambiar, Sridip. Paradigm of 'green' adjudication: developing principles for Indian environmental decision-making in disputes insolving scientific uncertainty. ILI Law Review, vol. 1, n. 1, p. 1-24, 2010; May, James; Daly, Erin. Vindicating fundamental environmental rights: judicial acceptance of constitutionally entrenched environmental rights. Oregon Review of International Law, vol. 11, p. 365-440, 2009.
 26. Na ordem constitucional alemã, a ausência de um direito fundamental ao meio ambiente é compensada, entre outras alternativas, exatamente pela afirmação, em um caso concreto, de um mínimo de existência ecológica, exemplificado por Weidner na hipótese de poluição ambiental produzida por iniciativa estatal que pudesse produzir prejuízos à vida, à saúde humana e à propriedade. Somente nos casos em que aquele mínimo de existência ecológica fosse posto em perigo por atividades estatais, seria possível justificar pretensões subjetivas. (WEIDNER, 1995, p. 20).
 27. Ainda que não proponha expressamente esta abordagem (de mínimo existencial como fundamento para a redução de riscos existenciais de natureza ambiental), é conveniente a consulta da posição de Häberle, que argumenta que proteção ambiental mínima é uma manifestação de dignidade humana. (HÄBERLE, 2005, p. 130). Portanto, parece ser lógico sustentar que um dos efeitos de uma garantia de proteção ambiental mínima seria a redução de riscos existenciais e, particularmente, aqueles de especial relevância, seja por sua magnitude, seja por não terem sido suficientemente investigados ou acessíveis ao conhecimento científico disponível. De outro modo é conveniente sustentar que um padrão mínimo de proteção não necessariamente implica considerar que o resultado a ser obtido deverá ser o de garantir riscos mínimos à sociedade. Nesse sentido, diante da consideração de um princípio da precaução, a garantia de um padrão mínimo de proteção seria compatível com a defesa de uma proteção obrigatória, adequada e suficiente sobre determinadas fontes, processos e tecnologias potencialmente arriscadas.

28. A consecução dessa tarefa pode ser justificada através de outro fundamento, o do princípio da responsabilidade de longa duração, que será tratado na seção dos efeitos do sistema objetivo de proteção, que poderia impor ao Estado a orientação vinculante de suas ações, por exemplo, no sentido da organização de um modelo de desenvolvimento econômico compatível com a manutenção dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais e de seu usufruto no interesse das futuras gerações.
29. Utiliza-se aqui uma noção de equilíbrios dinâmicos como resultado da abordagem ecológica proposta por Botkin, pela qual a noção de natureza, como um conjunto de relações estáveis e capaz de retornar ao seu estado constante, na hipótese em que seja atingida por perturbações, não pode ser admitida como uma representação da realidade física e biológica de como as relações naturais se processam. Cf. BOTKIN, 1990, p. 2-13, 185-192. Para uma análise de síntese e consolidação dessa orientação e da literatura científica relacionada, consultar: AYALA, 2002, p. 69-87.
30. Convém salientar que Kloepper também admite que a proteção do meio ambiente tenha sido reforçada como objetivo autônomo em relação à vida e à saúde. (KLOEPFER, 2004, p. 169).
31. A consideração da noção de mínimo de existência ecológico trabalha aqui com o problema de que extensão seria exigível das instituições, em relação ao resultado redução dos riscos. Sob essa noção, já se sustentou anteriormente que o mais adequado seria admitir que não está imposto o dever de reduzir os riscos ao mínimo, mas um dever de reduzi-los e não admitir riscos que, por sua magnitude e ignorância sobre seus efeitos, possam comprometer atingir o objetivo protegido por aquela noção: garantir um mínimo de proteção ambiental.
32. A consideração do princípio sob a referência de um não retorno na concretização é atribuída a Jorge Miranda, que, com esta orientação — vinculada à estabilização das expectativas sobre os estágios de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — argumenta que “[...] não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.” (MIRANDA, 2000, p. 397).
33. Isso se deve porque, conforme salienta Vieira de Andrade, “A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa [...]” (ANDRADE, 2004, p. 408).
34. Em outro momento, Sarlet reforça sua orientação, ao salientar que relaciona o mínimo existencial concretizado e a dignidade humana, argumentando que “[...] não se poderá esquecer jamais que uma violação do mínimo existencial (ainda tendo em conta o núcleo essencial dos direitos sociais legislativamente concretizado) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana [...]. (Tradução nossa). Lê-se no original: “[...] no pude olvidare jamás que una violación del mínimo existencial (aun teniendo en cuenta el núcleo esencial legislativamente concretado de los derechos sociales) significará siempre una violación de la dignidad de la persona humana [...].”(Tradução nossa.) (Sarlet, Ingo Wolfgang. La prohibición de retrocesso en los derechos sociales fundamentales en Brasil. p. 356).
35. Em outro sentido, Vieira de Andrade menciona a possibilidade de uma posição mais restritiva, que admite essa orientação não como um princípio geral de proibição de retrocesso, mas como uma exceção que poderia justificar, pelo menos, um direito

- de não ser privado pelo Estado e de ter subtraído pelo Estado o mínimo que já foi adquirido pelo cidadão (sentido negativo da proibição de retrocesso), apesar de não impor, segundo sustenta, uma obrigação de garantir de forma positiva esse mínimo a cada cidadão. (ANDRADE, 2004, p. 404). Sua orientação, entretanto, admite apenas um efeito de constitucionalização da legislação que, excepcionalmente poderia enfraquecer o poder de livre disposição do legislador. (Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 408-409).
36. Novais, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas..., p. 138.
 37. Sob esse argumento, explica que: “[...] o legislador pode optar, amplamente, por outro tipo de realização, por modificá-lo ou substituí-lo, por conferir-lhe um diferente grau, medida ou ritmo de realização; não pode é, a não ser com justificação constitucional bastante, pura e simplesmente, integral ou parcialmente, suprimir a realização que um direito social já obtivera.” (NOVAIS, 2004, p. 309).
 38. Faz-se referência ao princípio para manter a uniformidade de sua abordagem na literatura relacionada à sua investigação, não obstante Molinaro proponha sua abordagem sob a referência de um princípio de proibição de retrodegradação socioambiental. (MOLINARO, 2007. p. 91-120).
 39. O segundo problema é enfatizado por Queiroz em: QUEIROZ, 2006a. p. 116. E, no mesmo sentido, em: QUEIROZ, 2006b, p. 74.
 40. A redação é do artigo 2º, § 1º, do PIDESC, assim fixada: “Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (1966). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/texto_2.html>. Acesso em: 12 mar. 2008).
 41. Portanto, Courtis também considera uma abordagem normativa sobre o fenômeno da regressividade. Cf. Courtis, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, p. 4.
 42. Fensterseifer parece propor uma leitura um pouco diferenciada, considerando o critério da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, fixado no artigo 2º do PIDESC. Para tanto, crê que “[...]o princípio da proibição de retrocesso ambiental (ou ecológico) seria concebido tendo em vista que a tutela normativa ambiental deve operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível inferior àquele verificado hoje.” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 261). Ainda que não se divirja de sua conclusão, não parece ser possível considerar que a obrigação de progressividade tenha seu fundamento no princípio da proibição de retrocesso, que parece estar vinculado de forma muito mais próxima à proteção de um mínimo ecológico de existência (e proteção no sentido de que esse mínimo não pode ser erodido sem que haja uma justificação razoável de uma restrição, e que esta seja fundada em princípios constitucionais, após a realização de um juízo de ponderação),

do que à idéia de proibição de retrocesso.

43. Molinaro, baseando-se na literatura alemã, também parece ressaltar a relação do princípio com a proteção das futuras gerações, ao referir-se como subprincípio, além da proibição da degradação, àquele que veicula uma proteção da continuidade ou da existência. (MOLINARO, 2007, p. 110).
44. A vinculação entre um princípio de responsabilidade de longa duração, o princípio da proibição de retrocesso ambiental (nominado de princípio de proibição de retrodegradação socioambiental), e um mínimo existencial ecológico podem ser verificados na obra de Molinaro. (Molinaro, Carlos Alberto. Direito ambiental, p. 104). Para tanto, Molinaro considera que privilegiar a existência de um mínimo existencial ecológico seria o resultado de uma obrigação de proteção para a posteridade atribuída ao Estado.
45. Sobre o tema, conferir: Mazzuoli, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 155-168.
46. Trata-se do texto do artigo 8, k, dispositivo que faz parte das obrigações relacionadas às medidas de conservação in situ, da Convenção sobre a Diversidade Biológica. United Nations. Convention on Biological Diversity. Disponível em: <http://www.cbd.int/convention/articles/?a=cbd-08>. Acesso em 22 de maio de 2012.



MÉXICO

UN PHOTO/DAVID DAVIS

DEL ETERNO RETORNO A LA NO REGRESIÓN

RAMÓN OJEDA MESTRE¹.

En este pequeño ensayo sólo pretendemos exponer, desde una perspectiva mexicana, algunos de los filos del principio de *No Regresión* cuya difícil y ardua adopción se ha vuelto urgente en la comunidad internacional.

En las primeras líneas de esa memorable novela que es *La Insoportable Levedad del Ser*, del escritor checo Milán Kundera, se lee: “*La idea del eterno retorno es misteriosa. Con esta idea, Nietzsche² dejó perplejos a los demás filósofos: ¿Pensar que alguna vez haya que repetirse todo tal como lo hemos vivido ya y que incluso esa repetición haya de repetirse hasta el infinito! ¿Qué quiere decir ese mito demencial?*”. Este trasunto lo recoge Spengler también en *La decadencia de Occidente*³ pero todos nos conducen a Heráclito⁴ y tal vez a Anaximandro.

Esto fue lo que recordaba cuando escuché por primera vez a Michel Prieur presentar la convocatoria para que el jusambientalismo mundial asumiera como principio duro el de la No Regresión.⁵ En Argentina⁶, recientemente, recordamos una parte sustancial del trabajo de Prieur: “El principio de la no regresión es una de las aristas más modernas de nuestro campo de estudio y se formula así.....*L’environnement nous fait entrer à la fois dans un espace sans frontière et dans un temps sans limites selon l’expression de Mireille Delmas Marty. A priori la prétention de légiférer à perpétuité paraît bien prétentieuse. Elle est même en contradiction avec l’art. 28 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 24 juin 1793 selon lequel : « une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».* Mais outre que ce texte n’a jamais été en vigueur, l’environnement et le développement durable se trouvent désormais en complète contradiction avec cette formulation puis qu’au contraire il s’agit aujourd’hui de ne pas oublier les droits des générations futures et de ne pas prendre des mesures qui pourraient leur porter préjudice. Mais on peut aussi interpréter le message de l’art. 28 en faveur du principe de non régression. En effet en modifiant aujourd’hui une loi protectrice de l’environnement pour réduire le degré de protection on impose aux générations futures un environnement plus dégradé du fait d’une loi au contenu régressif : notre génération ne peut assujettir les générations futures à une loi qui ferait reculer la protection de l’environnement. La régression du droit de l’environnement décidée aujourd’hui est alors une violation des droits des générations futures puisqu’elle aboutit à imposer à ces générations futures un environnement dégradé.

El Medio Ambiente nos hace entrar en un espacio sin fronteras y en una

temporalidad sin límites de acuerdo con la expresión de Mireille Delmas Marty. A priori para este proceso de juridificación de legislar para toda la vida parece más bien pretencioso. Es inconsistente con el art. 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 24 de junio de 1793 que: “una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes”. Pero además de que este texto nunca se ha aplicado, el medio ambiente y el desarrollo sostenible están ahora en completa contradicción con esta fórmula y, a continuación, por el contrario, lo que priva hoy en día es no olvidar los derechos de las generaciones futuras y no adoptar medidas que podrían traerles perjuicios. Pero también puede interpretarse el mensaje del art. 28 en favor del principio de no regresión.

De hecho, cambiar hoy la legislación protectora del medio ambiente para reducir el nivel de protección es imponer a futuras generaciones un entorno más degradado debido a una ley con contenido regresivo: nuestra generación puede hacer que las generaciones futuras sufran una ley que reduciría la protección del medio ambiente. La regresión de la Ley de medio ambiente decidida hoy es una violación de los derechos de las generaciones futuras porque conduce a imponer a estas generaciones un entorno degradado.⁷

En Argentina sostuvimos que “O el derecho ambiental es un derecho social realmente o se convierte en estatua de sal al querer volver su mirada nostálgica al bucolismo. No, no es cierto que todo tiempo pasado fue mejor. El derecho ambiental no es para regresar a la caverna de la historia”. Hay una ética elemental que nos dice que el hombre tiene derecho a usar la naturaleza en su beneficio y la obligación de usar su inteligencia para mantenerla, cuidarla o reproducirla.

Es muy fácil ser ecologista, conservacionista y ambientalista cuando en nuestros hogares ya están los satisfactores de la modernidad en cuya consecución o fabricación tanto daño se hizo a la naturaleza. El nuevo derecho ambiental verdadero es el que no tolera pobreza o marginación. Cada vez que usamos la nevera o refrigerador, la luz eléctrica, la computadora, el micrófono, el gas para la estufa o el calentador de agua, la TV o el radio, el coche o el teléfono celular, estamos afectando gravemente el planeta y nos hacemos tontos o sordos. Como cantó Bob Dylan en The rolling stone: *«How many times must a man turn his head, and pretend that he just does not see? The answer my friend is blowing in the wind»*.

¿Para qué queremos el derecho, si no para ir a la justicia ambiental? Sumus ad justitiam nati. Somos nacidos para ir a la justicia. Pero si el derecho ambiental no nos lleva a la superación real de la mayoría de los seres humanos y aceptamos cuidar más a la foca o a la orquídea o a la mariposa, entonces es un derecho elitista y excluyente. Sí, hoy tenemos mucho derecho ambiental, tal vez demasiado, porque nos

hemos engañado, una vez más, creyendo que muchas normas hacen más derecho o muchas leyes hacen más justicia y eso, no es verdad y todos aquí lo sabemos. Pasemos del jusambientalismo cuantitativo al derecho ambiental cualitativo.⁸

El *jus suum quique tribuere*, implica darle al ser humano no nada más su porción de naturaleza impoluta, sino su parte alícuota de los bienes de la cultura y el progreso. Este no es un postulado del romanticismo o del enviromanticism.⁹

Podemos preguntarnos si la regresión, el retroceso jurídico no es una especie de retroactividad entendida a contrario sensu. Esto es: si en el pasado, por nuestra incultura o por la falta de sensibilidad ecológico-ambiental no se tutelaba el patrimonio y servicio ambiental de la selva amazónica y a partir de finales del siglo pasado una ley brasileña protege ambientalmente la Amazonia y al año siguiente una nueva ley permite su devastación o su destrucción, ¿no hay una especie de retroceso o una retroactividad? ¿Estamos confundiendo los conceptos?

El principio de la no regresión ha de entenderse también vinculado a la idea sustancial de la no retroactividad. La evolución jurídica debe llevarnos hacia delante. Esto significa que el derecho de mañana ha de tutelar más y mejor los bienes y servicios ambientales o la biodiversidad mejor que ahora o que ayer. Si sucede al revés, el derecho sufre de un retroceso o de una degradación cualitativa.

¿El principio de no regresión es un dictatum cualitativo en tanto que la pura no retroactividad es un proceso de cuantificación temporal?

En México se ha recogido un postulado de la cultura jurídica universal a través del artículo del El artículo 14 constitucional que señala: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. El Código Civil lo recoge también desde antes de la Constitución Mexicana Código Civil que señala que a la aplicación de la ley no se le dará efecto retroactivo. Este concepto se halla en casi todas las legislaciones del mundo.

El Código civil francés establece que "*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point de effect retroactive*"¹⁰ Lo mismo plantea el Código español y en el Código Civil Italiano se determina que "*La legge non disposesse que per le avvenire: essa no ha effetto rettroativo*". En el mismo sentido el artículo 5 del código uruguayo y el 3 de Venezuela o las constituciones de Costa Rica, Nicaragua o Noruega.

Como todos sabemos, la irretroactividad de las leyes significa que las normas legales rigen a partir de su vigencia sin poder aplicarse a situaciones pasadas, sobre todo por razones de seguridad jurídica. Imagínense la situación de que alguien cometiera un hecho en ese momento no calificado como delito, y al momento de ser juzgado rigiera otra ley que sí lo condenara, y ésta pudiera serle aplicada.

La irretroactividad de las leyes penales estuvo ya consagrada en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* dictada por la Asamblea Nacional durante la Revolución Francesa de 1789. El artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, también dispone que nadie puede ser susceptible de condena si sus acciones u omisiones no eran delito según el derecho de su país o el internacional en el momento de cometerlos o abstenerse.

En igual sentido, el artículo 18 de la Constitución de la Nación argentina expresa que nadie puede en el territorio nacional, ser condenado por una ley anterior al hecho que motivó el proceso.

Este principio constitucional sólo puede ser dejado de lado cuando la nueva ley sea más beneficiosa para el procesado, pues la irretroactividad de las leyes penales se funda en no producirle perjuicio. Así lo dispone expresamente el artículo 2 del Código Penal argentino que establece la aplicación de la ley más benigna en caso de que se hubiese dictado una ley posterior al hecho ilícito y antes de pronunciarse la sentencia.

El principio de irretroactividad no es tan estricto en el ámbito civil. El artículo 3 del Código Civil argentino establece que las leyes a partir de su vigencia se aplican aún a las consecuencias de las relaciones jurídicas que ya existen (Así por ejemplo, en un contrato que lleva intereses pagaderos en cuotas periódicas, y se sancionara una ley que los limitara, las cuotas aún no abonadas serán cancelados respetando ese tope máximo). Luego añade el mismo precepto, que no tienen efecto retroactivo “salvo disposición en contrario” lo que demuestra que en caso de silencio de la ley no lo poseen, pero sí lo tienen, si las leyes expresamente lo establecen.¹¹

Sin embargo la posibilidad de consignar la retroactividad tiene un límite, establecido por el mismo artículo 3, y es el de que jamás pueden afectar derechos constitucionalmente protegidos, derechos adquiridos, por ejemplo si afectarían el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 del texto constitucional. Esta posición de defensa de los derechos patrimoniales sostenida por la Corte Suprema Nacional no es compartida por autores como Borda, quien sostiene que siempre de alguna manera las nuevas leyes afectarían derechos patrimoniales, y entonces no se permitiría la evolución jurídica, señala la autora mencionada.

En el derecho ambiental se protegen no nada más bienes y servicios de la naturaleza o de sus vínculos con el ser humano y del resto de los seres vivos o de materias inanimadas, sino también aristas económicas. Cuando hablamos de recursos naturales estamos aludiendo a un concepto de la economía, al vocablo “recurso”. Si se dan bandazos regresivos en la legislación ambiental se afecta el patrimonio posible de las generaciones futuras y presentes, su disponibilidad de un entorno que haga viable su permanencia como especie en el planeta.

De allí que debamos preguntarnos si la regresión es compatible con la sustentabilidad y con la sostenibilidad.

La regresión o la reversa jurídica llevarían a la aplicación de lo que el premio Nobel de Economía Paul Samuelson llamó la “Ley de los rendimientos decrecientes”¹² y que desarrolló de David Ricardo. Esto significa que en la medida que el derecho que custodia, protege o tutela al ambiente (y que por ende ampara la vida y la calidad de vida de los habitantes de este mundo y las de las generaciones venideras) se angosta en magnitud o se disminuye en calidad, en esa medida y circunstancias quedan desprotegidas tanto la naturaleza como las franjas humanas, que a mayor abundamiento, han venido ensanchándose en el planeta. Es decir: los bienes ambientales sirven hoy a más seres humanos que hace cien años o dicho de otra manera, la parte alícuota de capital ambiental que le tocaría per cápita a cada ser humano de ha contraído.

Esto es de enorme importancia, porque implica que cada centímetro de naturaleza vale hoy mucho más para cada ser humano por el principio de escasez que rige la economía. El derecho moderno tiene que entender y atender esto de manera urgente. Hay una frase que se atribuye a los revolucionarios cubanos o españoles que dice: “Si avanzo, sígueme. Si me detengo: empújame. Si retrocedo mátame” Cuando el derecho ambiental retrocede, no solamente ultimamos más naturaleza, sino que anulamos las posibilidades de vida de la humanidad presente y futura.

