

(IN) JUSTIFICACIONES CONSTITUCIONALES QUE HAN PERMITIDO REGRESIONES AMBIENTALES

M.Sc. Álvaro Sagot Rodríguez¹

“... en la historia de los derechos humanos se pueden observar diversos momentos clave, tanto en su desarrollo como en su regresión, ya que la historia de los derechos casi siempre es la historia de la violaciones de los mismos; la historia de la promesas incumplidas”

Gregorio Mesa Cuadros

I. Introducción

El principio de no regresión en materia ambiental es aquel que genera un blindaje a nuestro Ordenamiento Jurídico para no permitir que se hagan nuevas normas, o interpretaciones de las mismas, que conlleven a tener retrocesos de los logros alcanzados en protección de la biodiversidad y derechos asociados a su tutela.

Este novedoso norte del moderno derecho al desarrollo sustentable implica en la práctica la imposición de una coraza protectora, por medio de la cual no se permite a los funcionarios públicos, o a los operadores de justicia, hacer más laxo el derecho que nos rige; salvo que se trate de situaciones que mejoren integral y sustancialmente los diques alcanzados.

Escribía hace un tiempo en un ensayo titulado: “El Principio de No Regresión en materia Ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras”²: “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... Pero en todas las ocasiones, se han interpuesto las respectivas acciones de inconstitucionalidad desde la sociedad civil y la Sala IV las ha encontrado con lugar, anulando esas modificaciones...” Lo anterior resulta importante comentarlo de nuevo, pues había elaborado en ese artículo una tesis, donde señalaba avances y alcances del principio de no regresión en Costa Rica, pero es menester que también hablemos, en este momento, sobre los aspectos

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 y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en Maestría de derecho ambiental del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr

2 Ver Sagot, A. 2013. El Principio de No Regresión en materia Ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras disponible en: http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d y también disponible en: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=9262>

grises u oscuros de nuestra jurisprudencia constitucional, donde los magistrados de ese máximo órgano jurisdiccional constitucional han cometido transgresiones, rompiendo con lo prefijado en la doctrina más aceptada en materia ambiental; e incluso, muchas veces separándose sin justificación de líneas claras que se venían siguiendo en sentencias anteriores, o peor aún, haciendo negativas interpretaciones del soft law imperante y reconocido tal y como veremos en el transcurso de este ensayo.

Se advierte a las y los lectores que tal y como lo elaboro, es claro que el tema será apenas enunciado y mi única aspiración es la de hacer una breve introducción a una problemática muy seria que está distorsionando logros alcanzados.

II. La Sala constitucional y su jurisprudencia en Costa Rica

La Sala Cuarta Constitucional nace en 1989³ y con ella inicia un nuevo ciclo del reclamo por violaciones a nuestro derecho constitucional y a los derechos humanos.

Si bien desde 1989 se reconocía el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado desde un rango constitucional haciendo la integración del derecho a vida contemplado en el numeral 21⁴ y la protección del paisaje del artículo 89⁵, así como retomando convenciones internacionales ratificadas, o usando el soft law de la Declaración de Estocolmo y otros

3 Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

4 Artículo Constitucional 21: "*La vida humana es inviolable*"

5 Artículo Constitucional 89: "*Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.*"

instrumentos más, no fue sino hasta que en 1994 tenemos en Costa Rica el numeral 50⁶ que hizo plasmar con mayor seguridad y garantía expresa nacional el derecho al desarrollo sustentable. Hay que observar, que si bien ese nominal 50 es de redacción limitada, ha servido para que los magistrados constitucionales dispongan que esa norma tiene contenido el derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente, el hacer ordenamiento territorial, el derecho al aire, la evitación de la contaminación, se reconoce

además el principio precautorio, preventivo, el de progresividad, quien contamina paga y otros tantos más y hasta el moderno principio de no regresión⁷.

Por su parte tenemos, que conforme a la ley constitutiva la Sala Constitucional, en defensa del derecho a la biodiversidad, o derechos relacionados como los procesales⁸ se permite interponer recursos de amparo⁹, acciones de inconstitucionalidad¹⁰, o consultas de constitucionalidad¹¹.

6 Artículo Constitucional 50: *"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."* Norma reformada mediante Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994.

