

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

M.Sc. 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 median-

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.

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.

te 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 *ánimus* 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

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 N° 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 N° 7788 de 30 abril de 1998.

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 N° 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

12 Ver votos N° 2009-3684 y No. 2011-013436.

13 Voto de Sala Constitucional número 8645-2010

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 intergeneracional. 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

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 N° 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 N° 34136-MINAE de 20 de junio del 2007, publicado en La Gaceta N° 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 N° 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"

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 N° 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 N° 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

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...”

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 N° 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}

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 N° 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 N° 2003-0366. A las once horas cincuenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil tres. Exp: 98-200262-0567-PE)

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 jefes 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 jefe, se cambian los avances alcanzados mediante normas de jerarquía legal,

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.

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.

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

(continúa en la siguiente página)

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

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...."

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 N° 1.

Aquellas actividades, obras o proyectos para los cuales existe una ley específica

³² Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996.

³³ Ley N° 8642 del 4 de junio del 2008

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 (EsIA): 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 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 exime de presentación de estudio de impacto ambiental ante el cambio de tanques de las gasolineras.

El acuerdo/directriz N° 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 N° 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

³⁴ Ver expediente tramitado ante la Sala Constitucional N° 11-016395-0007-CO

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 no se 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*, N° 103, San José, marzo 2012, disponible en: http://www.poderjudicial.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.