Tenemos claro que el ser humano puede establecer viveros y criaderos, terrestres, fluviales o marinos, bancos de germoplasma y muchos otros medios de avance científico para recuperar o ampliar los “activos” vegetales o animales, micológicos o de microorganismos diversos para su conveniencia o recuperación. No así al revés. El árbol o el cangrejo se tardarán millones de años para evolucionar hasta llegar a un hombre y eso si la estocástica se lo permite.

Me resisto a creer que es sano o aceptable, éticamente, dejar morir a miles de niños de hambre en África, en Asia o en América latina mientras destino millones de euros o yenes a cuidar a alguna especie de mariposas o de patos. Si puedo hacer ambas cosas, perfecto, pero no es así. La pobreza se extiende como una maldición en el planeta y los escasos recursos económicos de que se disponen no son suficientes realmente para atender la desnutrición, el raquitismo o el hambre en el mundo.

Lo que está en juego dice el profesor Prieur *«c’est la sauvegarde des progrès acquis dans le contenu des législations environnementales. On pourrait préférer la formulation positive : le principe de progrès, mais elle est trop vague et en réalité toute législation est supposée apporter des progrès à la société»*.

La ciencia va avanzando para la congelación de óvulos y espermatozoides de las especies y los bancos de germoplasma sorprenderán en sus disponibilidades, lo que nos hace abrigar esperanzas de que habrá alimento suficiente en el futuro para el volumen demográfico del siglo XXII, pero el problema del hambre y de la morbilidad y mortalidad de la pobreza está hoy ya aquí. La crisis económica abrumadora está cobrando mucho más víctimas entre los depauperados y mal alimentados y ello no debe legitimar que el derecho ambiental retroceda, sino que los grandes depredadores, afectantes o devoradores de recursos naturales deben ser compelidos a rediseñar su actividad económica, financiera, productiva o extractiva, para hacer menos lesión al planeta sería una nueva “*Ley de los daños y perjuicios decrecientes*” y no al revés como lo postula el *cangrejismo* del derecho ambiental que parece caminar para atrás.

Cada pieza de la naturaleza, por microscópica que sea, debe ser protegida cada vez mejor. Para ello se necesita un derecho más evolucionado e indexado a los “*tiempos modernos*”¹³ del conocimiento y la velocidad. Si sucede lo contrario, si el derecho ambiental “regresa al closet” de la historia las aplanadoras económicas y comerciales colocarán a la naturaleza en condiciones de insalvable.

Nos enfrentamos a otro laberinto aún más complejo. Si el derecho representa al *establishment*. Si las leyes no son más que el espejo de los esquemas dominantes en una sociedad, entonces al pugnar por la no regresión tal vez estamos condenando a que las “cosas permanezcan en el estado en que se encuentran” como acostumbra decir la corte suprema de México. Ya Novoa Monreal¹⁴ había escrito, o descrito, hace años al derecho como un obstáculo al cambio social y hoy podemos estar ante un nuevo derecho o superviniente que es en realidad un obstáculo a la recuperación ambiental.

Cuando hablamos de la desregulación en los gobiernos o del adelgazamiento del estado podemos llegar a la lo que *Prieur* menciona como “*délégifération*”¹⁵. En México podemos recordar algunos ejemplos vergonzosos como aquel en que el Presidente de la República (Jefe del Poder Ejecutivo en un régimen presidencial republicano y federal) envió una iniciativa para incorporar conceptos importantes en la carta Magna y el Poder Legislativo (de su mismo partido mayoritariamente) sólo dejó vivos un par de renglones que dicen en el artículo 4° “Toda persona tiene derecho a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” fue una regresión ectópica pues no se concibe que un congreso donde el Partido presidencial tiene la mayoría, le mutilaran de tal manera su proyecto de reforma.

Otro caso es cuando el Presidente de la república en 2002 y 2003 promulgó leyes como las de Aguas Nacionales o la de Vida Silvestre y violando las disposiciones que le fijó el Congreso de la Unión en el sentido

de expedir los reglamentos en un corto plazo definido, los emitió hasta el último día de su período gubernamental el 30 de noviembre de 2006. También se vio recientemente el caso de que habiendo aprobado el Congreso de la Unión una reforma específica para proteger las franjas de manglares en los litorales mexicanos (México posee 10 mil kilómetros de litorales: siete mil en el Océano Pacífico y tres en el Atlántico, Golfo de México y Caribe) Más de la mitad de los gobernadores de los estados de la República (incluidos los del Partido del Ejecutivo Federal) publicaron una carta abierta en los principales periódicos nacionales presionando al Presidente para no promulgar la reforma al artículo 60 Ter de la Ley General de Vida Silvestre. En un hecho insólito. El Presidente resistió las presiones y promulgó ese mismo día la Reforma en el periódico Oficial.¹⁶ Poco tiempo después hicieron modificaciones a la Ley de Turismo para contrarrestar esa disposición en un claro intento regresivo.

No, el derecho ambiental no es una entelequia palindrómica que se lea igual de atrás para adelante que al revés. En México se tiene muy claro este intento de ganar más dinero en los negocios haciendo que las leyes retrocedan en favor de un status quo injusto, inequitativo o autoritario. En varios campos de los derechos sociales o de la tercera generación se descubren a cada momento los embates. Un estado que interviene para no intervenir en los aspectos laborales se ha dicho en el artículo La Regresión en los derechos laborales¹⁷ o en los derechos humanos relacionados con el artículo 4 Constitucional Mexicano que establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que toda persona es libre para decidir de manera responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, por lo que en el derecho Penal se percibe también esa epidemia de retroceso que está contagiando al jusambientalismo¹⁸ y así también lo percibe un senador mexicano en cuanto a los derechos electorales y la transparencia.¹⁹ Y la propia FLACSO ha hecho advertencias en el sentido de que “Los derechos humanos se han constituido en la estructura básica de la sociedad que debe imperar en toda interacción de poder político, económico o social. Los principios de respeto a los núcleos básicos de cada derecho, el sistemático y progresivo avance en el cumplimiento de las obligaciones, la prohibición de regresión en estos derechos y el máximo uso de recursos disponibles para cumplimentar las obligaciones internacionales, se entrelazan con el régimen democrático para determinar el tipo de democracia que actualmente tenemos y avanzar rumbo a la consolidación de la misma.”²⁰

Se ha visto también en la reciente historia de México que la regresión es sumamente fácil aún en aspectos medulares como el de la Banca y el Crédito. En 1982 el Ejecutivo Federal decidió en medio de una grave crisis financiera, la nacionalización de la Banca Privada. Paso de manos de empresarios particulares mexicanos al Estado o Gobierno. Para ello se reformó incluso el artículo 28 de la Constitución. Para 1990 se derogó esa

modificación, y la Banca hoy está ya en manos de Empresas extranjeras, Españolas, Canadienses, estadounidenses, etc. Sólo el 5 por ciento de las operaciones bancarias se hace en bancos de mexicanos.²¹ Esto es, de 1982 a 2010, en menos de treinta años la regresión fue brutal. Hay experiencia, pues en la facilidad de las reversas jurídico políticas, por lo que en materia ambiental se vienen dando más fácilmente de jure y de facto.

Pero aún, en la misma educación Universitaria se han dado retrocesos dolorosos, como en el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México donde el director de la Facultad, Fernando Serrano Migallón impulsó un retroceso a la reforma realizada por el anterior director Máximo Carvajal Contreras quien había logrado que la asignatura de Derecho Ambiental (Derecho Ecológico la llamaron) fuera obligatoria y existieran 16 grupos con maestros preparados ad hoc. La regresión y la preterintencionalidad de Serrano permitieron que hoy sea una materia optativa con sólo tres grupos²². Igualmente sucedió eso en el Instituto Politécnico Nacional donde desaparecieron arteralmente la carrera de Ingeniero Petrolero en un país cuya cuarta parte de su PIB depende del hidrocarburo. Casualmente eso sucedió al mismo tiempo de lo de la UNAM. Lo mismo se ve en el derecho a la vivienda²³ o en el derecho a la cultura²⁴ o el grotesco espectáculo de un partido “verde” pidiendo que regrese la pena de muerte para los culpables del delito de secuestro y lo ha llegado a manejar la UNESCO en relación con los derechos humanos de la niñez.²⁵

En su resolución del 20 de septiembre de 2011 el Parlamento Europeo en su apartado 97 decidió pedir el Reconocimiento del Principio de No Regresión en el contexto de la Protección del ambiente y los derechos fundamentales.²⁶

En los derechos sociales, por las presiones del neoliberalismo es en donde se resienten más estos fenómenos del retroceso. Así lo explican varios autores²⁷ lo vemos en el embate a las jubilaciones o el retiro, pero también en el derecho privado se analiza con frecuencia este tema²⁸ y la inseguridad y el narcotráfico han obligado a la sociedad y al gobierno a aceptar regresiones en el derecho a la circulación, las comunicaciones privadas o el tránsito.

También se percibe en cuestiones como la regresión del principio de patrimonio común de la humanidad aplicado a la zona internacional de los fondos marinos.²⁹

No nos permite el espacio de este pequeño trabajo aludir a todos los indicios que existen en la primera década del siglo XXI que nos hacen sospechar con fundamento de que hay una corriente regresiva o retrocedente del derecho ambiental mexicano al igual que se columbra en el resto de las naciones.

Ello nos lleva a sumar nuestra voz de alerta. La crisis económica que viven nuestros países no es solamente “la causa de la causa”, hay algo más, una determinación de no alentar más al ambientalismo sano como motor de la recuperación de la naturaleza agredida y lesionada. No queremos entender que la humanidad en sus grandes mayorías está empobrecida y que requiere de empleo y satisfactores básicos por encima de todo, inclusive en medio ambiente, pero ello no es patente de curso para arrasar todo en beneficio del lucroteísmo rampante.

Ojalá que los juristas del mundo comprometidos con la ética ambiental moderna puedan encontrar los asideros deontológicos necesarios para evitar la revolución ambiental violenta y reivindicatoria que parece anunciarse ante los retrocesos.

Zongolica, Veracruz. México. Noviembre de 2011.

BIBLIOGRAFIA

- Borges, Jorge Luis, La doctrina de los ciclos, en “Historia de la eternidad”. Alianza Editorial, Madrid, 1978
- Prieur, Michel, Le nouveau principe de « non régression » en droit de l’environnement, Roma, 2010.
- Mireille Delmas- Marty, Libertés et sûreté dans un monde dangereux, Seuil, 2010.
- Ojeda Mestre, Ramón, Foro Internacional de Derecho Ambiental Octubre 2010. Duros retos y malos ratos del nuevo derecho ambiental. Universidad de Belgrano, Buenos Aires Argentina.
- Pinkerton, James, Environmanticism: The Poetry of Nature as Political Force. Foreign Affairs May/June 1997.
- Verdera Izquierdo, Beatriz . La irretroactividad : problemática general, Dykinson, 2003.
- Fingerman, Hilda. Argentina, disponible en <http://www.laguia2000.com/hilda-fingermann/>
- Samuelson, Paul, Curso de economía moderna, 1945. Ed. Aguilar, España, 1971.
- Prieur, Michel, La déréglementation en matière d’environnement, Revue juridique de l’environnement, France, 1987.
- FLACSO. Argumentación Jurídica con perspectiva de Derechos Humanos y Género.
- Espinoza de los Monteros Sánchez, Javier, Estado social (de Derecho)

en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/75_97.pdf

- Castán Tobeñas, José, El nuevo Código Civil Mexicano. Un ensayo de Código Privado Social», en Revista general de derecho y jurisprudencia, t. I., 1930.
- Cosentini, Francisco, La reforma de la legislación civil y el proletariado, Madrid, 1921.
- Salamancas Aguado, Esther. La zona internacional de los fondos marinos, Dyckinson 2003.

NOTAS

1. Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Ambiental. Fundada en 1973. rojedamestre@yahoo.com
2. Friedrich Wilhelm Nietzsche 1844-1900. Georg Lukács: “Esta teoría [la del eterno retorno] en la que la pseudocientificidad se mezcla con la fantasía desbocada”. Jorge Luis Borges, La doctrina de los ciclos. En “Historia de la eternidad”. Alianza Editorial, Madrid, 1978. Págs. 81-94.
3. Der Untergang des Abendlandes, segunda edición completa con las dos partes en 1923. Versión en español reeditada por Espasa-Calpe en 1998.
4. Heráclito de Éfeso (544-484 aprox.) “Este mundo, el mismo para todos los seres, no lo ha creado ninguno de los dioses ni de los hombres, sino que siempre fue, es y será fuego eternamente vivo, que se enciende con medida y se apaga con medida.” Fr. 30 Siguiendo la tradición filosófica jónica, Heráclito ve en un elemento determinado, el arché del universo. En este caso, el elemento es el fuego. Para Heráclito, no solo las cosas individuales salen del fuego y vuelven a él sino que el mundo entero perece en el fuego para luego renacer. He aquí la imagen del “ciclo cósmico” la que ya fuera apuntada por Anaximandro, esto es, la antigua idea griega del “eterno retorno” (que volverá a aparecer con Platón y los estoicos), así como también la idea de un “juicio” universal. Se observa al respecto, probablemente, cierta influencia de la astronomía caldeo-babilónica.
Pero el aporte más trascendente de Heráclito, no es esta doctrina del fuego sino sus ideas respecto a la contradicción y el Logos. Todo está pues en constante movimiento porque el mundo fluye permanentemente: “No es posible descender dos veces al mismo río, tocar dos veces una substancia mortal en el mismo estado, sino que por el ímpetu y la velocidad de los cambios se dispersa y nuevamente se reúne y viene y desaparece.” Fr. 91.
A principios del siglo XI, los Aztecas y Toltecas practicaban los rituales del Fuego Nuevo cada 52 años.
5. Le nouveau principe de « non régression » en droit de l'environnement. Michel Prieur. Roma 2010. En près de quarante ans le droit de l'environnement a bénéficié

d'un développement impressionnant, tant en droit international que national, à travers les conventions internationales, universelles et régionales, les lois sur l'environnement et ses diverses composantes, les codes de l'environnement. Cette augmentation quantitative du droit de l'environnement s'est accompagnée d'une volonté d'amélioration qualitative constante de l'environnement. Tous les textes adoptés visent en principe à renforcer la protection de l'environnement en luttant contre les pollutions et en sauvegardant la faune et la flore.

Ces progrès évidents dans le contenu des normes juridiques risquent cependant d'être victimes de certains groupes de pressions qui continuent de considérer, en dépit des proclamations de marketing sur le développement durable, que les politiques de l'environnement sont un obstacle à la croissance économique. Les aléas conjoncturels comme la crise économique récente ou les aléas politiques liés à des changements de gouvernement constituent une menace permanente contre le droit de l'environnement tel qu'il est aujourd'hui. Sa remise en cause pour des raisons politiques ou économiques ne se heurterait a priori à aucun obstacle juridique. En effet le droit est normalement toujours amendable ou abrogeable. Il n'y a de droits acquis ni au maintien des textes réglementaires, ni au maintien des lois. Ce qu'une loi a décidé une autre peut le modifier. Cette insécurité juridique est inhérente aux théories relatives à l'application des lois dans le temps. Il n'y a pas de droit immuable ou éternel.

6. Mireille Delmas- Marty, Libertés et sûreté dans un monde dangereux, Seuil, 2010, p.1872. Ojeda Mestre Ramón, Foro Internacional de Derecho Ambiental Octubre 2010. Duros retos y malos ratos del nuevo derecho ambiental. Universidad de Belgrano, Buenos Aires Argentina.
7. Michel Prieur, Droit de l'environnement , Dalloz, 1^o ed. 1984 ; voir aussi pour des exemples de régression du droit français de l'environnement , Thibault Soleilhac, Le temps et le droit de l'environnement , thèse droit, Lyon III, 2006 ,p. 482 et s. « la stabilité du droit de l'environnement menacé par la régression » qui identifie la multiplicité des formes de régression.
8. Ojeda Mestre Ramón. Vid. Supra
9. En términos de James Pinkerton. Environmanticism: The Poetry of Nature as Political Force. Foreign Affairs 76 (3) May/June 1997: 2-7. Pisani, Donald J. 1984. ...
10. Verdera Izquierdo Beatriz . La irretroactividad : problemática general.. Dykinson.
11. Fingerman Hilda. Argentina.- <http://www.laguia2000.com/hilda-fingermann/>
12. Samuelson Paul. Curso de economía moderna. 1945. Ed. Aguilar 1971. España.
13. Recordar al crítica de Charles Chaplin.
14. Siglo veintiuno, editores 2007. México.
15. Michel Prieur, Droit de l'environnement, Dalloz, 1^o ed. 1984 ; voir aussi pour des exemples de régression du droit français de l'environnement , Thibault Soleilhac, Le temps et le droit de l'environnement , thèse droit, Lyon III, 2006 ,p. 482 et s. « la stabilité du droit de l'environnement menacé par la régression » qui identifie la multiplicité des formes de régression.

L'annonce faite par le président de la République française qu'à compter de 2011 : « le gouvernement marquera une pause pour que le Parlement puisse, s'il le souhaite, déléguer » risque de permettre une autre forme de régression (le Monde, 13 février 2010)

Michel Prieur, La déréglementation en matière d'environnement, Revue juridique de l'environnement, 1987- France.

16. Artículo 60 TER.- Queda prohibida la remoción, relleno, trasplante, poda, o cualquier obra o actividad que afecte la integralidad del flujo hidrológico del manglar; del ecosistema y su zona de influencia; de su productividad natural; de la capacidad de carga natural del ecosistema para los proyectos turísticos; de las zonas de anidación, reproducción, refugio, alimentación y alevinaje; o bien de las interacciones entre el manglar, los ríos, la duna, la zona marítima adyacente y los corales, o que provoque cambios en las características y servicios ecológicos.

Se exceptuarán de la prohibición a que se refiere el párrafo anterior las obras o actividades que tengan por objeto proteger, restaurar, investigar o conservar las áreas de manglar.

Artículo Adicionado DOF 01-02-2007

Ley General de Vida Silvestre, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión

17. <http://www.kaosenlared.net/noticia/mexico-regresion-derechos-laborales> http://www.refundacion.com.mx/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=47:mexico-la-regresion-en-los-sistemas-laborales&catid=35:derecho-laboral&Itemid=8
18. México, 5 ene (EFE).- La Academia Mexicana de Ciencias (AMC) se mostró hoy preocupada por “el inaceptable fenómeno regresivo” ocurrido en 18 de los 32 estados de México que adoptaron reformas que penalizan el aborto “con el apoyo expreso de líderes religiosos y la participación instrumental de varios partidos políticos”. <http://www.laprensasa.com/2.0/3/23/520863/Mexico/La-Academia-de-Ciencias-de-Mexico-ve-regresion-en-las-nuevas-leyes-antiaborto-en-el-pais.html>
Enero de 2010
Vid. Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ramírez Valverde y Suárez Vallejos.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art9.htm>
19. Instituto Federal del Acceso a la Información IFAI 7 Informe de labores. 4 agosto de 2010. IFAI/083/10.
http://www.prd.senado.gob.mx/cs/informacion.php?id_sistema_informacion=5691
20. Argumentación Jurídica con perspectiva de Derechos Humanos y Género. FLACSO.
www.monografias.com/trabajos7/name/name.shtml
<http://www.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=facultad&file=directores>
<http://distancia.flacso.edu.mx/index.php/diplomados/diplomado-argumentacion-juridica>.
México 2010
21. <http://www.monografias.com/trabajos7/name/name.shtml>
22. <http://www.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=facultad&file=directores>
23. <http://www.choike.org/nuevo/informes/1119.html>
24. <http://impreso.milenio.com/node/8808491>
25. http://www.unicef.org/mexico/spanish/politicaspublicas_6914.htm

Para cada grupo de edad se eligieron tres derechos fundamentales asociados con las distintas etapas de desarrollo. El nivel de cumplimiento de cada derecho se mide a partir de indicadores específicos. Los datos se convierten a una escala del 0 al 10, lo que permite construir un índice comparativo. En esta escala, el 0 es el valor más

bajo encontrado en 1998 para cada indicador considerado, y representa el nivel por debajo del cual no se debe caer en el futuro, lo que representa el principio básico de no regresión en materia de derechos humanos. El 10 indica el pleno cumplimiento de los derechos de las niñas y los niños.