7 Voto 2013-10158 del 24 de julio de agosto de 2013 que dice en lo que interesa: *"Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial inexistencia de un inventario claro de quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional..."*

8 Tales como Intereses difusos, acción popular.

9 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 29: *"El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta Ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas."*

10 Ley de la Jurisdicción de Constitucional, artículo 73: *"Cabrán la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia."*

11 Artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: *"Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros."*

La misma normativa establece en el artículo 13 -que podría ser negativo y requerir modificación- que: *“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”*

Es claro, que con esa norma, resulta que la Sala no tiene limitaciones en hacer modificaciones a sus interpretaciones anteriores. El punto peligroso se puede dar, cuando esas nuevas

reinterpretaciones son negativas o transgreden el principio de no regresión, pues con ello nos abrimos a retrocesos odiosos en materia ambiental. La jurisprudencia constitucional señalaba allá en 1991¹² que todo debería ir acorde con el principio de progresión, es decir superándonos, pero ¿existe un recurso ulterior si se dieran retrocesos? Recordemos que la misma Ley de la Jurisdicción señala en el numeral 12¹³ que las sentencias de

12 Han señalado los magistrados constitucionales: *“ Es también tarea de la Sala Constitucional, en cuanto interprete supremo de la Carta Política, ir adecuando el texto constitucional conforme a las coordenadas de tiempo y espacio ”* (Voto No 720-91 de las 15 horas del 16 de abril de 1991) En la misma línea han señalado más recientemente también: *“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio- económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción”* (Voto No. 2007-1378). Ver también: *“Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los Estados deben adoptar medidas internas para “(...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”* (Voto No. 2002-11515). También leer: *“La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”*. (Voto No. 2011-13641). En protección a la biodiversidad recientemente externó la Sala Constitucional sobre la progresividad: *“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, 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 No. 2010-18702).

13 Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 12: *“Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo.”*

esta Sala sólo podrán ser adicionadas o aclaradas, es decir no existe una instancia o recurso ante superior que revise lo dispuesto por estos altos magistrados. Y es con ello donde encontramos un problema muy serio que de hecho, como veremos más adelante, abre el paso a violaciones a derechos fundamentales cometidas por los mismos jueces que paradójicamente tienen como deber el garantizarlos. Ahora, si bien es cierto que existe la jurisdicción Contenciosa Administrativa para llevar a discutir lo que se hubiera rechazado por los magistrados constitucionales; este no es el punto delicado como se comprenderá.

III. El principio preventivo y el precautorio en regresión

III.1. Lo preventivo

Lo preventivo y lo precautorio son principios primigenios del derecho a un ambiente sustentable. Tratan de proteger la biodiversidad de los daños ambientales y son vitales a tener en cuenta siempre por todos los tomadores de decisiones indudablemente.

La doctrina y algunos juzgadores los confunden normalmente y los hacen sinónimos, aunque ello no debiera ser por precisión técnica, empero; para los fines de este artículo¹⁴ no se cambia la esencia del tema que es actuar proactiva y prudentemente.

El principio preventivo es uno de carácter general que trata de anticipar el daño para prevenir las causas de este. En esta línea, señala la doctrina argentina, con Golbenberg y Cafferatta (2001):

“... Pero la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionablemente, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado, si la actividad siguiera o actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”

Para Santana Plata (2013) lo preventivo conlleva a:

“... conocer anticipadamente las consecuencias que una determinada actividad puede tener para el medio ambiente, considerada en una escala de tiempo que corresponde al mediano y largo plazo...”

Según Santana Plata (2013): *“Su fundamento es el conocimiento anticipado del daño y de las medidas que podrían adoptarse para evitarlo...”*

¹⁴ Sobre la discusión y diferenciación de los dos principios, se recomienda leer de mi persona la obra: "Aspectos Conceptuales y Jurisprudencia Constitucional Ambiental de los Principios Precautorio y Preventivo". Análisis conceptual sobre los principios y el tratamiento que les da la Sala"

En Costa Rica sobre lo preventivo existen diversas normas, pero más puntualmente encontramos lo pertinente en la Ley Orgánica del Ambiente en el numeral 61 que señala:

“Contingencias ambientales. La autoridad competente dictará las medidas preventivas y correctivas necesarias cuando sucedan contingencias por contaminación ambiental...”

Y además tenemos el artículo 11 inciso 1 de la Ley de la Biodiversidad que dice:

“Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas.”

Nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado:

“Se reclama además, por la inexistencia de una normativa que establezca los límites de sonido permitidos en los restaurantes, pues se alega que sólo existe para establecimientos industriales. Analizado este argumento, se tiene que tratándose de la salud, derecho fundamental de alta jerarquía constitucional, el Ministerio de Salud, es el órgano encargado de velar por aquél preciado derecho. De allí que, tomando en cuenta su amplia competencia, otorgada por la Ley General de Salud, para actuar directamente en caso de necesidad, no es indispensable la existencia de una norma expresa para el caso en cuestión, pues es una competencia implícita el recurrir

a medios técnicos para comprobar si se cumple con una obligación como la de confinar el ruido. Véase que el Ministerio de Salud al determinar la existencia de contaminación sónica en el local denominado Bar Baco, ordenó la presentación de un plan de confinamiento de ruidos y en resolución 6454-95 de 23 de noviembre de 1995, le indicó con claridad a la empresa aquí accionante, el límite de cuarenta decibeles de ruido permitido en el local. Este límite fue aceptado por la empresa al no recurrir contra el mismo, por lo que aceptado dicho nivel máximo, el mismo se convirtió en norma aplicable para el caso en concreto, por vía de jurisprudencia administrativa”. (Voto 3691-96)

Asimismo:

“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)

También ha señalado:

“La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano. 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 efecto 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. En el presente caso, la Municipalidad recurrida con su omisión deja de cumplir con esa obligación constitucional, de esta forma, está violando el derecho de todos a un ambiente sano para su desarrollo y la normativa constitucional que ordena garantizar, defender y preservar ese derecho” (Voto 5537- 2000)

Entonces, como se aprecia, existe una clara línea para aplicar lo preventivo sin lugar a dudas desde hace muchísimos años, incluso se utiliza como han señalado los altos magistrados en ausencia de norma, pues existe una obligación de rango constitucional de no generar daños ambientales.

III.2. Lo precautorio.

Por su parte, lo precautorio es a nuestro criterio una especie de especialización de lo preventivo ante los casos de incertidumbre clara y manifiesta.

Históricamente se ha señalado que lo precautorio tiene sus orígenes en Alemania, especialmente desarrollado en la década del setenta (del siglo pasado) y deriva de

la palabra *vorsorgeprinzip*, que significa anticipación, en el manejo ambiental, aún ante la ausencia de riesgos (Walsh 2000)

En 1990, en la conferencia de Bergen, sobre Desarrollo Sustentable, se expuso: “... que es preferible estar más o menos acertado, pero a tiempo, dadas las graves consecuencias de una equivocación grande, que estar precisamente acertado, una vez que ya sea tarde” (Walsh, 2000) y con esto queda claro, con un lenguaje entendible para todo el público, lo que significa actuar precautoriamente.

Pero ¿cuál es el significado práctico de lo precautorio? Cabrera (1994) nos señala lo siguiente:

“ El Indubio Pro Natura es la figura jurídica, según la cual en caso de duda, debe decidirse por aquello que sea más favorable a la conservación del ambiente. La aplicación práctica de este principio es cotidiana. Por ejemplo, procede su aplicación a la hora de decidir o conceder o no una autorización para realizar una determinada actividad, cuyo impacto sobre el ambiente es incierto”

Cabrera (1994) nos amplía el tema diciendo:

“De igual forma, las prácticas administrativas de ciertos entes públicos en otros países se basan en este principio: si existe incerteza sobre los resultados que la liberalización en el ambiente de una planta transgénica tendrá, o bien de los efectos tóxicos de un plaguicida, la decisión es prohibirlo, es decir, ante la duda (indubio) escoger a favor del ambiente. La forma de llamarse este criterio es lo de menos. Lo que debe hacerse es diferenciar claramente este

caso, del llamado conflicto de intereses que tantos problemas ha dado a la Sala Constitucional. Según este, ante la presencia de intereses contradictorios, por ejemplo, la propiedad privada y la libertad de comercio, por un lado y por otro, la protección al ambiente, debe tratarse de escoger entre uno u otro de los valores en juego o intentar, si es posible compatibilizarlos. No obstante, este conflicto únicamente puede ser resuelto caso por caso, según las condiciones particulares de éste.”

Goldenberg y Cafferatta (2001) señalan:

“... Un elemento central del principio precautorio es la idea, hasta intuitiva, de que todo decisor político debe actuar en forma anticipada, antes de contar con la certidumbre científica, con la finalidad de proteger al ambiente y por consiguiente los intereses de las generaciones futuras. El principio de precaución plantea, a su respecto, un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría estar particularmente atento, aunque sea mediante abstención”

Artigas dice (2001): *“La aplicación del principio debe ser precedida de una evaluación científica tan completa como sea posible... El principio o enfoque precautorio supone que frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta...”*

Santana Plata (2013) señala la certeza científica y lo precautorio:

“Se basa en la falta de certeza científica que en algunos casos puede ser absoluta y, en otros, dependiendo del mecanismo que lo consagre, puede ser solamente cuestionable”

Artigas (2001) siguiendo esa misma línea, nos refuerza el planteamiento al señalar:

“El principio o enfoque precautorio supone que frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta...”

En lo internacional, lo precautorio lo encontramos en diversos instrumentos internacionales. Nos establece el principio 15 de la Declaración de Río de 1992:

“Con el fin de proteger el medio, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio precautorio conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave 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”

Como podemos leer de este texto, se nos deja claro, que lo perseguido por el sistema internacional, con la materia precautoria, no es otra cosa que entender que la duda -del tipo que sea-, debe interpretarse, a favor del ambiente y no de los empresarios, o el mismo Estado.

En lo internacional lo precautorio, cautelar, o indubio pro natura se reconoce desde el siglo pasado como decíamos. Entre otros instrumentos podemos citar la Primera y Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte de los años 1984 y 1987 respectivamente cuando señalaban: lo preventivo aplica “*cuando haya razones para suponer que es probable que tales sustancias causen daño a los recursos vivientes en el mar, incluso si falta prueba científica de un nexo causal entre emisiones y efectos*” También en el Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono se expuso en 1987: “*Las partes que concurren a este Protocolo... han determinado proteger la capa de ozono con la adopción de medidas precautorias para controlar de manera equitativa las emisiones globales totales de sustancias que la debiliten, con el objetivo último de eliminarlas, utilizando el desarrollo del conocimiento científico...*” Ya para 1990 en la Declaración final de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte se dijo: “*Los participantes... continuarán aplicando el principio de precaución, esto es, realizando acciones para impedir los impactos potencialmente dañinos de sustancias que son persistentes, tóxicas y susceptibles de bioacumularse, aún cuando no haya evidencia científica que pruebe un vínculo causal entre las emisiones y los efectos...*” Asimismo, contamos también con lo señalado en la Convención marco sobre Cambio Climático de 1992 que expuso: “*Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para*

hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.”; o el Tratado de Maatricht (1992) y Ambsteden (1994) mediante los cuales se constituye lo que hoy es la Unión Europea, que en el artículo 130.2 dijo: “*La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la biodiversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferiblemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga...*”

Otro ejemplo de entre tantos, también lo tenemos en el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad del año 2000, que en su artículo primero, señala:

“Objetivo. De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener

efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.”

Con base a lo anterior; es claro que ningún Estado podría alegar desconocimiento del sentido y alcances de lo precautorio sin lugar a dudas, pues este es un tema que se ha discutido mucho en diversas cumbres internacionales.

Por su parte lo precautorio emana también de varias normas nacionales como por ejemplo el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente que señala desde 1995:

“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 SETENA. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos...”

En la Ley de la Biodiversidad, 1998, en su artículo 11 reza:

“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 éstos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección”

Nuestra Sala Constitucional ha dicho sobre lo precautorio:

“... 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)

Puntuando aún mejor; señaló sobre lo precautorio:

“... Para el caso de las aguas subterráneas... el principio precautorio, supone que cuando no existan estudios conforme a las regla unívocas de la ciencia ... que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar, los órganos de la administración ... deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso, hasta que se despeje el estado dubitativo...” (Voto 2004- 01923)

Para el 2005 exponían nuestros magistrados: *“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. Además, debe responder a las normas, los objetivos de ordenación y prioridades ambientales del*

Estado nacional y del gobierno local, tal y como lo recoge el principio 11 de la Declaración de Río. 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)