26. Resolución del Parlamento Europeo sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) B7 0522/2011
27. Espinoza de los Monteros Sánchez Javier. Estado social (de Derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez. Es por ello que ante las posibles excusas que se puedan esgrimir en contra de los derechos sociales en el plano de la normatividad internacional, se ha configurado la idea de destinar el máximo de recursos posible para la satisfacción de los derechos sociales y la prohibición de no regresión en dicha materia, lo que implica esfuerzos realizados de manera continua y lógicamente a corto plazo. http://www.iidpc.org/revistas/9/pdf/75_97.pdf
28. J. Castán Tobeñas, «El nuevo Código Civil Mexicano. Un ensayo de Código Privado Social», en Revista general de derecho y jurisprudencia, t. I., (1930), págs. 48 y 49. Enrico Cimbali parece ser el jurista italiano que en primer lugar habló del derecho privado-social. Sobre él se ha escrito: «Cimbali había distinguido muy sutilmente que la evolución de las relaciones jurídicas de carácter privado debía fatalmente necesitar, correlativamente a los aspectos modificados de la vida económica, la formación de un derecho privado social que permite al Estado moderno intervenir para atemperar los excesos de egoísmo entre las clases y asegurar a cada particular el grado máximo de cultura y de poder». Citado por Francisco Cosentini, La reforma de la legislación civil y el proletariado, Madrid, 1921, págs. 277 y 278.
Al lado del derecho patrimonial, si no socialista, cuando menos socializado, se instaaura, o se quiere instaurar, un derecho de familia desenfrenadamente individualista. El divorcio por consentimiento mutuo, la libertad absoluta de testar, el desconocimiento de la interdicción por causa de prodigalidad y tantas otras soluciones del código mexicano, ¿qué son sino una regresión a las épocas más rígidamente individualistas del derecho romano?
29. Salamancas Aguado Esther. La zona internacional de los fondos marinos. Dyckinson 2003.

An aerial photograph of a dense tropical forest. The majority of the image is filled with a thick canopy of green trees. In the center, there is a distinct area where several tall, slender trees with light-colored trunks stand out against the darker green foliage. The overall scene conveys a sense of a vast, undisturbed natural environment.

PANAMÁ

© CAVU 2012

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL EN EL CONTEXTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

JESSICA YOUNG¹

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a un ambiente sano es un derecho humano; esto es, inseparable de nuestra condición; inherente a lo antropogénico. Y es un derecho que está íntimamente ligado al derecho a la vida, debido a que nuestra supervivencia en el planeta, en las condiciones que conocemos actualmente, depende en gran medida de la salud de los ecosistemas que nos proveen recursos vitales como el agua, el oxígeno, alimentos, entre otros elementos esenciales. Es así como el derecho a un ambiente sano o derecho ambiental ha evolucionado en las últimas décadas, desde la Conferencia y la Declaración de Estocolmo en 1972², que introdujo en la agenda política internacional la dimensión ambiental como un elemento fundamental para establecer nuevas condiciones y topes al apabullante crecimiento económico y la forma que hasta ese momento se habían explotado los recursos naturales, hasta la famosa Cumbre de Río de 1992³, Johannesburgo en 2002⁴ y nuevamente Río en 2012⁵. Todos estos escenarios internacionales sobre el medio ambiente han ido marcando la hoja de ruta y los principios por los cuales los Estados deben regirse para garantizar que todos los seres humanos tengan derecho y vivan en un ambiente sano, libre de contaminación, que nos permita satisfacer sus necesidades sin menoscabar este mismo derecho para las generaciones futuras.

Los principios en el derecho ambiental son pilares cardinales porque dan el verdadero significado a las normas; orientan al legislador y al operador de justicia, y a todos los que debemos acatar el ordenamiento jurídico en materia ambiental. Son además controladores, puesto que dan un marco de actuación y funcionan como filtros (Cafferatta, 2009)⁶ para garantizar la eficacia y eficiencia de las normas de protección ambiental.

La biodiversidad y los ecosistemas que la albergan, sigue enfrentando amenazas debido a la creciente vorágine de iniciativas políticas, legales y jurisprudenciales, que pretenden retroceder hitos alcanzados por el derecho ambiental. Frente a esto, el Principio de No Regresión del Derecho Ambiental surge para hacer frente a estas tendencias que están retrotrayendo el ordenamiento jurídico que garantiza y tutela el derecho a un ambiente sano, poniendo en peligro y, en el peor de los casos, abriendo la puerta a daños ambientales irreversibles o de difícil reparación. El Principio de No Regresión es complementario de los otros principios del derecho ambiental, principalmente del Principio Precautorio⁷. Y, También

por tratarse de un derecho humano, está relacionado al Principio de Progresión⁸.

“El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad (...). Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental (...)”⁹

II. PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL: AUSENTE EN EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PANAMEÑAS¹⁰

1. Caso: Ley 44 de 2004 Parque Nacional Coiba y la Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco.

El Parque Nacional Coiba fue creado en la República de Panamá en el año 1991 mediante Resolución No. 21¹¹ de la Junta Directiva del entonces Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INRENARE) –cuyas competencias hoy están adscritas a la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM)–, con los objetivos de conservar muestras de ecosistemas insulares, marinos y costeros para mantener la biodiversidad, flujo genético y procesos evolutivos para las presentes y futuras generaciones, así como para promover el manejo y desarrollo de los recursos naturales en forma integral y racional que fomenten actividades de turismo ecológico y recreación, entre otros (artículo 2 de la Resolución JD 21 de 1992). La decisión de declarar el Parque Nacional Coiba estuvo motivada por sus características biológicas excepcionales y por la eminente amenaza que se cernía sobre la isla de Coiba y áreas insulares contiguas, por el cierre y traslado del centro penitenciario que había funcionado desde el año 1920 con reos de alta peligrosidad¹², siendo que el penal mantenía alejados a los seres humanos de las comunidades aledañas y por tanto vedado, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, marinos y costeros.¹³

Desde su creación, se fueron recopilando datos científicos e históricos que apoyaran la nominación del Parque Nacional Coiba como Sitio Patrimonio de la Humanidad ante la UNESCO. Sin embargo, se consideraban dos limitantes para lograrlo: a) el marco jurídico de creación del Parque era débil, dado que una resolución tiene una categoría legal inferior, más susceptible de modificaciones en procesos no participativos y b) los límites del Parque no eran suficientes para garantizar la conservación de la biodiversidad marina a largo plazo.

A raíz de esto en el año 2000, inició un proceso de creación de una Ley que atendiera estas limitaciones. Y fue así como se inicia la discusión legislativa que duró hasta el año 2004 cuando se aprobó la Ley No.44¹⁴.

El proceso legislativo que culminó con la Ley No. 44 de 2004¹⁵ requirió 4 años de discusiones, al menos 3 propuestas de ley, un veto presidencial¹⁶, y largos debates para lograr consenso entre el sector pesquero industrial, deportivo y artesanal, turístico y científico; y las comunidades costeras aledañas, logrando en la Ley elementos clave tales como: a) la creación de una figura de manejo compartido entre el sector público y el privado, del nivel nacional y del nivel local como los Alcaldes de los cinco Municipios costeros del área de influencia del Parque, en un ente denominado Consejo Directivo; b) la creación de una Zona Especial de Protección Marina de 1,607 Km2 que junto con el Parque Nacional Coiba, con 270,125 hectáreas, ampliaban los límites legales para garantizar la conservación de la biodiversidad marina del Golfo de Chiriquí a través de la ordenación de las pesquerías en esta Zona y la prohibición expresa de la pesca industrial en el Parque; y c) definiendo que además de los objetivos previstos ya desde 1991, el Parque Nacional Coiba tiene como finalidad “coadyuvar al desarrollo integral de las comunidades aledañas al Parque” y “garantizar la pesca artesanal según lo disponga el Plan de Manejo (...)”.

Un logro sumamente importante de esta Ley, producto de los consensos generados entre los conservacionistas y el sector pesquero nacional, fue la creación de una Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco al norte del paralelo 6°30'00 en el Pacífico panameño.

La Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco se describe en el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 que señala que se prohíbe la utilización de estas artes para la pesca de atún porque estos afectan especies marinas del área como picudos, cetáceos, tortugas y otras.

Si consideramos que las capturas pesqueras mundiales rondan alrededor de los 90 millones de toneladas métricas anuales; y, provienen casi exclusivamente de recursos pesqueros en sus límites máximos; o peor aún, de pesquerías que ya están siendo sobreexplotadas más allá de su rendimiento máximo sostenible. Y aunado a esto, conforme crece la población mundial, mayor es el consumo de pescado y mayor es la presión sobre los recursos pesqueros. Para el año 2020, se estima que el consumo per cápita mundial alcanzará 17.1 Kg, lo que equivale a un incremento adicional de 32 millones de toneladas métricas (peso entero)¹⁷.

Esta realidad plantea la necesidad de ser eficientes en la creación y manejo de áreas marinas protegidas, u otras herramientas de conservación marina similares, para garantizar además de la salud de los mares, la seguridad alimentaria de la población que depende en gran medida de estos. El quid es conciliar ambas necesidades que son elementales y se

necesitan una de la otra.

La seguridad alimentaria es el fundamento para las crecientes presiones a nivel global y local de desarrollar la maricultura a cualquier precio. Claramente también hay grandes intereses económicos detrás. En el año 2006 inician en Panamá los primeros acercamientos de las industrias de granjas de engorde de atún para establecerse en este país. Y es así que durante la presentación pública del anteproyecto de ley para la creación de la nueva autoridad de pesca de Panamá, funcionarios de la entonces Dirección Nacional de Acuicultura manifestaron abiertamente que el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 era un impedimento legal para el desarrollo de estas granjas atuneras en el istmo canalero.

La Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá creada por la Ley No. 44 de 2006¹⁸, y que entró en funcionamiento en noviembre de ese mismo año, anunciaba ya a inicios del año 2007, una iniciativa legal para modificar el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 con el fin de crear excepciones dentro de la Zona de Exclusión¹⁹ y de esta forma abrir la pesca de atún con redes de cerco, cuyo fin era enjaularlos para engorde y exportarlos a mercados asiáticos donde el valor del atún es muy cotizado.

Dos años después, sin proceso de consulta ni participación pública; ni discusión legislativa sobre el tema de las granjas de engorde atún y los riesgos ambientales, sociales y económicos, en ninguno de los tres debates obligados que establece la Constitución Nacional para la aprobación de leyes en la República de Panamá, el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 fue derogado de forma expresa con la aprobación de la Ley No. 55 de 2008²⁰ sobre comercio marítimo²¹, que en uno de sus últimos artículos sobre disposiciones finales, al mencionar las normas derogadas por la recién aprobada Ley, incluyó la referencia escueta al artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004. El Presidente de la República, reconoció públicamente que al sancionar la Ley, no había reparado en la eliminación de la Zona de Exclusión, alegando un descuido de su parte y comprometiéndose a corregirlo.²²

Después de un arduo proceso de incidencia política por parte de las ONG de ambiente, lideradas por la Fundación MarViva, el Consejo de Gabinete aprobó en febrero el Decreto No. 7 de 2009²³ como iniciativa presidencial con el fin de dar cobertura legal a la Zona de Exclusión a las redes de cerco para la pesca de atún, y evitar que las redes de cerco entraran a aguas panameñas tomando ventaja de la regresión legal que se había dado. Finalmente en el mes de marzo, se aprobó por Ley No. 21 de 2009²⁴, el restablecimiento del artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004, y por ende, de la Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco al norte del paralelo 6°30'00 en el Pacífico panameño.

2. Caso: Ley No. 30 de 2010 mediante la cual se eliminaron los Estudios de Impacto Ambiental en la República de Panamá.

En junio de 2010 la Asamblea Nacional de la República aprobó la Ley No. 30 de 2010²⁵, conocida como la “Ley Chorizo”, pues la misma mezclaba en su contenido regulaciones sobre diversos temas, que no tenían relación los unos con los otros. En materia ambiental específicamente, eliminaba para cualquier obra, proyecto o actividad, declarado de interés social, la obligatoriedad de presentar una evaluación ambiental a través de un estudio de impacto.

El proyecto de ley promovido por el Órgano Ejecutivo y cuyo título “Que adopta medidas para promover el desarrollo sostenible de la aviación comercial, actividades en desarrollo y dicta otras disposiciones”, fue aprobado por el Consejo de Gabinete (el Presidente y los Ministros de Estado) el día 26 de mayo de 2010, mediante Resolución de Gabinete No. 56 de 2010. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, numerado posteriormente con el número 177, se sustentó en la necesidad de impulsar una norma que promueva incentivos adecuados para las aerolíneas y el crecimiento sostenible de la actividad aeronáutica. No se hacía referencia ni presentación de argumentos sobre los demás temas regulados en el proyecto de ley.

El 7 de junio el Ministro de Gobierno y Justicia, sustentó ante el Pleno Legislativo la importancia del proyecto de ley para la aviación comercial *“que asegure el crecimiento sostenible de la actividad aeronáutica, y por ende que se preserve a mediano plazo el posicionamiento alcanzado por la República de Panamá como el primer centro de distribución aéreo en Latinoamérica”*. En su disertación no hizo alusión a ninguna otra materia²⁶. El mismo por referirse únicamente a la aviación comercial, tanto en la Exposición de Motivos, como en la disertación de presentación, fue radicado en la Comisión de Comunicación y Transporte de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, el contenido del proyecto de ley No. 177, incluyó otras materias no motivadas y cuyo análisis, discusión y aprobación correspondían a otras Comisiones. Estas materias fueron disposiciones de reformas al Código de Trabajo, Código Judicial, Código Penal, así como a otras legislaciones, entre ellas, a la Ley General de Ambiente, Ley No. 41 de 1998²⁷. Es importante señalar que con base en la Constitución (arts. 162, 165 c) y en el Reglamento Interno de la Asamblea (art. 39, 46, 53, 59, 60, 64) los cambios en los Códigos de Trabajo, Procesal Penal, deben ser propuestos por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador de la Nación y el de la Administración, y ser acogidos, analizados y aprobados o no en Primer Debate en las Comisiones respectivas, como la Comisión de Población, Ambiente y Desarrollo en lo

que atañe a la Ley General de Ambiente y demás normas que tutelan el derecho a un ambiente sano.

El 8 de junio de 2010, en horas de la tarde, se publicó el proyecto de ley No. 177 en la página Web de la Asamblea junto con una nota informativa en la cual se aludía a las otras materias: laboral y penal, así como el anuncio de que el Primer Debate se iniciaría el miércoles 9 de junio.

La materia ambiental no fue reseñada sino hasta que se hace público por parte de las ONGs de ambiente, la intención legal de revertir los avances legislativos en materia de prevención del daño y riesgo ambiental eliminando varios artículos de la Ley General de Ambiente relacionados con el proceso de evaluación ambiental y la denuncia ambiental.

El artículo 23 de la Ley General de Ambiente se modificaba al eliminar la frase públicos o privados de la disposición vigente desde 1998, manteniéndose el texto en lo demás igual:

*“Artículo 23: Las actividades, obras o proyectos, **públicos o privados**, que por su naturaleza, características, efectos, ubicación o recursos pueden generar riesgo ambiental, requerirán de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de su ejecución, de acuerdo con la reglamentación de la presente Ley [General de Ambiente]. Estas actividades, obras o proyectos, deberán someterse a un proceso de evaluación de impacto ambiental, inclusive aquellos que se realicen en la cuenca del Canal y comarcas indígenas”. (Resaltado añadido es lo que se modifica).*

La redacción de un artículo nuevo, numerado como 23-A que se proponía adicionar a la Ley General de Ambiente en el proyecto de ley No. 177 señalaba que:

*“Artículo 23-A. Aquellas actividades, obras o proyectos del Estado, que sean declarados de interés social por el Consejo de Gabinete, **estarán exentos de someterse al proceso de evaluación de impacto ambiental y no requerirán del referido estudio**. En su defecto, para garantizar la protección, conservación y recuperación del ambiente, y el uso sostenible de los recursos naturales a fin de lograr el desarrollo humano sostenible, la institución pública promotora de la actividad, obra o proyecto, incluirá en los pliegos de cargos y especificaciones técnicas correspondientes, el respectivo análisis de riesgo que abarcará como mínimo, lo siguiente:*

Identificación y clasificación de impactos ambientales y eventos peligrosos, a través de inspecciones, investigaciones, cuestionarios, etc.

Determinación de la frecuencia de ocurrencia a través de cálculos de probabilidad.

Análisis de los efectos y daños asociados a los impactos ambientales y eventos identificados, a través de modelos matemáticos.

Determinación de mecanismos de control, mitigación y/o compensación”. (Resaltado añadido).

Por su parte, artículo 115 de la Ley General de Ambiente, que se proponía derogar en el proyecto de ley, contemplaba incentivos económicos para cualquier persona que realizara denuncias ambientales y estas fueran confirmadas por la autoridad competente, es decir, la Autoridad Nacional del Ambiente, al dar inicio a un proceso administrativo. Esta entidad durante el Primer Debate no participó de las discusiones y no hubo presentación técnica-legal para fundamentar esta propuesta como por ejemplo cuántas denuncias se habían presentado y de estas cuántas habían generado procesos administrativos que culminaran en sanción pecuniaria por parte de la ANAM y cuántas de estas habían concluido con el pago en dinero al denunciante.

Durante el Primer Debate se propuso una modificación al artículo 27, que adicionaba el artículo 23-A a la Ley General de Ambiente, incorporándose un párrafo al final del artículo que señalaba:

“Para los efectos de la presente ley, no serán consideradas como obras o proyectos del Estado que sean declarados de interés social por el Consejo de Gabinete, para los efectos de esta disposición, proyectos de carácter privado, tales como: la minería, refinación de productos o sub productos derivados del petróleo, las generadoras de energía, procesamiento de desechos sólidos y similares”.
(Resaltado añadido).

La Comisión de Comunicación y Transporte aprobó en Primer Debate el proyecto de ley 177, sin considerar la información técnica aportada por las ONGs de ambiente, sector privado, sector científico y académico; ni presentar argumentos técnicos en contra de estas. Los sectores laboral, empresarial, sociedad civil, además del ambiental, ya reseñaban que el proyecto presentaba vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad.

El Segundo Debate da inicio el día inmediatamente después, restringiéndose el acceso a los predios de la Asamblea, en medio de fuertes protestas en la calle.

Se contaba con una nueva redacción del artículo 23-A que introducía la figura de las Guías de Buenas Prácticas Ambientales para sustituir los estudios de impacto ambiental²⁸. Sin embargo, tampoco hubo sustentación técnica para esta propuesta. La Asamblea cerró las puertas y negó la entrada del público. El proyecto de ley, como Ley No. 30 de 2010, modificó la Ley General de Ambiente, Ley No. 41 de 1998, y adicionó una definición de Guías de Buenas Prácticas Ambientales [texto idéntico al introducido

en el derogado Decreto Ejecutivo No. 209 de 2006²⁹]. Se derogó el artículo 115, sobre denuncias ambientales, y aprobó la modificación planteada para el artículo 23, y la adición del 23-A de la siguiente forma:

*“Artículo 23-A. Las actividades, obras o proyectos que deban someterse a un proceso de evaluación de impacto ambiental **podrán acogerse a las Guías de Buenas Prácticas Ambientales que les sean aplicables, siempre que estas hayan sido aprobadas por el Órgano Ejecutivo.***

Previo su aprobación, las Guías de Buenas Prácticas Ambientales deberán ser sometidas al proceso de participación, mediante la modalidad de consulta pública, que consiste en el acto mediante el cual la entidad pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos u organizaciones sociales.

Para los efectos del párrafo anterior, la autoridad ambiental deberá publicar, con suficiente antelación, por una sola vez, en un medio escrito de circulación nacional y en su página web, un aviso que contendrá lo siguiente:

Identificación de la actividad que será sujeta a la Guía de Buenas Prácticas Ambientales.

Oficina y horario para retirar la información base correspondiente.

Plazo para que los ciudadanos y la sociedad civil presenten sus opiniones, propuestas o sugerencias y lugar en que se recibirán”. (Resaltado añadido).