Cerramos este aparte, citando un extracto que rescata todo lo anterior cuando los jueces constitucionales dispusieron:

“Es así, como hoy en día la acción preventiva del Estado debe ir encaminada a la tutela del medio ambiente, a pesar de que no existan pruebas concluyentes que reflejen una relación causa-efecto entre la actividad que se ejerce y las posibles consecuencias nocivas como resultado de la misma...” (Voto 1174-05) (el resaltado es nuestro)

Es nuestro criterio, que con lo anterior se evidenciaría en principio para Costa Rica una sólida y clara concordancia entre lo dispuesto internacionalmente y lo nacional sobre lo preventivo y precautorio, pero como veremos en el siguiente aparte, pareciera que ello no es del todo cierto.

III.3. Las regresiones en lo preventivo y lo precautorio en la jurisprudencia nacional relacionadas con campos electromagnéticos y torres de telefonía celular.

III.3.a. Campos electromagnéticos.

Unos de los casos más llamativos sobre redacciones de votos constitucionales que conllevan a regresiones los hemos visto en las situaciones de la contaminación electromagnética, pues no obstante que estaban presentes claramente todos los elementos de la incertidumbre, contrario a aplicar lo reconocido, tanto internacionalmente, como en lo nacional en forma reiterada, nuestros magistrados dispusieron, que más bien ante este tipo de contaminación, si no existían estudios que fehacientemente la evidenciaran (aunque no la descartaron) y ante ello, todo debería inclinarse a favor de los empresarios proyectistas. Pareciera que para los altos operadores de justicia existe una excepción a la regla para cuando de contaminación electromagnética hablamos, lo cual censuramos y no justificamos desde ningún punto de vista, pues ni desde la doctrina, o las mismas ciencias físicas o naturales hemos encontrado razones para hacer diferencias, dado que la contaminación electromagnética es otro tipo más de contaminación y punto; por tanto, nada justifica rechazar -como línea jurisprudencial- todo lo relacionado con los campos electromagnéticos, mientras que han sido contundentes con la de los mantos acuíferos¹⁵ como supra.

En todo caso ahora no vamos a entrar a analizar si la contaminación electromagnética es seria, o si al cabo de 10 o 20 años generará

15 “... Para el caso de las aguas subterráneas el principio precautorio, supone que cuando no existan estudios conforme a las regla unívocas de la ciencia que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar, los órganos de la administración deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso, hasta que se despeje el estado dubitativo...” (voto 2004- 01923)

cáncer u otros problemas a la salud, o sí la misma simplemente es una sacada a la luz pública por ambientalistas para socavar las bases de un supuesto “desarrollo”, puesto que ello no es el tema de este artículo^{16 17}. Lo que sí debemos aportar es que consideramos, que contrario a avocarse a defender las tesis aceptadas tanto doctrinalmente, como a nivel internacional por diversos instrumentos sobre lo precautorio, los altos jueces; motivados por extrañas intenciones que podrían ser más políticas¹⁸ que jurídicas, vinieron a invertir lo deseado y esperado por un sistema que se supone defensor de los derechos humanos, que no era otra cosa, que tener claro que ante la duda, o falta de estudios sobre contaminación electromagnética, la menor incerteza debía inclinarse por no aprobar el permiso solicitado.

Expusieron nuestros magistrados constitucionales lo siguiente, lo cual cito a modo por ejemplo:

“Por último, apunta la promovente que “...la contaminación magnética que produciría en su propiedad la instalación del tendido de alta tensión, tal cual se ha definido en este momento, sería de tal grado que se haría inutilizable el inmueble por su parte..”, con el consecuente daño al ambiente y la salud pública. Sobre este tema, esta Sala, en las sentencias 3267-95, 3268-95 y 3334-95, entre otras, ha dispuesto lo siguiente: “... PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.- Como tales se tienen los siguientes: A) varios profesionales en medicina elaboraron lo que llamaron “Dictamen Médico” de los efectos de los cables de alta tensión en donde se

16 En todo caso sobre la contaminación electromagnética existe sobrada información como lo desarrolla Embid Tello, A en: Retos jurídicos de la radiación no ionizante. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid España. 2009.

17 Señala Embid Tello (2009): *"En cuanto a la radiación electromagnética no ionizante, o campos electromagnéticos (CEM), ésta ha generado en los últimos años una gran alarma social que se ha traducido fundamentalmente en un rechazo masivo a la instalación de antenas de telefonía móvil e infraestructuras eléctricas. Este rechazo, aunque pueda aparecer en ocasiones como excesivamente pasional, cuenta sin duda con sólidos fundamentos en la continua y creciente publicación de estudios científicos que señalan la peligrosidad de los campos electromagnéticos, estudios que en los últimos años han multiplicado las evidencias de una posible relación de los mismos con un sinfín de síndromes y enfermedades."*

18 Señala Embid Tello (2009): *"... Es posible hablar de dos tipos de peligros que la radiación genera. Los primeros provienen del calentamiento de los tejidos vivos (efectos térmicos), se hallan completamente estudiados y no plantean ningún tipo de duda científica. Los segundos, más diversos, englobados bajo el concepto de efectos no térmicos, se revelan fundamentalmente a través de una sintomatía observada en la población sometida a radiación en el marco de estudios epidemiológicos o a través de otro tipo de estudios in vitro o con animales, pero el mecanismo causal que relaciona la radiación con dichos síntomas se resiste a ser determinado científicamente, existiendo múltiples hipótesis explicativas esta situación se ha intentado evitar mediante la asignación a los comités científicos o a diversas instituciones científicas de un papel fundamental en la evaluación del riesgo, lo que en el sector de la radiación no ionizante se traduce en la asignación de un poder casi absoluto de evaluación de los hechos a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a la Comisión Internacional para la protección frente a la radiación no ionizante (ICNIRP), instancias que no recomiendan un enfoque precautorio y que en sus recomendaciones hasta el día de hoy ha coincidido siempre con las pretensiones de los sectores industriales afectados, que no desean que la radiación pueda ser vista como peligrosa por la sociedad. Los Comités científicos de la Unión Europea y la mayoría de organismos científicos designados por los Estados miembros con la finalidad de evaluar el riesgo de la radiación no ionizante han calcado sus informes de las mencionadas instituciones internacionales la OMS es una organización internacional de Estados y, por lo tanto, sus decisiones se basan más en razones políticas que en científicas."*

analizan publicaciones extranjeras al efecto (folio 13); B) copias de las escrituras mediante las cuales se establecieron servidumbres de paso de los tendidos eléctricos corren a partir del folio 72 del expediente; C) un estudio del Ingeniero Hernán Robles respecto del tema que nos ocupa aparece a folio 102. SEGUNDO.- Ciertamente, la constitución de las servidumbres de paso del tendido eléctrico del proyecto Arenal-Ciudad Quesada, que se demostró recaen sobre algunas de las propiedades de los que ahora reclaman en amparo, lógicamente descalifican la promoción del recurso que nos ocupa, pues en su momento los propietarios fueron debidamente indemnizados por las molestias que el proyecto ocasionaría. Además, como se informa bajo la fe de juramento, al iniciarse el proyecto no existían casas en los lugares como Cedral de Ciudad Quesada, lo cual también se puede inferir de las fotografías que corren a partir del folio 116 del expediente, que demuestran la reciente construcción de la mayoría de edificaciones que en ellas se estampa. TERCERO.- Lo impugnado no es contra un acto administrativo en concreto, sino por los posibles efectos tanto para la salud como al ambiente que el proyecto pueda ocasionar, pero se debe tomar en cuenta que los trabajos realizados están fundados en el ejercicio del servicio público que presta la Institución accionada; y por otra parte, no se ha probado fehacientemente que las afectaciones alegadas se hayan dado anteriormente en el país, pues el Instituto Costarricense de Electricidad, bajo la fe de juramento, ha indicado en su informe que ha utilizado este sistema de tendido eléctrico de alta tensión y baja frecuencia desde hace 36 años sin conocer efectos negativos. Sobre el punto, las publicaciones extranjeras que han sido analizadas por los profesionales en ciencias médicas que aparecen en los