Los argumentos para oponerse a esta regresión del derecho ambiental en Panamá se fundamentaban principalmente en la presunta ilegalidad de la forma como se presentaron las modificaciones a la Ley General de Ambiente y el contenido de las modificaciones per se por ser estas contrarias a los Principios del Derecho Ambiental de Acceso a la Información y Participación en la Gestión Ambiental³⁰, y el Principio Precautorio.³¹

Primero. La violación del Principio de No Regresión perjudica la implementación y reconocimiento del Principio 10 de la Declaración de Río: Acceso Información, Participación. La gestión ambiental efectiva requiere del cumplimiento del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), suscrita por más de cien jefes de Estado y de Gobierno, entre ellos la República de Panamá, que establece que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En

el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

El citado principio consagra tres derechos considerados básicos para la construcción de un modelo de gobernabilidad o buen gobierno para el desarrollo humano sustentable, tales como el acceso a la información, la participación en los procesos de toma de decisiones y a la justicia en materia ambiental.

La Ley No. 2 de 1995³², mediante la cual Panamá ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (Gaceta Oficial 22704), recoge a lo largo de su articulado que el objetivo del Convenio va dirigido a la *“conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”* (art. 1) para lo cual es indispensable que los Estados exploten sus propios recursos naturales por su derecho soberano, pero a la vez tienen la obligación de asegurarse de no perjudicar al medio de otros Estados o de otras zonas fuera de su jurisdicción (art. 3); y además, promover y fomentar la diversidad biológica creando conciencia pública (art. 13) e intercambiando información (art. 17). Para lograr esto es indispensable la aplicación del Principio 10: acceso a la información y participación.

La forma como se presentó el Proyecto de Ley No. 177 y como fue discutido y aprobado en la Asamblea Nacional, y posteriormente convertido en Ley No. 30 de 2010 de la República de Panamá, violenta el Principio 10 citado, puesto que no se dio la interacción adecuada y oportuna entre el gobierno y la sociedad civil ambiental y otros sectores, no hubo un proceso de diálogo, intercambio, interacción, ni compromiso previo a la decisión del Ejecutivo de incluir las modificaciones a la Ley General de Ambiente en el citado Proyecto, ni tampoco una vez el mismo ingresó en la Asamblea Nacional donde únicamente se habilitaron menos de dos días hábiles y solo 5 minutos por intervención para argumentar a favor o en contra ante los Diputados de la Nación.

Segundo. Congruencia Políticas Públicas en Materia Ambiental. La violación al Principio de No Regresión con la Ley No. 30 de 2010, también evidenció el déficit de congruencia de las políticas públicas en materia ambiental, ya que al no estar motivadas las razones por las cuales el

Órgano Ejecutivo por iniciativa propia, plantea modificaciones a la Ley General de Ambiente, se desconoce si hubo o no, y en todo caso, cuáles fueron, las recomendaciones del Consejo Nacional del Ambiente, así como la posición oficial (técnica y legal) de la ANAM, y de las entidades que conforman el Sistema Interinstitucional del Ambiente (SIA) en relación a la implementación de la herramienta de gestión ambiental que se propuso modificar. Especialmente cuando hace aproximadamente un año, una vez iniciado el actual periodo de gobierno 2009-2014, se derogó el Decreto Ejecutivo No. 209 de 2006 sobre evaluación ambiental y estudios de impacto ambiental, introduciéndose períodos de tiempo más cortos para la evaluación de los EsIA por parte de la ANAM y el SIA; se modificó todo el procedimiento vigente hasta ese momento para los EsIA Categoría I, es decir, aplicados únicamente a aquellas actividades, obras o proyectos de la lista taxativa, cuyos riesgos e impactos ambientales son bajos, convirtiéndolos en trámites de presentación de una declaración jurada notariada únicamente, con el objetivo de agilizar los procesos de evaluación ambiental.

Bajo la actual Administración de Gobierno también se aprobó la creación de una ventanilla única mediante el Decreto No. 122 de 2009³³ con la cual se buscaba agilizar la aprobación de EsIA. En septiembre pasado se publicó en la página Web de la ANAM cifras de 2008 que arrojaban un total para ese año de 1232 EsIA, de los cuales 910 correspondían a Categoría I, 302 Categoría II y solamente 20 categoría III (la más estricta por ser de riesgos e impactos ambientales altos).

En el año 2008 la ANAM anunció la implementación de un Sistema de Evaluación de EIA en línea³⁴, que permitiría a los promotores de proyectos y consultores ambientales agilizar los trámites y procesos de evaluación, así como a las demás entidades del SIA y al público general participar de una forma más ágil, sin embargo, se desconocen los resultados de la implementación del Sistema que aparecía disponible en la Web de la ANAM.

Todo esto presenta un panorama de grandes interrogantes sobre la realidad del país en cuanto a la implementación efectiva de procesos de evaluación ambiental, puesto que a la fecha no se han arrojado públicamente los resultados de los intentos de optimización del EsIA en los últimos dos años.

En cuanto a la derogación del artículo 115 de la Ley General de Ambiente, que establecía un incentivo para las denuncias ambientales, tampoco se presentaron informes sobre cuántas denuncias ambientales se habían presentado desde su entrada en vigencia el día 3 de julio de 1998, y de éstas, cuántas habían sido estimadas para iniciar un proceso administrativo que finalmente concluyera que la ANAM había comprobado una infracción a la normativa ambiental, y cuántas habían recibido una sanción pecuniaria,

y de estas cuántas habían sido reclamadas para el pago del incentivo económico contemplado en la Ley General de Ambiente. Es importante señalar que las denuncias ambientales con base en el Decreto Ejecutivo No. 57 de 2000³⁵ no pueden ser anónimas, y no existe ninguna norma que establezca algún tipo de reserva de la información³⁶, por lo que el listado de denunciantes, así como de aquellos que solicitaron y/o fueron beneficiados del incentivo podría hacerse público, esclareciendo ante la opinión pública el nivel de aplicación de la misma y el grado de efectividad. Es importante considerar que la Ley No. 44 de 2006, que crea la Autoridad de Recursos Acuáticos de Panamá (ARAP) también incluyó una disposición similar (art. 51), y las denuncias sobre contrabando³⁷ también recogen incentivos pecuniarios para el denunciante. Es decir, el incentivo para quienes denuncian como apoyo a las funciones de control y fiscalización de las entidades públicas, no era exclusivo de la Ley General de Ambiente.

En definitiva podemos concluir que no hubo congruencia en la formulación de políticas públicas ambientales ni en la inversión de recursos, económicos, humanos y tecnológicos para la efectiva y eficaz implementación de las mismas.

Tercero. Principio Precautorio. La Convención de Diversidad Biológica, Ley No. 2 de 1995 contempla que los Estados, de acuerdo a sus capacidades, aplicarán en toda su extensión el enfoque precautorio. En donde existan amenazas de daños graves o irreversibles no se usará la falta de certeza científica total como razón para posponer la adopción de medidas costo-efectivas para prevenir el daño ambiental y “establecerá[n] procedimientos apropiados por los que se exija **la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos** y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos” (Art. 14). Resaltado añadido.

Para evitar el daño ambiental se propone “una cuidadosa planificación de las acciones futuras, paralizando el flujo de actividades potencialmente dañinas” a través del proceso de evaluación de impacto ambiental.

La Ley No. 10 de 1995. “Por la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992”, establece como uno de los compromisos de Las Partes, tener en cuenta, en la medida de lo posible, las consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para mitigar el cambio climático o adaptarse

a él (art. 4 f).

La Ley No. 4 de 25 de marzo de 1986. “Por la cual se aprueba el Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste” establece un apartado de evaluación de las repercusiones en el medio ambiente, que contempla que “en el marco de sus políticas de ordenación del medio ambiente, las Altas Partes Contratantes elaboraran directrices técnicas y otras índoles, para facilitar la planificación de sus proyectos de desarrollo de manera que se reduzcan al mínimo las repercusiones perjudiciales que estos puedan tener en el ámbito de aplicación del convenio (...) y tratará de incluir en toda actividad de planificación que entrañe la ejecución de proyectos en su territorio, en particular en las zonas costeras, una evaluación de los posibles efectos de tales proyectos en el medio ambiente que puedan ocasionar una contaminación considerable en la zona de aplicación del convenio”. (Artículo 8).

Es importante resaltar que este Convenio señala que Las Partes “procurarán que las leyes y reglamentos que expidan para prevenir, reducir y controlar la contaminación de su respectivo medio marino y zona costera, procedente de cualquier fuente, y para promover una adecuada gestión ambiental de éstos, sean tan eficaces como aquellas normas vigentes de carácter internacional” (art. 3.3.).

Si Panamá modifica su marco normativo ambiental flexibilizando la herramienta de gestión ambiental que por antonomasia es el mecanismo de implementación del Principio Precautorio estaría contraviniendo las Convenciones Internacionales antes citadas (aclarando que existen al menos cinco más las cuales Panamá ratificó mediante Ley³⁸), y peor aún, estaría debilitando la gestión ambiental al no contar con un eficiente proceso de evaluación ambiental, con todas sus fases incluyendo la de participación ciudadana y la de supervisión, control y fiscalización.

Las enunciadas Guías de Buenas Prácticas Ambientales no son una herramienta nueva en la legislación ambiental de Panamá, pues fueron reglamentadas en el Decreto No. 209 de 2006 que fuera posteriormente derogado en el año 2009, por el Decreto Ejecutivo No. 123, eliminándose así todas las disposiciones relacionadas.

Sin embargo, las Guías no son instrumentos creados para sustituir los estudios de impacto ambiental o la evaluación ambiental. Siendo importante acotar que si bien estaban siendo impulsadas por la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD)³⁹, también es cierto que el Plan Ambiental de la Región Centroamericana PARCA tiene como lineamiento estratégico (2.3) *“Fortalecer los sistemas de evaluación ambiental”, lo cual implica que la tendencia no es eliminar los estudios de impacto ambiental como línea de acción, por el contrario, se han establecido entre otras, “incrementar la eficacia de los sistemas de EIA, dotar a los sistemas de EIA de instrumentos técnicos, informáticos*

y conceptuales que les permitan aumentar su capacidad preventiva”. Inclusive se incorporó la promoción de la aplicación de las evaluaciones ambientales estratégicas para políticas, planes y programas.

Las Guías de Buenas Prácticas Ambientales son herramientas que tienen un objetivo distinto a los estudios de impacto ambiental, y son complementarias, siendo elaboradas por sector, independientemente del tamaño de actividad o de las características del área dónde se vaya a desarrollar la obra, proyecto o actividad. En definitiva, son criterios orientadores, que tienen como finalidad agilizar y descongestionar el sistema de EsIA al ser aplicados a los proyectos de bajo impacto para concentrarse en aquellos de alto impacto y, liberar personal para las acciones de supervisión y control.

El Principio Precautorio es uno de los Principios rectores fundamentales para una efectiva y eficiente gestión ambiental. El desarrollo humano sostenible debe poder crearse incorporando la dimensión ambiental como un eje transversal en todas las políticas públicas, y la necesidad de agilizar los procesos de evaluación ambiental y sus procedimientos no es suficiente justificación para obviarlos en un Estado de Derecho moderno y respetuoso de sus compromisos con el país y con la región, para las presentes y futuras generaciones.

La Ley General de Ambiente fue modificada para que el EsIA fuera opcional, hoy la norma establece que cualquier obra, proyecto o actividad podrá acogerse a una Guía de Buenas Prácticas aprobada por el Consejo de Gabinete (no por la Autoridad Nacional del Ambiente). A la fecha la figura de Guías de Buenas Prácticas no ha sido reglamentada y no han sido aprobadas para ningún sector por parte del Órgano Ejecutivo.

Recientemente la ANAM ha contratado al Centro de Producción Más Limpia del Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP) para una nueva revisión al Decreto Ejecutivo No. 123 de 2009 que regula el proceso de evaluación ambiental, el cual se encuentra en periodo de consultas con los diversos sectores. La empresa privada mantiene su inquietud en relación a la eficiencia y agilidad de los trámites, lo cual compromete la competitividad nacional.

La mayoría de las obras, proyectos y actividades que requieren someterse a un proceso de evaluación ambiental de acuerdo a la norma vigente, aplican como EsIA categoría I, que implica una declaración jurada y cinco (5) días para que la ANAM de su visto bueno a lo presentado. El proceso de evaluación ambiental se ha convertido en un mero trámite y no cumple el objetivo para el cual fue creado: prevenir riesgos y daños al ambiente.

3. Caso: Resolución JD No. 020 de 2012 de la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá (ARAP)⁴⁰, que disminuye las tarifas para permitir tala de manglar y disminuye el monto de las multas por tala ilegal en más de un 90%.

La Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá (ARAP) redujo los montos en dinero para el trámite y obtención de los permisos de tala de manglar para proyectos comunitarios o particulares de tipo comercial, de \$150 mil dólares a tan solo \$10 mil (una diferencia monetaria de más del 90%). De igual forma mediante la Resolución JD No. 020, la ARAP rebajó las sanciones por talar de forma ilegal manglar de \$300 mil dólares a \$40,000 mil.

De acuerdo a la exposición de motivos la Junta Directiva de la ARAP, presidida por el Ministro de Desarrollo Agropecuario consideró que la cuantía debía *“... reformarse para que se ajuste a la realidad jurídica actual, consistente en que lo elevado de la multa no necesariamente ha traído como resultado un uso razonable y sostenible del recurso marino-costero denominado manglar”* y *“ha agravado la imposibilidad de pago de aquellas personas que han sido sancionadas”*. También señala la justificación de la norma que *“solo aquellos inversionistas que pertenecen a grandes grupos económicos o poseen una capacidad financiera superior a sumas de dinero mayores de siete cifras’ podían realizar estos trabajos de tala ‘limitando la incursión en los mencionados proyectos de potenciales inversionistas’ en las áreas donde se encuentran los bosques de manglares. Esto afectaría la generación de empleo y las capacitaciones en el uso responsable de los recursos costeros”*.

Como medida de mitigación novedosa, la norma establece la obligación de mitigar la tala autorizada con la siembra de 2 hectáreas por cada hectárea destruida, sin distinguir especies u otros criterios condicionantes para que la medida sea eficiente.

En conclusión, se pone por encima el interés particular sobre el interés público ambiental. Se pone en riesgo de daño irreversible ecosistemas vulnerables que además están protegidos por normas de mayor jerarquía y Convenciones internacionales. Se genera además un incentivo perverso en contra de la protección ambiental por favorecer intereses económicos de unos pocos en detrimento de las mayorías y de las generaciones futuras.

La norma aún está vigente, pero con demandas de nulidad en la Corte Suprema de Justicia. Fue publicada en Gaceta Oficial días después de la suspensión provisional de la norma que crea el área protegida de Bahía de Panamá, Humedal de Importancia Internacional, significando esto que la Resolución JD 020-2012 podría aplicarse en aquellas áreas de manglar que han quedado en un limbo jurídico.

4- Caso: suspensión de legalidad de creación de áreas protegidas: Bahía de Panamá en la ciudad capital; Refugio Donoso⁴¹ en Colón y Reserva Forestal Barú en Chiriquí⁴².

En los últimos años la Corte Suprema de Justicia ha recibido por parte de particulares demandas contra resoluciones administrativas que han creado áreas protegidas, emitidas por la ANAM. Estas áreas protegidas demandadas han sido el Humedal de Importancia Internacional Bahía de Panamá, también conocido como Sitio Ramsar Bahía de Panamá, cuya categoría de manejo es Refugio de Vida Silvestre; y el área protegida de Donoso. La Reserva Forestal de Barú por su parte, fue creada por el Consejo Municipal, lo cual es una potestad legal que les otorga la Ley General del Ambiente; y derogada por el mismo Consejo Municipal bajo alegatos de que ya había cumplido el objetivo para el cual había sido creada.

En el caso de Donoso fue presentado un recurso de nulidad contra la norma que lo creó, y un amparo de garantías constitucionales. Este último fue resuelto por la Corte Suprema defendiendo la constitucionalidad del acto administrativo de la Autoridad Nacional del Ambiente, ANAM.

Sin embargo, el recurso de nulidad fue admitido y la Corte acogió la medida de suspensión provisional de la norma que crea el área protegida. A la fecha la Corte no ha tomado una decisión final desde abril de 2012, por lo tanto el área protegida se mantiene suspendida legalmente.

En igual situación se encuentra el Humedal de Importancia Internacional Bahía de Panamá. Los demandantes alegan que la norma fue emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente obviando la realización de un proceso de consulta con los afectados por la creación del área protegida. Abordaremos con mayor profundidad el caso de Bahía de Panamá, en el que como Apoderada Legal de ONG de ambiente de Panamá solicitamos la aceptación en el proceso como terceros intervinientes a favor de la legalidad de la norma.

Tal y como expresara en la demanda *“El Humedal Bahía de Panamá es un área que está conformada por una franja litoral en el océano Pacífico, al este de la Ciudad de Panamá, que contiene diversos tipos de humedales marino costeros, como los manglares, que han sido considerados protegidos por diversos instrumentos jurídicos que datan desde la década de 1980 con denominaciones como área protegida o bosques protegidos o área de reserva ecológica, que debían ser conservados tal y como lo expresa el Plan de Desarrollo Urbano de las Áreas Metropolitanas del Pacífico y del Atlántico y el Documento Gráfico de Zonificación para la Ciudad de Panamá aprobados por las disposiciones Decreto Ejecutivo No. 205 de 2000 y Resolución No. 204 de 2003”*⁴³.

En la demanda solicitamos a la Corte Suprema de Justicia que la *“Resolución AG-0072-2009 de 11 de febrero de 2009 expedida por la ex Ministra en Asuntos relacionados con la Conservación del Ambiente y Administradora General de la Autoridad Nacional del Ambiente, sea declarada legal toda vez que fue emitida con base en la Ley No. 1 de 3 de febrero de 1994, que establece que es un deber el Estado proteger, conservar e incrementar los recursos forestales existentes en el país y promover su manejo y aprovechamiento racional y sostenible; y la Ley 41 de 1 de julio de 1998 establece a su vez que el Estado apoyará la conservación y, preferentemente, las actividades de la diversidad biológica en su hábitat original, especialmente en el caso de especies y variedades silvestres de carácter singular, y la Autoridad Nacional del Ambiente tiene el deber legal de asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes, los reglamentos y la política nacional del ambiente, entre los cuales está dotar a la población, como deber del Estado, de un ambiente saludable y adecuado para la vida y el desarrollo sostenible”*.

A la fecha la Corte no ha fallado de forma definitiva, tampoco ha accedido a la solicitud planteada en la demanda de levantar la suspensión provisional para devolver al ordenamiento jurídico el área protegida, Sitio Ramsar. Las ONG de ambiente demandantes tampoco han sido admitidas como terceros intervinientes. Por su parte el Procurador de la Administración, quien por mandato legal debe emitir concepto en defensa de la legalidad, expresó a la Sala Tercera de la Corte, que la ANAM había actuado en derecho y que por lo tanto, la Resolución es legal.

A un año de la decisión de la Corte, la Bahía de Panamá, todos los humedales marinos y costeros, especialmente los manglares, que allí se conservan, están más amenazados que nunca por la presión inmobiliaria y de desarrollo turístico; de otros usos como los de la ampliación del aeropuerto; entre otros. A la fecha, se han presentado varias denuncias penales por talas de manglar presuntamente ilegales y destrucción de otro tipo de humedales que se encuentran en este humedal de importancia internacional.

Como último caso encontramos la Reserva Forestal Barú, donde el Consejo Municipal del Distrito de Barú, en la Provincia de Chiriquí derogó la Reserva Forestal Barú mediante el Acuerdo No. 62 de 2012⁴⁴ alegando crisis económica, presión demográfica y necesidad de empleo.

La Reserva Forestal de Barú fue creada en el año 2003, mediante Acuerdo No. 39 de 2003⁴⁵, como un área protegida, de reserva ecológica, con fundamento legal en el artículo 66 de la Ley General de Ambiente, Ley No. 41 de 1998, que faculta a los municipios a crear áreas protegidas que pasan a conformar parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en la norma que regula el Régimen Municipal.

En el año 2003, el Municipio consideró en la exposición de motivos, que el área declarada como Reserva Forestal contenía muestras de árboles cuyas especies se encontraban en peligro de extinción, y que el área boscosa tenía “alto valor ecológico, turístico, para las presentes y futuras generaciones...”. En el Considerando 3 señalaron expresamente que por mandato de la Ley No. 106 de 1973 que crea el Régimen Municipal, es deber de los Municipios “preservar, proteger y salvaguardar la ecología y el hábitat” [sic] animal y humano”⁴⁶.