autos, no necesariamente coinciden con hechos acaecidos en nuestro país, pues las circunstancias, lugar y otros factores pueden variar en nuestro medio de casos ocurridos en otros lugares del planeta. Sin que lo resuelto en este recurso cierre la discusión respecto de los efectos ocasionados por campos electromagnéticos, lo cual deberá dilucidarse en su momento oportuno, por lo pronto, a falta de pruebas contundentes de perjuicio o amenaza evidente, que debiliten la posición del instituto recurrido, lo procedente **es declarar sin lugar el recurso...**" (sentencia 3267-95 de las nueve horas seis minutos del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cinco). De la sentencia transcrita, **en punto a la contaminación magnética aludida, se desprende que no se ha logrado demostrar -en los últimos años-, en forma fehaciente**, que las líneas de alta tensión que coloca la Institución recurrida, en el desarrollo de los proyectos que le ha encomendado la ley, produzca los efectos que acusa ahora también la promovente, sobre el ambiente o la salud pública, efectos respecto a los cuáles ella tampoco aporta ningún elemento de convicción que los acredite, o al menos, que logre desvirtuar o descalificar los informes rendidos ante esta Sala por el Instituto recurrido, en los diferentes recursos que, sobre este tema, se han presentado. En consecuencia, como no existe ningún elemento que le permita a esta Sala modificar el criterio que sobre el particular ha sostenido, el amparo, en cuanto a este extremo, resulta improcedente, como en efecto se dispone." (voto 7864-97) (el resaltado es nuestro)

Es decir, con ello vemos una clara reiteración de transgresiones a lo precautorio y por ende a la no regresión cuando de contaminación electromagnética se trata, desde 1995 a 1997.

Cuando en la Declaración de ministerial de Bergen sobre desarrollo sustentable de 1990 se dijo que “... *la falta de certidumbre científica total no debe usarse como razón para posponer medidas destinadas a prevenir el deterioro ambiental...*” pensaban precisamente en casos como en el que nuestros magistrados tenían que decidir, pero como vimos, operó todo lo contrario en Costa Rica. La misma Artigas (2001) nos había señalado sobre lo precautorio -como vimos supra- que más bien con solo tener indicios ya era aplicable y razonable el utilizar una medida que detuviera todo el proyecto, pero los juzgadores, en manifiesta y abierta regresión dejaron para nuestra historia judicial la frase célebre de que: “*Sobre el punto, las publicaciones extranjeras que han sido analizados por los profesionales en ciencias médicas que aparecen en los autos, no necesariamente coinciden con hechos acaecidos en nuestro país, pues las circunstancias, lugar y otros factores pueden variar en nuestro medio de casos ocurridos en otros lugares del planeta. Sin que lo resuelto en este recurso cierre la discusión respecto de los efectos ocasionados por campos electromagnéticos, lo cual deberá dilucidarse en su momento oportuno, por lo pronto, a falta de pruebas contundentes de perjuicio o amenaza evidente, que debiliten la posición del instituto recurrido, lo procedente es declarar sin lugar el recurso...*”

Contextualizando el escenario sobre el cual resolvieron los magistrados en 1997 el voto citado, recordemos que en este caso la decisión

era aprobar o no un proyecto que traía el impulso y presión del Poder Ejecutivo para que la transnacional, líder de las computadoras, INTEL¹⁹, se instalara en nuestro país y consideramos que como un primer atisbo político y no jurídico, ello pudo ser una razón que (mal) motivó a reiterar lo ya resuelto en años anteriores en otras sentencias relacionados con la contaminación electromagnética. Creemos que los altos jueces, al menos debieron de haber aplicado en 1997 el principio de progresividad, modificando y redimiendo erradas posiciones del pasado, pero lastimosamente se volvió a negar la aplicación del principio *indubio pro natura*. El meollo del asunto es que no sólo se perdió la oportunidad de modificar para bien, sino que continuamos acentuando un retroceso abiertamente, con una redacción totalmente errada.

III.3.b. Torres de telefonía celular.

Otro caso interesante -y podríamos hablar que relacionado con lo anterior- es lo ocurrido con las torres de telefonía celular (TTC) que igualmente tienen campos electromagnéticos, que conforme a estudios realizados internacionalmente señalan alteraciones a la salud humana^{20 21}, pero reiteramos que sobre esos aspectos no ahondaremos acá.