El precedente reciente de la Corte Suprema de Justicia con la el caso de la Bahía de Panamá, y la debilidad institucional de la Autoridad Nacional del Ambiente que no actúa en defensa de la integridad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, ha abierto un camino para promover en cierta medida por ser referentes, la concepción de que el derecho ambiental puede flexibilizarse al punto de regresarnos al siglo pasado en materia de conservación y protección ambiental cuando no había tutela efectiva del derecho humano a un ambiente sano.

III- CONCLUSIONES

Panamá debe acatar el Principio de No Regresión en lo que respecta a los derechos humanos a través de una disposición normativa para hacerlo de forzoso cumplimiento, de lo contrario, de seguir por la senda “del cangrejismo jurídico”, ya no habrá ambiente sano ni recursos naturales que proteger.

Panamá como Estado debe finalmente reconocer a través de sus acciones en el diseño, aprobación de políticas públicas, proyectos de inversión, y en la esfera judicial, que el derecho ambiental es un derecho humano fundamental, por lo que el Principio de no Regresión marcaría el compás para que “las medidas necesarias que se adoptan en un país [aseguren] un estándar mínimo el cual no puede abolirse ni retrotraer la protección alcanzada”. “El Estado se obliga a mejorar la situación del derecho y asume la prohibición de reducir los niveles de protección y de derogarlo” (Giacosa y Lloret 2011, El Principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación).

Otros juristas de reconocidas organizaciones internacionales a las que Panamá pertenece, como lo es la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (por sus siglas UICN), también han reconocido la necesidad de incorporar el Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental:

El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.

Coincidiendo con Prieur, al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia

con el principio de equidad intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica.

- *El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho. A lo que sí se opone es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales (RESALTADO NO PERTENECE AL ORIGINAL) (Peña Chacón, Mario. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. 2011).*

En Panamá ya contamos además con jurisprudencia relevante al Principio de No Regresión y como complemento del Principio de Progresión de los derechos humanos, a través de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, mediante Sentencia de 1 de diciembre de 2009, que reconoce que los derechos humanos deben alcanzarse por parte de los Estados progresivamente y no desmejorando los marcos normativos y jurisprudenciales en detrimento del derecho humano a un ambiente sano, que está directamente vinculado con el derecho humano a la vida y con el derecho humano a la salud de las personas.

*“Es por esta “dependencia de la gestión económica de la Administración Pública” que el **artículo 26 de la Convención Americana obliga a los Estados a “lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales,** “en la medida de los recursos disponibles.” Así pues, si bien es cierto que el lenguaje de esta disposición convencional reconoce que los Estados probablemente no logren dicha efectividad en el corto plazo, no es menos cierto que dicho lenguaje exige que los Estados tomen “medidas legislativas o de cualquier otro carácter” para avanzar en el logro de dicha efectividad, o por lo menos para evitar retrocesos en esta materia.*

Por consiguiente, para sustanciar los cargos de violación del derecho

a la salud y del derecho a la seguridad social, formulados por la demandante, corresponde a este tribunal de legalidad determinar si la omisión en que incurrió la autoridad demandada atiende a esta obligación de progresividad, o si, por el contrario, constituye una “medida de regresividad deliberada”, en los términos establecidos por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General Nº 3 - “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”:

“...el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. **Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.**” (NACIONES UNIDAS. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, s.e., 2004, p. 18. Disponible por Internet: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>).

Acotando, podemos señalar que la jurisprudencia y la doctrina citada, coincide en su planteamiento de que la regresión en el derecho ambiental debería ser una excepción y no la regla general; y, únicamente aplicable en casos muy concretos, cuando se justifique debidamente que el interés público ambiental no queda apabullado ni violentado por intereses económicos y temporales que de ninguna manera garantizan un ambiente sano para la viabilidad de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009
- FAO 2008. Informe Mundial de las Pesquerías.
- NACIONES UNIDAS. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, s.e., 2004, p. 18. Disponible por Internet: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>.
- Peña Chacón Mario, El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense, en Revista Judicial, Costa Rica, Nº 104, Junio 2012.
- Young, Jessica. 2012. Demanda presentada como apoderada legal de la Fundación MarViva el 5 de julio de 2012 ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá para defender la legalidad de la Resolución que creó que el área protegida, Humedal de importancia internacional Bahía de Panamá.

NOTAS

1. Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Abogada Ambiental Senior de Golder Associates. Miembro de la Comisión Consultiva Ambiental de la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa (APEDE) y del Consejo de la Sociedad Civil Panamá del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Miembro de la Alianza Mundial de Derecho Ambiental (ELAW) 2010-2012.
2. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo de 1972 <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>
3. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo <http://www.pnuma.org/docamb/dr1992.php>
4. Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm
5. Documento aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas Río +20 El Futuro que queremos <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>
6. Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en: http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECH
7. Principio 15 de la Declaración de Río: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.
8. El Principio de Progresividad. “ (...) el principio de progresividad implica la asunción de los Estados de la obligación de avanzar hacia la plena efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales.” “El concepto de realización progresiva de dichos derechos, si bien por un lado implica el reconocimiento del hecho que su pleno goce no podrá lograrse en un corto período de tiempo, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo.” “(...) debe entenderse como el establecimiento de obligaciones claras a los Estados de la plena realización de los derechos en cuestión, es decir, de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.” “[Como el Derecho a un ambiente sano]. “La progresividad implica la obligación de avanzar, y supone dos obligaciones implícitas, la de mejorar continuamente el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y la de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas. Requiere que los Estados no permanezcan pasivos frente a un deterioro en el nivel de goce o disfrute de los derechos, es decir la no tolerancia a que ocurra una disminución en el nivel de protección de tales derechos.” “La obligación de no regresividad constituye un límite que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de restricción de los derechos económicos, sociales y culturales.” “Las medidas regresivas, que empeoran el nivel de ejercicio o el goce de un derecho consagrado en el Pacto,

son aquéllas que se toman de manera deliberada.” “Habrá regresividad normativa cuando, al comparar una norma anterior con una posterior, surja claramente y de manera indubitable que la posterior cercena de manera deliberada algún derecho que se gozaba con anterioridad”. Tomado de www.mpf.jusbaires.gov.ar/wp.../principio-de-progresividad.pdf

9. Peña Chacón Mario, “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, en Revista Judicial, Costa Rica, N° 104, Junio 2012.
10. Los casos fueron elegidos por su relevancia en el contexto nacional a la luz de los Principios del Derecho Ambiental.
11. Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INRENARE). Resolución de Junta Directiva del INRENARE, hoy la ANAM, que creó el Parque Nacional Coiba http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/21958_1992.pdf
12. El penal de Coiba fue utilizado no solo para aislar a reos con altos perfiles de criminalidad, sino que sirvió durante los años de dictadura militar 1968-1989 para someter a tortura, ejecuciones y asesinatos por razones políticas. Le valió el nombre de “La isla del Diablo”. http://www.taringa.net/posts/videos/13061618/La-Isla-del-Diablo-La-Prision-de-Coiba_.html
13. Se tiene información de que de 1974 a 1989 se permitieron actividades de pesca deportiva, en el llamado Club Pacífico, instalaciones básicas habilitadas en la isla de Coiba, por un americano de nombre Bob Griffin. <http://www.saltwatersportsman.com/species/fish-species/30-years-coiba> <http://www.saltwatersportsman.com/travel/centralsouth-america/panamania>. También referencias en el libro *Of Wind and Tides: A Memoir*, por Stu Apte de 2008.
14. Aunque no a tiempo para ingresar a la Lista de Patrimonio Mundial que en ese mismo año declinó incluir al Parque Nacional Coiba por las limitantes del marco jurídico y de límites del área, hasta el año 2005 que la UNESCO aceptó el Parque como Sitio de Patrimonio para la humanidad (todos los documentos pueden ser revisados en la página oficial de la UNESCO <http://whc.unesco.org/en/list/1138/documents/>).
15. Asamblea Nacional. Ley No. 44 de 2004 que crea el Parque Nacional Coiba http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/25104_2004.pdf
16. “Soy partidaria de la regulación estricta para la conservación de la biodiversidad mediante la legislación positiva, sin que ello signifique, como en el caso que nos ocupa, prohibir o limitar, en extremo, el desarrollo de la inversión turística”. Palabra de Doña Mireya Mosca, ex Presidenta de la República 1999-2004 mediante nota DP-MM-088 de 4 de junio de 2002.
17. FAO 2008. Informe Mundial de las Pesquerías.
18. Asamblea Nacional. Ley No. 44 de 2006 que creó la Autoridad de los Recursos Acuáticos no http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/25680_2006.pdf
19. Diario La Prensa del 12 de enero de 2007. <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2007/01/12/hoy/negocios/857334.html>
20. Asamblea Nacional. Ley No. 55 de 2008 sobre comercio marítimo http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26100_2008.pdf
21. “Esta ley establece el marco regulatorio del comercio marítimo en Panamá. Desarrolla, en síntesis, todo lo concerniente a las materias que se describen a continuación: las naves mercantes (obligaciones, responsabilidades y atribuciones de los propietarios y la tripulación); los contratos de comercio marítimo (transporte de mercancías por

- vías acuáticas, fletamento, transporte multimodal, transporte de pasajeros por vías acuáticas, remolque y seguro marítimo); los riesgos, daños y accidentes de comercio marítimo (abordaje de naves, auxilio y salvamento de naves, y averías gruesas o comunes); los créditos marítimos y sus privilegios (privilegios sobre la nave, el flete y la carga); y la hipoteca naval”. Reseña tomada del portal InfoJurídica de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá.
22. Diario La Prensa del 20 de agosto de 2008. <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2008/08/20/hoy/panorama/1487355.html>
 23. Consejo de Gabinete. Decreto No. 7 de 2009 que restablece la Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco con una norma de menor jerarquía que una ley, pero que era indispensable para preservar el espacio marino mientras en la Asamblea Nacional se seguían las discusiones revivir el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 que crea el Parque Nacional Coiba http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26224_2009.pdf
 24. Asamblea Nacional. Ley No. 21 de 2009 que restablece el artículo 11 de la Ley No. 44 de 2004 que crea el Parque Nacional Coiba y la Zona de Exclusión para la pesca de atún con redes de cerco www.asamblea.gob.pa/busca/legispan/enviarPDF.asp?file=/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2009/2009_564_1053.PDF
 25. Asamblea Nacional. Ley No. 30 de 2010 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26556-A_2010.pdf en los aspectos ambientales modificada por la Ley No. 65 de 2010 aprobada después de las duras protestas. El texto es producto de las negociaciones y el consenso en la Mesa de Diálogo, Submesa de Ambiente http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26651-A_2010.pdf
 26. Asamblea Nacional de la República de Panamá. Nota de prensa. <http://www.asamblea.gob.pa/main/ComunicacionesyPrensa/tabid/84/articleType/ArticleView/articleId/567/Presentan-proyecto-para-promover-crecimiento-de-aviacion-comercial.aspx>
 27. Asamblea Nacional. Ley No. 41 de 1998, General de Ambiente http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/23578_1998.pdf
 28. Instrumento de gestión ambiental que había sido reglamentado mediante Decreto Ejecutivo No. 209 de 2006 durante el gobierno de Martín Torrijos, el cual fue derogado mediante el Decreto Ejecutivo No. 123 de 2009 durante el inicio del gobierno de Ricardo Martinelli. Texto completo: http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26352-A_2009.pdf. El Decreto Ejecutivo No. 123 de 2009 ha sufrido dos modificaciones adicionales sin procesos de consulta ni participación ciudadana, con el objetivo de agilizar los trámites durante el proceso de evaluación. Ver Decreto Ejecutivo No. 155 de 2011 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26844-A_2011.pdf y el Decreto Ejecutivo No. 975 de 2012 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27106_2012.pdf.
 29. Decreto Ejecutivo No. 209 de 2006 que reglamentaba el proceso de evaluación ambiental http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/25625_2006.pdf
 30. Declaración de Río. Principio 10. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml
 31. Declaración de Río. Principio 15. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml
 32. Asamblea Nacional. Ley No. 2 de 1995, que ratifica la Convención sobre Diversidad

- biológica. http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/22704_1995.pdf
33. Decreto Ejecutivo No. 122 de 2009 crea ventanilla única para trámites en el proceso de evaluación ambiental http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/26352_2009.pdf
 34. Ver noticia sobre el tema en periódico de circulación nacional El Panamá América http://www.pa-digital.com.pa/periodico/buscador/resultado.php?story_id=641795&page=4&texto=eia#axzz0tWtrnYW8
 35. Decreto Ejecutivo No. 57 de 2000 que reglamenta el procedimiento administrativo ambiental y las denuncias por faltas a las normas ambientales http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/24014_2000.pdf
 36. Asamblea Legislativa. Ley No. 6 de 2002, de Transparencia en la Gestión Pública, artículo 8.
 37. Asamblea Legislativa. Ley No. 30 de 1984 se dictan medidas contra el contrabando y defraudación aduanera, artículo 54.
 38. Ley No. 13 de 1986 aprueba Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe y el Protocolo relativo a la cooperación por combatir los derrames de hidrocarburos en la Región del Gran Caribe; Ley No. 9 de 1995 aprueba Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central”, firmado en Managua, Nicaragua, el 5 de junio de 1992”. Ley No. 26 de 26 de marzo de 2003 aprueba el Protocolo relativo a la Contaminación Procedente de Fuentes y Actividades Terrestre del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, hecho en Oranjestad, Aruba, el 6 de octubre de 1999.
 39. Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) www.sica.int/ccad/
 40. Resolución JD 020-2012 de cobros y tasas por aprovechamiento de manglar fuera de áreas protegidas http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27045_2012.pdf
 41. Ver noticias relacionadas de La Prensa <http://www.prensa.com/impreso/panorama/otra-area-protegida-del-pais-se-queda-sin-defensas/96320>
 42. Ver noticias relacionadas de La Estrella de Panamá <http://www.laestrella.com.pa/online/impreso/2013/02/04/concejo-elimina-area-protegida.asp>
 43. Young, Jessica. 2012. Demanda presentada como apoderada legal de la Fundación MarViva el 5 de julio de 2012 ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Una demanda idéntica fue presentada el mismo día en nombre de la Sociedad Audubon de Panamá.
 44. Acuerdo No. 62 de 2012 que derogó el área protegida Reserva Forestal Barú http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27217_2013.pdf
 45. Acuerdo No. 39 de 2003 que creó el área protegida Reserva Forestal Barú http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27213-A_2013.pdf
 46. Ver nota relacionada en medios de comunicación <http://www.laestrella.com.pa/online/impreso/2013/02/04/concejo-elimina-area-protegida.asp>



COLOMBIA

UN PHOTO/GILL FICKLING

CASO PRÁCTICO DE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN COLOMBIA: CÓDIGO DE MINAS, LEY 1382 DE 2010

ROSANA ROMERO ANGARITA¹

“Somos su destrucción, pero
también su única salvación”.

Rosana Lorena
Romero Angarita

En Colombia estamos viviendo actualmente una crisis en el sector minero. Nuestro Presidente, Juan Manuel Santos, consignó como insignia de su Plan de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”² las locomotoras para el crecimiento y la generación de empleo, en donde destacamos la locomotora minera, que conlleva la concepción de posicionar a Colombia como un país minero. Concepción que no tiene en consideración las grandes afectaciones ambientales y sociales que se generan con esta política de Estado, logrando por el contrario con otro tipo de políticas haber posicionado a Colombia³ como una “locomotora megadiversa” y aprovechar de esta manera al ciento por ciento los servicios ambientales que nos prestan nuestros recursos naturales y genéticos.

Como lo manifiesta Manuel Rodríguez Becerra:⁴ “Se presentan oportunidades inmediatas para el desarrollo de actividades basadas en la riqueza de los ecosistemas del país que se deberían impulsar con prioridad: incrementar la investigación en el campo de la biodiversidad con el propósito de explorar posibles nichos productivos con base en un recurso que se encuentra en nuestro territorio, y no restringirse, **así a ofrecerlo en el mercado internacional** como una materia prima más; crear un sector de plantaciones forestales que satisfaga las necesidades domesticas y sea uno de los pilares fundamentales para el comercio exterior (con lo cual se disminuiría, además, la presión sobre el bosque natural, principal fuente para satisfacer la demanda nacional de madera en la actualidad; en forma similar dar un mayor impulso a la acuicultura para restar también presión sobre la biodiversidad marina y al mismo tiempo generar nuevas fuentes de trabajo; montar una industria ecoturística (no obstante lo desgastado del término, es evidente que el país tiene para el efecto condiciones excepcionales). ***Son opciones que deben ser creativamente desarrolladas conjuntamente con las poblaciones indígenas y negras propietarias de nuestros bosques tomando como base sus prácticas ancestrales de relación con la naturaleza, el principal garante para su conservación. Y son opciones que deben hacer parte integrante del proceso dirigido a construir la paz.***” (subrayado fuera de texto).

El mencionado Plan de Desarrollo “Prosperidad para Todos” señala entre otros⁵: “Por otra parte, el sector minero, pese a estar rezagado comparativamente en términos de institucionalidad, formalización y consolidación industrial, ha atraído inversión en niveles elevados y consistentes en los últimos años. La inversión extranjera directa en

el sector aumentó en un 74% pasando de USD\$1.783 a 3.094 millones de 2006 a 2009. Gracias a esto, hoy en día el sector minero ocupa el segundo renglón en las exportaciones del país, las cuales ascendieron a USD\$13.786 millones en el 2009, siendo el carbón, el ferroníquel y el oro los principales productos.”

Teniendo en cuenta lo anterior, claramente podemos apreciar los elevados ingresos que se obtienen de la extracción de los minerales a través de las multinacionales que vienen a explotar dichos recursos dejando graves pasivos ambientales en el país, dado que la normativa minera y ambiental no es tan estricta y tiene muchos vacíos legales; todo lo anterior, hace muy atractiva la inversión obtenida a través de la “locomotora minera” sin contar en el país con un estudio que realmente señale si los ingresos obtenidos por dichos minerales son iguales ó inferiores a los pasivos ambientales y sociales que a largo plazo se obtienen.

El mismo Plan de Desarrollo, destaca a renglón seguido⁶: *“Considerando este panorama, se requiere adelantar una serie de reformas para consolidar y materializar las inversiones en el sector, y así posicionar a Colombia como un país minero a nivel mundial (...)”*. (subrayado fuera de texto). Como lo manifiesta Jorge Eduardo Cock⁷: *“Por encima de esos privilegios deberían estar el bien común y la utilidad pública, realizados en garantizar derechos fundamentales de la población, como la salud, la seguridad alimentaria, el acceso al agua potable, la sostenibilidad ambiental en general.”*

La triste realidad de Colombia en estos días es ver la locomotora minera como crece y crece, cada vez más cargada de antecedentes desfavorables, en todo caso es cierto que el Presidente Santos con la finalidad de apalancarla, destinó grandes sumas de recursos económicos para la creación de la Agencia Nacional de Minería (ANM), autoridad minera del país, que cumplirá principalmente el gran reto de fiscalizar los ejes ambientales, sociales, económicos y jurídicos de más de 14.000 títulos mineros existentes en el país.

El Plan de Desarrollo señala que las autoridades del Sector Minero Energético coordinadamente con las autoridades ambientales desarrollarán las siguientes estrategias⁸:

- Mejorar la calidad e intercambio de información entre el sector minero energético y el ambiental para tomar decisiones informadas en los dos sectores.
- Formular una metodología para prevenir, identificar y valorar los pasivos dejados por el sector minero-energético, y formular proyectos de recuperación ambiental y compensación en las zonas afectadas.
- Establecer un dialogo interinstitucional entre los dos sectores en cuanto a la delimitación de áreas excluidas utilizando criterios de desarrollo sostenible.

- Definir en un plazo no mayor a tres años el Plan Nacional de Ordenamiento Minero, en cuya elaboración y adopción se tendrán en cuenta las normas y directrices de política en materia ambiental y se realizará un análisis ambiental estratégico del territorio.

A bien tenemos que el Plan de Desarrollo y sus metas sean muy ambiciosas, pero lastimosamente el tiempo se nos agota y nos queda un año para el cumplimiento de dicho Plan, el cual hasta el momento lleva muy poco ejecutado. En materia ambiental, lo que más nos urge es el establecimiento de áreas excluidas de la minería, en el país sí se puede adelantar minería, pero tenemos que tener muy claro, delimitado y reglamentado en qué áreas no se pueden realizar dichas actividades, que áreas consideran los colombianos son intocables, áreas sagradas, que no pueden ser intervenidas.

Gracias a que lo anterior no es muy claro, en el país no existe una reglamentación precisa de que áreas no pueden ser intervenidas por la minería, tenemos actualmente títulos mineros que fueron concedidos en el pasado y actualmente presentan conflicto de interés en áreas que no pueden ser intervenidas, tal es el caso del Páramo de Santurbán, entre otros. Se da entonces, la coexistencia de títulos mineros que otorgó el Estado en el pasado con reglamentación reciente en la cual se determina que en dichos lugares no pueden realizarse actividades mineras, y este ha sido uno de los avances de la nueva Ley 1382⁹ con relación a la Ley 685, al incluir algunas zonas excluidas de la actividad minera.

Por otro lado, tenemos como el gran reto de la Agencia Nacional de Minería¹⁰, la fiscalización de los miles de títulos mineros, fiscalización que se ejerce con base en el Nuevo Código de Minas (Ley 1382 de 2010) que introdujo importantes reformas en materia de protección ambiental en comparación con su antecesor (Ley 685 de 2001), y es justamente aquí donde se presenta una potencial pero latente violación al principio de no regresión en materia ambiental.

La Ley 1382 de febrero 09 de 2011, por medio de la cual se modifica la Ley 685 de 2001, fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional¹¹, argumentándose que la Ley 1382 que modifica en muchos apartes a la Ley 685 de 2001, es contraria a la Constitución en razón de haberse omitido la garantía del derecho fundamental de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La Corte Constitucional, así mismo, realiza un análisis jurídico juicioso de las normas que modifica la Ley 1382 con relación a la Ley 685, destinadas a aumentar las exigencias frente al impacto ambiental de la actividad minera, se señalan a continuación¹²:

“- El artículo 3º de la Ley 1382/10, modificatorio del artículo 34 C.M., prevé distintas reglas dirigidas a proscribir la explotación minera en zonas de protección ambiental. En ese orden de ideas, determina (i) la prohibición de explotación minera en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de recursos naturales renovables o del ambiente; (ii) la definición como zonas excluidas aquellas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar; (iii) las reglas para la autorización excepcional de actividad minera en zonas de reserva forestal, a través de su sustracción del régimen general que las excluye; y (iv) la obligación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de delimitar las zonas de reserva forestal señaladas por la Ley 2ª de 1959.

- El artículo 4º de la Ley acusada, modificatorio del artículo 38 C.M., impone, dentro de otros requisitos predicables a la elaboración, modificación y ejecución de los planes de ordenamiento territorial, la identificación de las zonas de reservas especiales y zonas excluibles de minería.

- El artículo 8º modificatorio del artículo 101 C.M. prevé dentro de las condiciones para la procedencia de integración de áreas de explotación minera, la obligación de modificar la licencia ambiental existente en las zonas integradas, o tramite una nueva ante la autoridad ambiental competente.

- El artículo 13 de la Ley 1382/10 modifica el artículo 205 C.M., en el sentido de prever que con base en el estudio de impacto ambiental, la autoridad competente otorgará o no la licencia ambiental para la construcción, el montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el beneficio, y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación.

- El artículo 26 de la normatividad demandada incorpora al Código de Minas una nueva disposición, la cual determina que el Ministerio de Minas y Energía delimitará, con la participación regional y local de los actores empresariales, sociales, de gobierno y demás entes administrativos involucrados en los procesos de la minería, áreas estratégicas mineras del territorio nacional, a las que se les denominará Distritos Mineros Especiales, mediante las cuales se facilitará la relación Estado-Sociedad-Territorio y se estimulará la planeación participativa en un contexto de desarrollo humano sostenible y equilibrio para la competitividad del territorio.”

La Corte manifiesta, que este compendio normativo está enfocado a la protección del medio ambiente, derecho constitucional consagrado a gozar de un medio ambiente sano, y la misma Corte ha señalado el

rango de Constitución Ecológica¹³ a la Constitución de 1991. Se realiza un estudio del problema jurídico planteado, donde manifiesta: *“La Corte ha concluido que (i) la Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.*

No obstante, la Corte también encuentra que, como lo señalan algunos intervinientes, dicha exclusión podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional, en especial la protección del medio ambiente, en tanto se dejarían sin efectos reglas de la Ley acusada que tienen ese propósito específico. De este modo, resultaría necesario adoptar en esta oportunidad fórmulas de decisión que eviten dicha afectación, como diferir los efectos de inconstitucionalidad por un término determinado, a fin que se evite dicho vacío normativo.

(..)

A este respecto, la Corte ha señalado que la decisión de inexequibilidad diferida “... se otorga al Congreso la posibilidad de que, en ejercicio de su libertad de configuración política, y dentro del plazo necesario, pueda expedir la norma que corrija las deficiencias constitucionales verificadas en el artículo demandado.” (subrayado fuera de texto).

Finaliza la Corte su estudio del caso con lo siguiente: *“En consecuencia, acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte considera que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382/10, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera. Por tal motivo, como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.*

A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, la Corte concede el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento

de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, en caso que esa actividad sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarían definitivos, excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico.” En virtud de lo anterior, la Corte resuelve y declara la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2011, difiriendo sus efectos de inexequibilidad por el término de dos años contados a partir de su publicación, que fue el día 11 de mayo de 2011.

Dos años que se vencen el día 11 de mayo de 2013, día en el cual al quedar inexequible el nuevo Código de Minas, entraría nuevamente en vigencia la Ley 685 de 2001, la cual carece de salvaguardas ambientales para el sector minero.

Como a bien lo manifiesta Mario Peña Chacón¹⁴ con relación al principio de no regresión en materia ambiental: “La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.”

En el presente caso podemos destacar que a pesar que la Corte encontró que la Ley 1382 violentó la Constitución Política al no haber cumplido el requisito sine qua non de la consulta previa¹⁵, a la vez, de manera razonable y proporcional, concedió un tiempo prudencial al Ministerio de Minas para encargarse de realizarlas y de esta manera no derogar inmediatamente del ordenamiento jurídico dicha norma, plazo en el cual no se han llevado a cabo las consultas, por lo que una vez expirado, dejaría sin efectos automáticamente la supracitada Ley, la cual, a todas luces, brindó grandes avances en materia de protección ambiental.

La situación jurídica colombiana en relación con su legislación minera va claramente encaminada hacia una transgresión del principio de no regresión en materia ambiental. Está en manos de legislador la protección ambiental que quedará desdibujada del ordenamiento jurídico con la posible desaparición de la Ley 1382, pero también puede ser una gran oportunidad para reglamentar temas ambientales que no han sido objeto de protección e instar a las autoridades competentes para que se sirvan regular entre otros aspectos, las zonas excluidas de minera y el Plan Nacional de Ordenamiento Minero.

BIBLIOGRAFÍA

- Cock, Jorge Eduardo, ¿Minería grande, Minería responsable?, disponible en http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jorgeeduardocock/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12629150.html
- Peña Chacón, Mario, El Principio de no Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 24, Febrero 2013, España, www.cica.es/aliens/gimadus/
- Rodríguez Becerra, Manuel, La Biodiversidad en Colombia, disponible en <http://www.manuelrodriguezbekerra.org/bajar/biodiversidad.pdf>

NOTAS

1. Abogada de la Universidad del Norte, Magíster en Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante y Candidata Ph.D en Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante. rosanaromero@hotmail.com
2. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos” disponible en <https://www.dnp.gov.co/PND/PND20102014.aspx>
3. “La riqueza en biodiversidad de Colombia tiene diversas manifestaciones. En su territorio se encuentra el 10% de la biodiversidad del planeta no obstante que solamente representa el 0.7% de la superficie continental mundial (Mittermeier, 1997). Ocupa el tercer lugar entre los doce primeros países del mundo en diversidad biológica y endemismos combinados, después de Brasil e Indonesia. Es el primer país en diversidad de vertebrados, exceptuando los peces. Es el primer país en diversidad de aves y anfibios, el segundo en diversidad de peces de agua dulce, el tercero en reptiles y el cuarto en mariposas. La riqueza en aves ha llamado la atención mundial de científicos, viajeros y aficionados a la ornitología: sus 1752 especies representan cerca del 19% de todas las especies y del 60% de las identificadas en Suramérica.” Rodríguez Becerra, Manuel, La Biodiversidad en Colombia, página 1, disponible en <http://www.manuelrodriguezbecerra.org/bajar/biodiversidad.pdf>
4. Rodríguez Becerra, Manuel, La Biodiversidad en Colombia, páginas 28 y 29, disponible en <http://www.manuelrodriguezbecerra.org/bajar/biodiversidad.pdf>
5. Página 279 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”.
6. Página 279 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”.
7. Cock, Jorge Eduardo, ¿Minería grande, Minería responsable?, disponible en http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jorgeeduardocock/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12629150.html
8. Página 293 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”.
9. Artículo 3 de Ley 1382 de 2010.
10. Página 293 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos” y Decreto 4134 de 2011 “Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”.
11. Sentencia C-366/11. Referencia.: expediente D-8250. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.” Actores: Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011).
12. Sentencia C-366 de 2011.
13. Sentencias Corte Constitucional: T-411/92, C-058/94, C-375/94, C-126/98, C-596/98, C-794/00, C-150/05, T-760/07, C-703/10
14. Peña Chacón, Manuel, El Principio de no Regresión Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional Costarricense, Página 1
15. Ley 21 de 1991 y Decreto 1320 de 1998..



SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

UN PHOTO/A FISHER

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES. ENSEÑANZAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

KARINE RINALDI¹

Como bien lo ha desarrollado en varias ocasiones el experto Mario Peña Chacón, el principio de no regresión ambiental implica que el nivel de protección alcanzado debe ser respetado. Lo anterior conlleva, por ende, una obligación de no retroceder en la protección ambiental adquirida.²

El derecho a un ambiente sano nunca fue una temática *directamente* desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”, “Corte”, o “Tribunal de San José”). Cabe señalar que no figura el derecho a un ambiente sano en la Convención Americana de Derechos Humanos (“Convención” o “Pacto de San José”) y que aunque esté enunciado en el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), no puede ser objeto de denuncias ante el Sistema Interamericano. El panorama para la defensa del derecho a un ambiente sano así como para la aplicación del principio de no regresión ambiental parece, entonces, oscuro (I).

Sin embargo, en el presente trabajo se demostrará que la protección del ambiente, así como una *especie* de principio de no regresión relativo a una situación *de facto*, se puede alcanzar en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos mediante la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (II).

I. UN PANORAMA APARENTEMENTE SOMBRÍO PARA LA JUSTICIABILIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

No solamente no está enunciado en el Pacto de San José el derecho a un ambiente sano (A), sino que, además, la inclusión de este derecho en el Protocolo de San Salvador está apegada a un límite importante (B). Sin embargo, un elemento de la Convención Americana va a revelarse ser un instrumento útil para la implementación del principio de no regresión (C).

A. La ausencia del derecho a un ambiente sano en la Convención Americana de Derechos Humanos

El derecho a un ambiente sano, como tal, no figura en el texto de la Convención adoptada en 1969, que es principalmente un texto de derechos civiles y políticos. En este sentido, el único artículo que desborda el ámbito civil y político es el 26, titulado *Desarrollo progresivo*, que viene componer el Capítulo III de la Convención dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales. Este artículo enuncia que:

[l]os Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Cabe señalar que la versión final del Pacto de San José no retoma los desarrollos que figuraban en los artículos 20 a 33 del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y aprobado en 1959. En este sentido, este proyecto enunciaba los derechos al trabajo, a sindicalizarse, a la seguridad social, a constituir una familia, a recibir educación, a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, a la propiedad privada sujetando su uso al interés social, o el derecho de los pueblos a la libre determinación.³

Asimismo, el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en el curso de los trabajos preparatorios. Los Estados americanos tenían interés en consignar una “mención directa” a los derechos económicos, sociales y culturales, “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento

y aplicación”.⁴ La Corte Interamericana recuerda que la revisión de los trabajos preparatorios de la Convención demuestra que se quería enfatizar en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”, y que se propuso hacer posible la ejecución de estos derechos mediante la acción de los tribunales.⁵

Sin embargo, a pesar de la inclusión de la disposición precitada en la Convención Americana, el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales siempre fue posible –por ahora– únicamente a través de algún derecho civil o político contenido en la Convención (principalmente mediante el derecho a la vida o el derecho a la propiedad⁶). Es decir, la Corte Interamericana ha examinado cuestiones económicas, sociales o culturales, pero siempre a través de los derechos civiles y políticos.⁷

Por ende, la Corte Interamericana nunca declaró violado el artículo 26 de la Convención. Incluso, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte tomó “nota que el Estado se allanó parcialmente a la pretensión de los representantes de las víctimas respecto de la garantía de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales establecida en el artículo 26 de la Convención Americana”⁸, y, sin embargo, no se pronunció sobre la alegada violación del artículo 26 del Pacto de San José. Los aspectos económicos, sociales y culturales del caso fueron abordados mediante el artículo 4 de la Convención, enunciando el derecho a la vida y protegiendo el derecho a una vida *digna*.

Asimismo, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, a pesar de la alegación de la violación del artículo 26 por los representantes de las víctimas,⁹ la Corte adoptó de nuevo un enfoque *indirecto*, basándose en el artículo 21 del Pacto (derecho a la propiedad, interpretado como garante de los territorios tradicionales) para afirmar y proteger el derecho a la identidad cultural.

Pareciera por ende que el artículo 26 solamente puede servir para interpretar otros derechos contenidos en la Convención. Es importante mencionar que varios autores defienden sin embargo la justiciabilidad *directa* de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁰ y es finalmente en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú* que el Tribunal Interamericano hace esta precisión:

resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).¹¹

Si bien no fue comprobado en este caso, según la Corte, el incumplimiento de la obligación reconocida en el artículo 26 de la Convención, se desprende de esta sentencia que este artículo consagra derechos exigibles a los que se aplican las obligaciones de respeto y de garantía.¹² El Tribunal Interamericano defiende sin embargo que el desarrollo progresivo se debe medir “sobre el conjunto de la población [...] y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de [personas] no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”¹³.

A pesar de lo anterior, es importante tener presente, a efectos de esta contribución, que el principio de progresividad de los derechos (que implica que los Estados tienen “esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados”¹⁴) es la otra cara de la no regresión; así lo afirmó la Corte Interamericana. En este sentido, como correlato de la progresividad, “se desprende un deber –si bien condicionado– de no-regresividad”¹⁵.

El Tribunal de San José recuerda que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las medidas de carácter deliberadamente regresivo “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente”.¹⁶ Asimismo, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”¹⁷.

B. La inclusión limitada del derecho a un ambiente sano en el Protocolo de San Salvador

A diferencia de la Convención Americana, el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sí dispone en su artículo 11, titulado *Derecho a un medio ambiente sano*, que “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”.

Este derecho no puede, sin embargo, dar lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales; es decir, la violación de este derecho no puede ser alegada ante la Comisión o la Corte. Esta restricción está prevista por el propio Protocolo, en virtud de su artículo 19.6, que prevé que únicamente el derecho a la educación y los derechos de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección pueden ser objeto de petición.¹⁸

Según el abogado Oswaldo Chiriboga, los Estados americanos no han querido atribuir una competencia a la Corte para que esta reciba alegaciones de violaciones de los derechos económicos, sociales

y culturales (así como del derecho a un ambiente sano), sino que simplemente aceptaron un control mediante la remisión de informes periódicos.¹⁹ En este sentido, el artículo 42 de la Convención enuncia que:

[l]os Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

La justiciabilidad del derecho a un ambiente sano aparece por ende complicada en el Sistema Interamericano. Sin embargo, un instrumento de la Convención permite interpretarla a la luz del derecho interno o internacional más favorable, lo que va a revelarse pertinente para la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (que no están explícitamente enunciados en el texto interamericano). Lo anterior, a su vez, va a permitir una cierta implementación del principio de no regresión.

C. El principio del derecho más favorable enunciado en la Convención Americana como instrumento para la no regresión

El artículo 29.b del Pacto de San José determina que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este artículo es por ende una herramienta de aplicación de la norma más favorable: “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”²⁰. En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana ha interpretado el texto interamericano de manera evolutiva, incorporando en la lectura de la Convención los derechos inherentes de los pueblos indígenas y tribales, que son reconocidos tanto en el ámbito internacional como en la mayoría de las legislaciones de los Estados Americanos.

En este sentido, varias reformas constitucionales tendientes a reconocer la existencia y los derechos de las sociedades tradicionales tuvieron lugar en el continente americano en el curso del siglo XX. La Constitución colombiana abrió el camino en 1991 y, con un mayor o menor grado, prácticamente todas las legislaciones latinoamericanas reconocen hoy

en día los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y tribales. Por ende, a pesar de que, como bien afirma Luis Rodríguez-Piñero Royo, este reconocimiento no siempre esté acompañado de las reformas necesarias para su efectividad,²¹ o que, como lo explica el experto Bartolomé Clavero, en razón de la no modificación de los aparatos estatales, “[e]l supremacismo (sic) cultural aún impera abiertamente”²², estas legislaciones, que son favorables, en el papel, a las sociedades tradicionales, van a ser instrumentos importantes a disposición del Tribunal de San José para hacer efectivos estos derechos.

Asimismo, en el primer caso pertinente en el que las víctimas eran miembros de una comunidad indígena, fue con base en la legislación del Estado demandado que la Corte reconoció los derechos territoriales de la comunidad. Se trataba en realidad de un problema de brecha entre el derecho reconocido a nivel interno a favor de las sociedades tradicionales y la ausencia de goce efectivo de estos derechos por los demandantes. En esta sentencia (*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*) la Corte recordó lo dispuesto por el artículo 29.b de la Convención,²³ antes de transcribir varios artículos de la Constitución de Nicaragua relativos a los derechos de los pueblos indígenas a mantener sus formas comunitarias de propiedad, o de transcribir partes del *Estatuto de autonomía de las regiones de la Costa Atlántica* y del decreto referente a la creación de la *Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas en la Costa Atlántica*.²⁴

Otro ejemplo de recurso al derecho interno más favorable puede encontrarse en las tres sentencias en contra de Paraguay. Al respecto, la legislación paraguaya que reconoce la existencia de los pueblos indígenas como anteriores a la formación del Estado sirvió de base a la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana. De acuerdo con el Tribunal, “[l]a Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención”²⁵.

Por otra parte, todos los especialistas coinciden en que los desarrollos internacionales relativos a los derechos diferenciados de las sociedades tradicionales han influido en el desarrollo del derecho interamericano al respecto. En este sentido, la Corte Interamericana acudió explícitamente al *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT* (Convenio 169) al indicar que constituye un aporte para el trabajo interpretativo de la Convención:

al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones

de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁶

En efecto, el “Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana”²⁷. Por ende, el artículo 21 pudo ser comprendido, con base en este Convenio, como protector de la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios y los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentren.

De la misma manera, el artículo 25 del Pacto también fue interpretado a la luz del Convenio 169 para ser entendido como garante de la obligación de los Estados de “ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”²⁸.

*

Más allá de los casos particulares, y salvando el error de las sentencias *Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*,²⁹ esta interpretación evolutiva debe de ser entendida como parte del derecho interamericano, vinculante para los Estados de la OEA que ratificaron la Convención y reconocieron la competencia de la Corte. En este sentido, en palabras del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, “[l]as interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con *efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de *norma interpretada*”³⁰. De esta manera, como lo expresó Néstor Pedro Sagüés,

un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente. Paralelamente, la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.³¹

En particular, el experto Bartolomé Clavero afirma que la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* de 2001 no resuelve simplemente un caso entre dos partes, sino que

a partir de ahora el derecho indígena de carácter colectivo al propio territorio y a los propios recursos puede entenderse que está incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos con el consiguiente efecto vinculante para todos los Estados signatarios [...]. La sentencia en el caso Awas Tingni no afecta exclusivamente al Estado de Nicaragua ni beneficia tan sólo —ni en exclusiva— a una comunidad indígena entre tantas que existen en América [...]. Ya no es [...] que el derecho indígena dependa del reconocimiento del Estado y haya de conformarse con su legislación, sino más bien al contrario. Son los Estados los que quedan obligados a reconocer el derecho indígena.³²

Se trata en efecto de reconocer los derechos *inherentes* de las sociedades tradicionales: derechos que no son concedidos por los Estados, por los tratados internacionales o por los órganos de protección de los derechos humanos. Los derechos indígenas preexisten y, hoy en día, son simplemente *reconocidos* en el derecho nacional o internacional. Prueba de que las Constituciones de los Estados no tienen más la última palabra, es que la Corte obliga a los Estados a reformar sus legislaciones contrarias a la Convención Americana y a sus interpretaciones, para hacer efectivos los derechos territoriales de las sociedades tradicionales.

También es importante aclarar que no se trata de creación de *nuevos* derechos, sino de interpretación de derechos existentes a la luz de las especificidades culturales y de la diversidad cultural, lo que permite a la Convención Americana enriquecerse de “derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo”³³. Se trata asimismo de aplicación de derechos fundamentales respetando la igualdad y no discriminación (que incluye también el concepto surgido de la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia internacional, *Escuelas minoritarias en Albania*³⁴, según el cual la igualdad de hecho puede necesitar tratamientos diferentes para llegar a un resultado que establezca el equilibrio entre situaciones diferentes, dado que un tratamiento igual hacia la mayoría y la minoría puede desembocar en una desigualdad de hecho). En este sentido, James Anaya, relator de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, afirma que “la norma fundamental de no discriminación requiere el reconocimiento de las formas de propiedad derivadas de patrones tradicionales o consuetudinarios de los pueblos indígenas, con independencia de las modalidades de propiedad creadas por la sociedad dominante”³⁵.

*

Esta primera parte ha permitido demostrar que, a pesar de la ausencia de enunciación del derecho a un ambiente sano —y, por ende, del principio de no regresión ambiental— en los textos cuya ejecución pueda ser controlada por la Corte Interamericana, la progresividad alentada por el artículo 26

del Pacto de San José así como, sobre todo, el principio del derecho más favorable del artículo 29.b., pueden representar instrumentos para dar efectividad al principio de no regresión.

Sin embargo, y de manera más concreta, la aplicación del principio de no regresión en el ámbito ambiental encuentra una expresión mediante la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, como se desarrolla a continuación.

II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES COMO EJERCICIO DE UN PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL DE FACTO

La referencia a una no regresión *de facto* responde al hecho de que no concierne un cambio en relación a una *normativa* vigente, sino simplemente a un *estado de hecho*. Dicho lo anterior, el presente desarrollo pretende demostrar que, dado que es necesario que esté protegido el ambiente de los pueblos indígenas y tribales para que estos puedan gozar de sus derechos fundamentales (A), se puede alcanzar una protección del ambiente (así como una implementación del principio de no regresión ambiental), mediante la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales (B).

A. La condición de la protección del ambiente para la realización de otros derechos humanos

La afirmación de la condición que representa la protección del ambiente para la realización de otros derechos humanos fue hecha por la Corte Interamericana en un caso de asesinato de un ambientalista (1); sin embargo, son los casos indígenas y tribales los que hicieron entender a la Corte la existencia de tal relación (2).

1. El *obiter dictum* del Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*

La Corte de San José, en el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, declaró que “existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”³⁶. No se trataba de un caso relativo al derecho a un ambiente sano, pero lo anterior fue afirmado por la Corte sin duda para que la sociedad hondureña tomara conciencia de la importancia de la labor de los ambientalistas, que sufren numerosas amenazas y asesinatos en el país. Por ende, cuando en general es el propio derecho a la vida el que está visto como *el* derecho-condición, el Tribunal de San José aporta al debate el elemento de la condición que representa el goce de un ambiente sano para poder gozar de otros derechos fundamentales.

Este *obiter dictum* es de suma importancia ya que se refiere a un derecho que no es, como dijimos, directamente justiciable. Por otra parte, es importante recordar que en el continente americano, las secuelas de las dictaduras militares han hecho que el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se haya utilizado hasta ahora principalmente para peticiones individuales relativas a la violación de derechos civiles y políticos. Sin embargo, si para la Corte Europea de Derechos Humanos la protección del ambiente es un *componente* del interés general, para la Corte Interamericana, el derecho a un ambiente sano es una *condición* para el goce de otros derechos.

La Comisión Interamericana también ha afirmado que “varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales”³⁷. Este órgano se había referido por primera vez a la degradación del ambiente como violación de derechos humanos en 1997, en estos términos: el “... ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos”.³⁸

2. Una relación puesta a la luz en los casos indígenas y tribales

El desarrollo anteriormente mencionado fue posible mediante la temática indígena y tribal; es decir, la relación entre el goce del derecho al ambiente y la efectividad de otros derechos surgió de los casos relativos a violaciones de derechos de pueblos indígenas y tribales. En estos casos, la Corte reconoció que la supervivencia económica, social y cultural de estos pueblos está ligada a la protección de los territorios tradicionales en los que viven y los recursos naturales que utilizan tradicionalmente.³⁹

Cabe señalar que desde el primer caso pertinente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había alegado que “la vida de los miembros de la Comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca”⁴⁰. Sin embargo, por cuestión procedural (ausencia de fundamento), la Corte no pudo conocer de este alegato.⁴¹

Los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, ambos contra Paraguay, son los que permitieron a la Corte de San José establecer esta jurisprudencia. Ambos casos atañen a comunidades que viven en condiciones de miseria extrema al frente de las alambradas de unas fincas ubicadas sobre sus territorios ancestrales, actualmente propiedades de terceras personas (en efecto, a finales del siglo XIX, como consecuencia de la deuda de Paraguay tras la guerra de la Triple Alianza, grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron adquiridas por empresarios británicos a través de la bolsa de

valores de Londres, con desconocimiento de la población indígena que los habitaba)⁴².

Además de la alegación de violación del derecho a la propiedad tradicional, la Comisión alegaba la violación del derecho a la vida por la falta de reconocimiento y tutela de las tierras, que obligó a las comunidades a vivir a la vera de una ruta y las privó de acceder a sus medios tradicionales de subsistencia.⁴³

Precisamente, en la parte de la sentencia que estudia la alegada violación del derecho a la vida, la Corte “nota que la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales”⁴⁴. En este sentido, el Estado debió de haber adoptado “las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para [...] ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida”⁴⁵. Se desprende de lo anterior que cuando la comunidad esté en posesión de su propiedad ancestral, la vulnerabilidad sanitaria y alimenticia desaparecerá, debido al acceso a los recursos naturales esenciales para la supervivencia.

Asimismo, ya que la Corte “considera que el Estado no adoptó las medidas necesarias para que los miembros de la Comunidad dejen el costado de la ruta y, por ende, las condiciones inadecuadas que ponían y ponen en peligro su derecho a la vida”⁴⁶, el vínculo queda establecido entre el disfrute del derecho de propiedad tradicional, por un lado, y la implicación que este disfrute tiene sobre el goce de la vida, por otro. Esta posición se reiteró en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.⁴⁷

Saliendo del ámbito de la jurisprudencia interamericana, se debe señalar que en palabras del Consejo Mundial de pueblos indígenas, la tierra es la base de los pueblos indígenas, por lo que si se busca eliminarlos, la mejor forma de hacerlo es separándolos de la parte de ellos mismos que pertenece a la tierra.⁴⁸

Asimismo, de lo anterior se desprende que los territorios tradicionales y el ambiente pueden ser representados en un mismo objeto, por lo que, protegiendo los primeros, se resguarda el segundo. En este sentido, Mikel Berraondo López defiende que lo que para algunos no tuvo ninguna importancia hasta los años setentas, cuando se empieza a tomar conciencia acerca de la degradación ambiental y el consecuente riesgo para la vida, representa, para los pueblos indígenas y tribales, la causa principal de su existencia, el punto en que se encuentra su existencia con sus creencias, prácticas culturales y recursos económicos.⁴⁹ Por ende, el ambiente es, para las sociedades tradicionales, el “fundamento de su propia existencia”, por encima incluso del derecho a la vida.⁵⁰ Este autor observa entonces que el ambiente es una condición para que los pueblos indígenas y tribales puedan ejercer los otros derechos fundamentales.⁵¹

En este sentido, el actual Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resultado de las Catorce Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos, dispone de un artículo (el artículo XVIII) sobre el *Derecho a la protección del medio ambiente sano*. En este, se reconoce que los pueblos indígenas y tribales “tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo”. Por ende, la adopción de este proyecto será un argumento más para defender que el derecho a un ambiente sano es *el* derecho-condición para estos pueblos.

Así, la temática del derecho a un ambiente sano está indirectamente presente en la invocación de la violación del artículo 21 de la Convención Americana que busca la protección de los territorios tradicionales.

B. La protección del ambiente mediante la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales

El alcance del derecho al territorio tradicional abarca tanto las tierras tradicionales como los recursos naturales que se utilizan tradicionalmente (1). Por ende, la efectividad del derecho a un ambiente sano es posible mediante la protección de los territorios tradicionales, y en particular mediante la implementación de los límites adicionales que han sido elaborados por la Corte para la expropiación de territorios tradicionales o parte de ellos (2).

1. El alcance del derecho al territorio tradicional

Como bien lo defiende la Corte Interamericana, el artículo 21 de la Convención que enuncia el derecho a la propiedad privada puede ser invocado para la protección de la “estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”⁵². Por ende, el derecho de propiedad tradicional comprende, en el Sistema Interamericano, además de las tierras, los recursos naturales que se encuentran en ellas y que son tradicionalmente utilizados. Así lo entiende también la Comisión Interamericana: “las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de ‘territorio’”.⁵³ En palabras de este órgano de protección de derechos humanos,

[l]os recursos naturales son sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua,

el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales.⁵⁴

El tema de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales es un tema delicado debido a la riqueza que pueden representar. A menudo, en la práctica, los Estados se consideran propietarios de estos y otorgan concesiones de explotación a terceros sin tener en cuenta a las personas que viven en ellos, ni sus derechos fundamentales.

Para estos pueblos, los recursos deben sin embargo ser incluidos como parte de su propiedad. De hecho, como lo observó la Corte, el “reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida”⁵⁵. Más aún,

el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio [...] Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad.⁵⁶

Fue solamente en el caso *Saramaka*, cuya sentencia fue dictada en 2007, que este tema fue discutido abiertamente por la Corte Interamericana. Esta temática estaba sin embargo presente desde el primer caso pertinente (2001), en el que unas concesiones forestales habían sido concedidas por el Estado a una empresa privada para la explotación de madera en el territorio tradicional de la comunidad *Awas Tingni*. En aquel momento, la Corte Interamericana no se aventuró sobre este tema: en la primera etapa del desarrollo jurisprudencial, era solamente la estrecha relación que mantienen estos pueblos con sus *tierras* lo que se protegía.⁵⁷ Posteriormente, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 2005, el Tribunal afirmó por primera vez el derecho de estos pueblos sobre la tierra y los recursos naturales. La comunidad indígena, que sobrevive frente a los límites de su territorio (siendo en la actualidad propiedad de una empresa), planteaba ante el Sistema Interamericano la importancia del acceso a los recursos naturales de la

tierra para sobrevivir. Esto fue lo que, sin duda, permitió a la Corte de San José afirmar que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”⁵⁸

Posteriormente, la Corte trató un caso en el cual unas concesiones habían sido otorgadas por el Estado demandado a una empresa privada para la explotación forestal y minera en las tierras que una comunidad tribal reivindica como su propiedad tradicional.⁵⁹ La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas sostuvieron que las concesiones otorgadas por el Estado de Surinam a terceros en el territorio tradicional de la comunidad constituyen una violación del derecho del pueblo a su propiedad. Este caso representó una oportunidad para desarrollar este delicado tema, porque si bien las jurisprudencias Yakye Axa y Sawhoyamaya el artículo 21 integraban el derecho de propiedad sobre los recursos naturales, el Tribunal señaló que “el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran”.⁶⁰

La Corte empieza observando que una “cuestión que se deriva necesariamente de la afirmación de que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres es el tema del derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie”⁶¹. La conclusión de la Corte es que “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos”⁶². La propiedad de la tierra deriva por ende en el derecho de propiedad sobre los recursos naturales tradicionales.

En este sentido, “los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”⁶³. La Corte tuvo por lo tanto que determinar cuáles eran los recursos naturales que se encontraban dentro del territorio del pueblo que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida y que deben ser protegidos.

Asimismo, con base en un mapa elaborado por un antropólogo representando la variedad de árboles utilizados por la comunidad para diversos fines, el Tribunal Interamericano llegó a la conclusión de que la madera es un recurso tradicionalmente utilizado por la comunidad

Saramaka: “los integrantes del pueblo Saramaka utilizan un tipo especial de árbol para construir botes y canoas a fin de trasladarse y transportar gente y bienes de un pueblo a otro”, también “utilizan distintos tipos de especies de palmeras para hacer varias cosas, incluido el techo de sus hogares, y de las cuales obtienen frutas que procesan para obtener aceite para cocinar”.⁶⁴ La madera es por lo tanto un elemento sobre el que se aplica el derecho a la propiedad de la comunidad. La Corte llegó sin embargo a la conclusión de que este no es el caso del oro, que no está, por ende, incluido en la propiedad de la comunidad (como será desarrollado ulteriormente, los Estados no podrán sin embargo disponer libremente de recursos que no forman parte de los “bienes” objeto de la propiedad tradicional pero cuya explotación puede afectar a recursos que sí son de propiedad de los pueblos indígenas y tribales).⁶⁵

Lo anterior representa un desarrollo jurisprudencial fundamental, ya que los países latinoamericanos son de tradición legal basada en la doctrina según la cual los recursos del subsuelo pertenecen al Estado. La Corte Interamericana impone así una visión diferente a los Estados miembros de la OEA, sobre un tema fuente de muchos conflictos.

*

Se llega por ende a una justiciabilidad indirecta del derecho a un ambiente sano mediante la protección de los territorios tradicionales. En este sentido, cuando la Corte habla de “gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo” tribal, un daño causado por “concesiones madereras que otorgó el Estado”, se trata de daño ambiental.⁶⁶ Por ende, aunque se declare violado el derecho de propiedad tradicional, se reconoce en el fondo la violación del derecho a un ambiente sano. La Corte Interamericana observó además que se le dejó al pueblo tribal un “legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales”, y que “las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras [...] han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo [...] han utilizado tradicionalmente”.⁶⁷

Precisamente en razón de este daño ambiental, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que ordenara al Estado “reparar el daño ambiental causado por las concesiones madereras otorgadas por el Estado en el territorio tradicionalmente ocupado y usado por el pueblo Saramaka”⁶⁸. La Corte no llegó hasta este punto pero sí desarrolló límites adicionales a la explotación de territorios tradicionales, por lo que se puede afirmar que la jurisprudencia interamericana en cuanto a derecho al territorio tradicional puede representar una implementación del principio de no regresión ambiental.

2. El desarrollo de límites adicionales a la expropiación de territorios tradicionales

El órgano encargado de interpretar la Convención Americana considera que el derecho de propiedad tradicional, al igual que el derecho a la propiedad individual, no es un derecho absoluto. En este sentido, la Corte ha afirmado que el artículo 21 de la Convención no debe interpretarse como que “impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales”; asimismo, “no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales”.⁶⁹

Sin embargo, la Corte sí ha reforzado las condiciones de expropiación de una propiedad tradicional, al punto de imponer a los Estados, en algunas situaciones, la obtención del consentimiento de las sociedades tradicionales interesadas. Lo anterior permite defender la existencia del principio de no regresión ambiental *de facto*.

Recordemos que en virtud del artículo 21.2 de la Convención Americana, “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. La jurisprudencia interamericana había además establecido que las restricciones al goce y al ejercicio de los derechos debían ser establecidas por ley, necesarias y proporcionales, y dirigidas a alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁷⁰ Además, con la sentencia *Pueblo Saramaka*, estas condiciones son especificadas y reforzadas para las expropiaciones de territorios tradicionales.

En este sentido, para todo proyecto de *desarrollo*, inversión, exploración o explotación en territorio tradicional, los Estados deben asegurarse de que se realicen estudios previos de impacto social y ambiental, deben garantizar la participación efectiva de los pueblos interesados en la toma de decisiones, y deben asegurarse de que se compartan los beneficios obtenidos.

El estudio previo de impacto ambiental y social, que debe ser realizado por entidades independientes, es la primera medida que debe ser implementada cuando hay deseo de otorgar una concesión en territorios tradicionales. Lo que, sin duda, llevó al juez interamericano a implementar este requisito adicional, es el hecho de que en la audiencia ante la Corte Interamericana, miembros de la comunidad Saramaka declararon que las empresas forestales “eran altamente destructivas y produjeron un daño masivo en un área sustancial del bosque del pueblo Saramaka y en las funciones ecológicas y culturales que éste proporcionaba”; asimismo, estas empresas “dejaron el bosque totalmente arruinado donde trabajan. No se puede seguir utilizando gran parte del bosque para cosechar y los animales se alejan de éstas áreas también. Se bloquearon los arroyos,

se inundó el área y se convirtió en un pantano. Quedó inutilizable y los espíritus están totalmente ofendidos”⁷¹. Lo anterior fue confirmado por los expertos, que afirmaron que “los impactos sociales, ambientales y de otra índole de las empresas madereras son graves y traumáticos”, y que “la explotación forestal se llevó a cabo por debajo de los estándares mínimos aceptables para operaciones de este estilo”⁷². Asimismo, los miembros de la comunidad “no tienen acceso al agua necesaria para beber, cocinar, lavar, irrigar, regar y pescar [las] grandes áreas con agua estancada hacen que el bosque sea incapaz de producir cosechas agrícolas tradicionales de los Saramaka”.⁷³

Por ende, en palabras de la Corte Interamericana, “se le ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales”; las concesiones “han dañado el ambiente [y] el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente”⁷⁴. Con base en lo anterior, es ahora una condición adicional antes de la expropiación del territorio o de una parte de él, la de:

asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional [...], e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo.⁷⁵

Como lo explica la Comisión Interamericana, esta condición

[r]esponde evidentemente a una lógica de garantía de los derechos de propiedad indígenas. Por lo tanto, dichos estudios no pueden constituir meros trámites formales, sino que deben conducir, en la medida de lo técnicamente posible, a cambios específicos en el diseño de los planes de desarrollo o inversión cuandoquiera que los estudios hayan identificado posibles impactos negativos.⁷⁶

Para la implementación de estos estudios, la Corte Interamericana remite a la guía *Akwé Kon* de la Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica.⁷⁷ En virtud de lo anterior, se vuelven efectivas normas con las que los Estados no estaban formalmente comprometidos, dando efectividad al derecho a un ambiente sano y al principio de no regresión ambiental.

Asimismo, aunque los códigos de conducta para empresas transnacionales no sean jurídicamente vinculantes, la protección del ambiente puede tornarse en una obligación mediante la aplicación de los derechos indígenas. En este sentido, las actividades de las empresas que operan en

el suelo americano son limitadas y controladas mediante las obligaciones impuestas a los Estados de la OEA que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptaron la competencia contenciosa de la Corte.

Por otra parte, mencionábamos que la jurisprudencia interamericana también requiere que se dé participación a los pueblos indígenas y tribales en la toma de decisiones. Lo anterior involucra consulta o incluso consentimiento. Este deber implica una comunicación constante entre las partes, y debe regirse por la buena fe para que los pueblos interesados puedan tener conocimiento de los riesgos potenciales. Es importante mencionar que las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos culturalmente adecuados y tener en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos para la toma de decisiones.⁷⁸

Asimismo, la Comisión precisa que la

consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas. [...] La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades.⁷⁹

La sentencia en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* consagró la consulta en cuanto principio general del Derecho Internacional, después de constatar que es un principio presente en numerosas legislaciones y jurisprudencias a través del planeta.⁸⁰

En algunas situaciones, más allá de la consulta, lo que puede ser requerido por el derecho interamericano es el propio consentimiento del pueblo en cuyo territorio se pretende implementar un proyecto de inversión o explotación. En este sentido, “la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [...], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [...], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo”⁸¹. Asimismo,

adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional [...], la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener

un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [...] a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo [...], según sus costumbres y tradiciones.⁸²

Sin embargo, el Tribunal no da indicación de qué entiende por proyecto a gran escala. Es por ende al trabajo de Naciones Unidas que hay que acudir, para encontrar pautas en un informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

Por “gran proyecto de desarrollo” se entiende un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares. El objetivo de dichos proyectos puede variar, desde el fomento del desarrollo económico hasta el control de las inundaciones, la generación de energía eléctrica y otros recursos energéticos, la mejora de las redes de transporte, la promoción de las exportaciones con el fin de obtener divisas, la creación de nuevos asentamientos, la garantía de la seguridad nacional, y la creación de oportunidades de empleo e ingresos para la población local.⁸³

En cuanto al alcance de estas obligaciones impuestas a los Estados miembros de la OEA, cabe señalar que recaen, además de sobre las tierras y recursos naturales que constituyen el territorio tradicional objeto del derecho de propiedad, sobre recursos que no forman parte de los bienes objeto de la propiedad pero cuya explotación puede afectar a otros recursos que sí son de propiedad de los pueblos indígenas y tribales. En este sentido,

dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social.

El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida.⁸⁴

Por no haber implementado las condiciones previamente descritas, la Corte declaró que el Estado había violado el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, conforme al artículo 21 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.⁸⁵

Por ende, los pueblos indígenas y tribales pueden decidir aceptar la implementación de proyectos respetuosos de sus territorios, pero también pueden decidir rechazarlos si no son compatibles con sus derechos fundamentales. De esta manera, se da un sentido práctico al principio de no regresión ambiental.

CONCLUSIÓN

Una prohibición de la regresión puede encontrarse en la obligación del desarrollo progresivo de los derechos humanos. Además, una prohibición de la regresión puede también encontrarse en la aplicación de la norma más favorable. Sin embargo, la expresión más interesante en cuanto a derecho ambiental se da mediante la justiciabilidad indirecta del derecho a un ambiente sano a través de la protección de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas y tribales. En este sentido, los territorios y el ambiente constituyen un mismo objeto, por lo que la Corte resguarda el ambiente mediante la declaración de violación del derecho al territorio tradicional. Asimismo, al elaborar garantías adicionales para la explotación de recursos naturales en estos territorios tradicionales, la Corte permite una cierta implementación del principio de no regresión ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Ed. Trotta, 2005, 493 páginas.
- Berraondo López, Mikel. “Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin”, in Mariño Menéndez, Fernando et Oliva Martínez, Daniel (Dir), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: ediciones Dykinson, 2004, pp. 73-88.
- Clavero, Bartolomé, “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, in Charters Claire y Stavenhagen Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague: IWGIA, 2010, pp. 366-373.
- Clavero, Bartolomé. “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni”, *Revista I.I.D.H.*, vol. 39, 2004, p. 257-292.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, 534 páginas.
- García Bauer, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, in *Veinte años de Evolución de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pp. 425-461.
- Kymlicka, Will. *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, París: La Découverte, 2001, 359 páginas.
- Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 67 páginas.
- Peña Chacón, Mario, “La ley orgánica del ambiente de Costa Rica y el principio de no regresión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Número 7, Febrero de 2013.
- Rinaldi, Karine, “Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿un paso atrás en cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales?”, *Revista del Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n° 12, por publicarse.

- Rinaldi, Karine, “Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l’homme”, in *Hélène Tigroudja y Ludovic Hennebel (Dir.), Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, París: Ediciones Pedone, 2009, pp. 215-250.
- Rodríguez-Piñero Royo, Luis. “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales”, in Mariño Menéndez, Fernando y Oliva Martínez, Daniel (Dir), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: ediciones Dykinson, 2004, pp. 221-248.
- Rouland, Norbert, Pierre-Caps, Stéphane y Poumarede, Jacques, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, París: Presses Universitaires de France, 1996, 581 páginas.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “Ignoring the Protocol of San Salvador? Not the Best Solution. Non-Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1940559, 2011, 41 páginas.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 2010, n° 1, pp. 117-136.
- Ventura Robles, Manuel, « Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales », en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2004, No. 40, pp. 87-131.

Naciones Unidas

- Corte Permanente de Justicia Internacional. *Escuelas minoritarias en Albania*. Opinión Consultiva del 6 de abril de 1935. Serie A/B.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, 1990, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, E/CN.4/2003/90, de 21 de enero de 2003, *Consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala o los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas*.
- Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take

Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, disponible en www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.
- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Informe de 24 de abril de 1997. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1.
- Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09 de 27 de marzo de 2009, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú.
- *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 de 30 de diciembre de 2009.

NOTAS

1. Doctora en derecho por la Universidad de Nice Sophia-Antipolis; consultora independiente; Miembro de la red de expertos para América Latina del *Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones (GITPA, brazo francófono del International Work Group for Indigenous Affairs, IWGIA)*. karine_rinaldi@yahoo.fr
2. Ver, por ejemplo, Peña Chacón, Mario, “La ley orgánica del ambiente de Costa Rica y el principio de no regresión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Número 7, Febrero de 2013.
3. García Bauer, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, in *Veinte años de Evolución de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pp. 425-461, p. 437.
4. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969). Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, 534 páginas, pp. 42-43 y 268.
5. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 99.
6. A pesar del debate sobre el hecho de que el derecho a la propiedad pertenezca al ámbito de los derechos económicos, está tratado en esta contribución como derecho civil, por figurar en la Convención Americana en el Capítulo Derechos civiles y políticos.
7. Ver en este sentido Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, 67 páginas; o Ventura Robles, Manuel, « Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales », en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2004, No. 40, pp. 87-131.
8. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 204.
9. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 137.
10. Ver en este sentido Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, op. cit., p. 14, o Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “Ignoring the Protocol of San Salvador? Not the Best Solution. Non-Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1940559, 2011, 41 páginas, página 5.
11. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, op. cit., párr. 100.
12. Ibidem, párrs. 92 y siguientes.
13. Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.
14. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, op. cit., párr. 102.

15. Ibidem, párr. 103.
16. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, 1990, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 9.
17. Comisión IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09 de 27 de marzo de 2009, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, párrs. 140 a 147.
18. El artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador dispone que “[e]n el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
19. Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “Ignoring the Protocol of San Salvador? Not the Best Solution. Non-Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, op. cit., página 33.
20. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.
21. Rodríguez-Piñero Royo, Luis. “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales”, in Mariño Menéndez, Fernando y Oliva Martínez, Daniel (Dir), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: ediciones Dykinson, 2004, pp. 221-248, p. 221.
22. Clavero, Bartolomé. “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, in Charters Claire y Stavenhagen Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague: IWGIA, 2010, pp. 366-373, p. 370.
23. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr.147.
24. Ibidem, párrs. 116 a 150.
25. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 138; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr.122. Ver también Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
26. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 127.
27. Ibidem, párr. 130.
28. Ibidem, párr. 96.
29. No se desarrolla este tema por no ser objeto de esta contribución (ver Rinaldi, Karine, “Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿un paso atrás en cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales?”, *Revista del Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n° 12, por publicarse).
30. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 63.
31. Sagüés, Néstor Pedro. “*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*”,

- Estudios Constitucionales*, 2010, n° 1, pp. 117-136, pp. 125 y 126.
32. Clavero, Bartolomé. "El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni", *Revista I.I.D.H.*, vol. 39, 2004, p. 257-292, p. 278.
 33. Kymlicka, Will. *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, París: La Découverte, 2001, 359 p., p. 46.
 34. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Escuelas minoritarias en Albania*. Opinión Consultiva del 6 de abril de 1935. Serie A/B, pp. 19 y 20.
 35. Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Ed. Trotta, 2005, 493 p., p. 204.
 36. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 148.
 37. Comisión IDH. Informe de 30 de diciembre de 2009. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, párr. 190.
 38. Comisión IDH. Informe de 24 de abril de 1997. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, Capítulo VIII.
 39. Ver en este sentido Rinaldi, Karine, "Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme", in Hélène Tigroudja y Ludovic Hennebel (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, París: Ediciones Pedone, 2009, pp. 215-250.
 40. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 140.f.
 41. Ibidem, párr. 157.
 42. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 73.1.
 43. Ibidem, párr. 145. a.
 44. Ibidem, párr. 164.
 45. Ibidem, párr. 164.
 46. Ibidem, párr. 166.
 47. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit.
 48. Citado en Rouland, Norbert, Pierre-Caps, Stéphane et Poumarede, Jacques. *Droit des minorités et des peuples autochtones*, París: Presses Universitaires de France, 1996, 581 p., p. 470.
 49. Berraondo López, Mikel. "Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin", in Mariño Menéndez, Fernando et Oliva Martínez, Daniel (Dir), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: ediciones Dykinson, 2004, pp. 73 a 88, p. 73.
 50. Ibidem, p. 74.
 51. Ibidem, p. 75.
 52. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 118.
 53. Comisión IDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., párr. 39.
 54. Ibidem, párr. 41.
 55. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122.

56. Ibidem, párr. 122.
57. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, op. cit.
58. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 137.
59. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit.
60. Ibidem, párr. 120.
61. Ibidem, párr. 118.
62. Ibidem, párr. 121.
63. Ibidem, párr. 122.
64. Ibidem, párr. 144.
65. Ibidem, párrs. 146 y 155.
66. Ibidem, párr. 199.
67. Ibidem, párrs. 153 y 154.
68. Ibidem, párr. 191.
69. Ibidem, párrs. 126 y 143.
70. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96.
71. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 150.
72. Ibidem, párr. 151.
73. Ibidem, párr. 152.
74. Ibidem, párrs. 153 y 154.
75. Ibidem, párr. 194.e.
76. Comisión IDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., párr. 265.
77. Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, disponible en www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-pdf, en Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr 41.
78. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 133.
79. Comisión IDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., párrs. 318 y 319.
80. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 164.
81. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 134.
82. Ibidem, párr. 137.
83. Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala o los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas*, E/CN.4/2003/90, de 21 de enero de 2003, párr. 6.
84. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 155.
85. Ibidem, párr. 156.



SEMBLANZA DE LOS AUTORES

UN PHOTO/CAHAIL

MARIO PEÑA CHACÓN

Abogado y Máster en Legislación Ambiental de la Universidad para la Cooperación Internacional. Investigador y Profesor de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano de la Universidad de Costa Rica (UCR). Autor de más de cuarenta ensayos académicos publicados por revistas especializadas de España, Argentina, Brasil, Paraguay, Ecuador, Perú, México, Guatemala, Honduras, Cuba y Costa Rica, de publicaciones mundiales realizadas para la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), así como de los libros “Daño, Responsabilidad y Reparación del Medio Ambiente”, “Gestión Integrada del Recurso Hídrico”, “Tesis de Derecho Ambiental”, “Jurisprudencia sobre Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental” y “Gestión de riesgos ambientales del sector financiero relacionado con sus carteras agrícolas de piña. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y de su Grupo de Especialistas en Agua y Humedales. Integrante del Consejo Editorial de la Revista Brasileira de Direito Ambiental. Vicepresidente de la Asociación Costarricense de Derecho Ambiental (ACDA). Miembro de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas (LIMAA), miembro fundador y coordinador del Capítulo Costa Rica de la Red Universitaria de Derecho Ambiental de Centroamérica y República Dominicana (RUDA) y de la Academia Transdisciplinaria Internacional del Ambiente (ATINA). Premio Internacional “Claritatis per tutela ambiens” otorgado por (ATINA) en junio de 2010, en Arequipa, Perú.

RAFAEL GONZÁLEZ BALLAR

Abogado graduado de la Universidad de Costa Rica con especialidad en derecho público, máster de la Universidad de Burdeos (Francia) en Estudios en Economía y Derecho del Ambiente, doctor en Derecho Ambiental de la Universidad de Bordeaux, Francia. Decano y Profesor de la Universidad de Costa Rica, en la Facultad de Derecho. Miembro del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica. Profesor de derecho ambiental, administrativo y constitucional de las Maestrías en Derecho Ambiental, Público y la Justicia Constitucional; y del programa de Maestría conjunta de la Universidad de Costa Rica y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Profesor invitado en las Universidades de Florida y Loyola en los Estados Unidos y en las Universidades de Nantes y Toulouse en Francia. Consultor de la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre la reforma constitucional del Medio Ambiente y de la Ley Orgánica del Ambiente. Consultor del Instituto Latinoamericana de Naciones Unidas para la Delincuencia (ILANUD). Presidente de la Asociación Interamericana de Defensa del Ambiente (AIDA) ONG latinoamericana. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN.

EDGAR FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho (2005) y Máster en Derecho Público y Derecho Ambiental (1998) por la Universidad de Nantes, Francia. Abogado (Colegio de Abogados de Costa Rica, 1994). Licenciado en Derecho y Notario Público por la Universidad de Costa Rica (1994). Investigador invitado en el Collegium de Lyon, Francia (2013). Investigador para el Institut de Recherche pour le Développement (IRD), Francia (2012). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas (2012) y Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental (2006-2012) de la Universidad de Costa Rica. Consultor en Derecho Ambiental (Programa de Regularización de Catastro y Registro (2007-2012), Iniciativa Paz con la Naturaleza (2006-2008), Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA) (2006-2008)). Investigador asociado del Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) de la Universidad de Rennes 1, Francia. Miembro de la Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE), Francia. Miembro de la Comisión Mundial de Áreas Protegidas y de la Comisión de Derecho Ambiental, ambas de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

JORGE CABRERA MEDAGLIA

Abogado graduado con honores de la Universidad de Costa Rica, con posgrados en derecho comercial, agrario y ambiental y derecho económico. Profesor del posgrado en Derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y en Maestría de la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Tutor de los cursos a distancia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 2003-2005. Consultor de la Secretaría del Convenio de Diversidad Biológica, FAO, UNCTAD, PNUMA, PNUD, CEPAL, IICA, UNITAR, WWF, ICSTD, entre otros. Autor de libros y artículos en el área del derecho ambiental, propiedad intelectual y comercio internacional en México, Canadá, Estados Unidos, El Salvador, Alemania, Colombia, Chile, Uruguay, Brasil, India, Argentina, España, Suiza, Francia, Japón, Holanda e Inglaterra. Asesor legal del Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), investigador principal del Centro de Derecho Ambiental para el Desarrollo Sostenible en materia ambiental.

ÁLVARO SAGOT RODRÍGUEZ

Álvaro Sagot Rodríguez, es consultor ambiental, abogado y notario. Cursó la maestría en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco (España) y actualmente es egresado de la Maestría en Desarrollo Sostenible, en la Universidad de Costa Rica. Es académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales del curso de Política y Legislación Ambiental. Profesor en la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Ha publicado libros tales como “Los Principios del Derecho Ambiental en las Resoluciones de la Sala Constitucional” (2000), “Manual de Legislación Ambiental” (2000), “Jurisprudencia del Recurso Hídrico y Forestal” (2004), “Aspectos conceptuales y Jurisprudencia Constitucional de los Principios Precautorio y Preventivo” (2007) y Código de Legislación Ambiental Costarricense” (2009). En coautoría ha participado en las siguientes obras: “La Conceptualización del Derecho Ambiental” (2002) y “Manual de Procedimientos ante el Tribunal Ambiental Administrativo” (2003) Ha escrito artículos que han sido publicados en revistas de especializadas en temas ambientales y de Ciencias Jurídicas en Argentina, México, España y Costa Rica. Forma parte de la Asociación Costarricense de Derecho Ambiental.

JOSE ALBERTO ESAÍN

Máster en Derecho Ambiental, bajo el título La empresa, la Administración Pública y el ciudadano ante el medio ambiente, otorgado por la Sociedad de Estudios Vascos (Eusko Ikaskuntza) – Universidad del País Vasco – el Departamento de Derecho Administrativo y Constitucional de la Euskal Herriko Unibertsitatea y el Servicio de Documentación Jurídico Ambiental la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental. Profesor de grado en Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP) y de Posgrado en Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), Universidad Tecnológica Nacional (UTN), autor de numerosos libros propios, en colaboración y coautoría y miembro corresponsal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

PATRYCK DE ARAUJO AYALA

Profesor Asociado II, en pregrado y maestría en UFMT Derecho. Coordinador Adjunto del Programa de Maestría en Derecho agroambiental UFMT (2011-2013). Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (CPGD / UFSC), con pasantía doctoral en la Universidad de Lisboa en 2006 (PDEE / CAPES). Líder del grupo de investigación “Jus-Clima” e investigador del grupo de investigación “Derecho Ambiental y Ecología Política en la Sociedad del Riesgo”, ambas acreditadas por el CNPq; coordinador en jurisprudencia de la Revista de Derecho Ambiental (RT), secretario general del el Instituto de Derecho por un Planeta Verde, miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN. Autor y colaborador en varios libros y revistas jurídicas, nacionales e internacionales. Procurador del Estado de Mato Grosso.

RAMÓN OJEDA MESTRE

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestría y Doctorado en Administración Pública por la U.N.A.M, Diplomado en Derecho Urbano, ITAM, Universidad de Manchester, Inglaterra, becado por British Council, Universidad de Arizona (EE.UU). Doctorando en Derecho Ambiental, Universidad de Alicante, España. Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental 2006-2012. Rector de la International University of Environmental Sciences IUES 2011-2016 Director para América Latina del International Council of Environmental Law ICEL 2012-2016. Premio Mundial de Medio Ambiente Elizabeth Haub 2005. Bruselas, Bélgica.

JESSICA YOUNG

Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Cuenta con un Posgrado en Defensoría Ambiental. Abogada Ambiental Senior de Golder Associates. Miembro de la Comisión Consultiva Ambiental de la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa (APEDE) y del Consejo de la Sociedad Civil Panamá del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Miembro de la Junta Directiva de Sociedad Audubon de Panamá. Miembro de la Alianza Mundial de Derecho Ambiental (ELAW) 2010-2012. Cuenta con varias publicaciones Compendio Normas Pesqueras de la República de Panamá, Guía de Análisis de Delitos contra el Ambiente de

la República de Panamá, entre otros.

ROSANA ROMERO ANGARITA

Abogada de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia y Magíster en Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante, España, candidata a Doctora en Derecho Ambiental de la Universidad de Alicante. Su actividad profesional ha estado desarrollada en el sector público, privado, y tercer sector en las áreas de ambiente, sostenibilidad y responsabilidad social empresarial; con experiencia en la asesoría legal y defensa jurídica integral en los campos del Derecho del ambiente. Cuenta con una práctica en la Organización de Estados Americanos OEA (Washington D.C., Estados Unidos). Ha estado vinculada con el sector público en la Secretaría Distrital de Ambiente, Instituto Nacional de Vías y actualmente con la Agencia Nacional de Minería donde realiza la fiscalización y desarrolla la estrategia de responsabilidad social empresarial de los proyectos mineros de interés nacional. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN, de la Sociedad Internacional de Ecoturismo (TIES), es punto focal del Grupo Acción Climática Colombia, y miembro de la Corporación Nuevo Colegio de Abogados Especialistas en Derecho Ambiental de Colombia; y forma parte de la red de expertos del Centro Internacional de Responsabilidad Social & Sostenibilidad. Es autora de las siguientes investigaciones: “Compilación y análisis temático de la jurisprudencia ambiental en materia de fauna emitida por las altas cortes de la justicia en Colombia en los últimos 15 años” (2006). --- “Democracia Ecológica” (2007).--- “El Marco Jurídico Internacional del Componente Ambiental de la Responsabilidad Social Empresarial en España” (2009) – “Registro de Generadores de Residuos o Desechos Peligrosos en Colombia” (2009) – “El Desarrollo de Proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio como Instrumento de Responsabilidad Social Empresarial en la Ciudad de Barranquilla” (2011).

KARINE RINALDI

Doctora en derecho por la Universidad de Nice Sophia-Antipolis (Francia, 2012). Máster II “Protección de la persona y seguridad humana”, por la Universidad de Aix-Marseille III (Francia, 2006). Miembro de la Sociedad Francesa para el Derecho Internacional y miembro de la red francófona de expertos para América Latina del International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA). Autora de varios artículos sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, y sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Consultora independiente.



*Al servicio
de las personas
y las naciones*



Universidad de
Costa Rica

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

Oficina de Ambiente, Energía y Gestión del Riesgo

San José, Costa Rica

Tel: (506) 2296-1544

Para más información: www.pnud.or.cr

**Maestría Profesional Derecho Ambiental de la
Universidad de Costa Rica**

Programa de Posgrado en Derecho

Facultad de Derecho, 6to piso,

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Tel: (506) 2511-5672 ó 2511-4236