Recordemos que en razón de la apertura telefónica, luego de la firma del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos²² se

19 Intel Corporation es el mayor fabricante de circuitos integrados del mundo, tal y como se señala en Wikipedia, ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Intel_Corporation

20 Ver sobre investigaciones y estudios de los campos electromagnéticos en: <http://www.contaminacionelectromagnetica.org/investigacion.htm>

21 Para mayor abundamiento sobre la contaminación electromagnética ver información en: http://www.gigahertz.es/noticias_electrosensibles.html

22 Ley N° 8622

permite la entrada de transnacionales a competir por el servicio telefónico nacional, sobre todo el móvil. Lo anterior dispara la necesidad de construir TTC en toda la Nación, conllevando lo anterior a tener que regular ambientalmente la instalación de las mismas, aspecto que genera dos directrices²³ desde la Secretaría Técnica Nacional Ambiental²⁴ (SETENA).

Con lo anterior, muchas empresas se dieron a la tarea de hacer la "siembra" de estas estructuras, donde según datos oficiales de SETENA su construcción era pujante llegando en el 2009 a varios miles²⁵ de ellas.

Todo lo mencionado conllevó a que se presentara una acción de inconstitucionalidad contra las directrices, alegándose que la normativa que las permitía tenía serios roces con el derecho a un ambiente sano

y ecológicamente equilibrado, que se afectaba la salud y el paisaje, amén del principio precautorio y por ende el de no regresión, puesto que se consideró que las normas patrias exigían que solo vía estudios de impacto ambiental integrales previos se podrían aprobar las construcciones respectivas y que lo elaborado por SETENA era un absurdo jurídico/ambiental, puesto que no les pedía a las compañías torreras requisitos serios para dar los permisos y más bien todo se había convertido, - repito, vía directrices- en una posibilidad de considerar las viabilidades²⁶ como unos documentos de mero trámite, antes que verdaderas licencias que emite la Administración competente, donde previamente se analizaran todos los factores sociales y de la biodiversidad necesarios que demuestren que no se está ante riesgos y afectaciones al paisaje, la salud y que incluso garantizaran una participación

23 Resolución N° 0123-2010-SETENA del Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones y la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que es resolución de las 08 horas 00 minutos del 20 de enero del 2010, acuerdo de Comisión Plenaria, modificación de la resolución N° 02031-2009-SETENA (instalación de torres de telecomunicaciones para el sistema móvil avanzado 3G (SMA-SG) y 2- Resolución N° 02031-2009-SETENA del Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones y la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, de las 09 horas 00 minutos del 26 de agosto del 2009. Acuerdo de Comisión Plenaria, para la instalación de torres de telecomunicaciones para el sistema móvil avanzado 3G (SMA-SG)

24 Señala la Ley Orgánica del Ambiente: "*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...*"

25 Javier Córdoba, en Semanario Universidad señaló en el 2009: "*Ante la cercanía de la apertura en el mercado de telecomunicaciones, ya suman cientos las solicitudes aprobadas por la SETENA, que solo de enero a finales de abril, alcanzan las 800. Al 26 de abril pasado, SETENA había aprobado 808 construcciones de torres, las cuales en su mayoría pertenecen a la empresa Compañía Las Torres, a las que se suman las otorgadas a Costa Pacífico Torres Ltda, Altavista Towers y Costa Pacífico Operaciones; además del Instituto Costarricense de Electricidad. Astorga y Llamado Urgente estiman que con la apertura del sector, cerca de 3000 torres nuevas se instalarán en el país, 2000 de ellas en la Gran Área Metropolitana, por ser el lugar de mayor concentración de población...*"

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

ciudadana efectiva y oportuna en la formación de esas conductas administrativas.

Se expuso en la acción de inconstitucionalidad:

“...considero que la inconstitucionalidad de los actos relacionados radica en que ambos establecen modificaciones a normativa ambiental de rango superior, sin existir la POTESTAD constitucional para ello. Explicando lo anterior tenemos que tomar en cuenta que LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS 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”

Por su parte la misma Ley General de Telecomunicaciones 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”.

Que en contraste con lo anterior, en la Resolución N° 02031-2009-SETENA se señala en sus “considerandos” 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 la metodología de un instrumento D2. (ver el “por tanto” PRIMERO)

Se destaca en su “por tanto” SEGUNDO de esa Resolución N° 02031-2009-SETENA, que solo en los proyectos de torres o radio bases o antenas de telefonía celular que se ubiquen en área frágiles ambientalmente serán valoradas conforme a un D1, a efecto de llevar a cabo una evaluación profunda.

Por su parte, en la Resolución N° 0123-2010-SETENA se ratifica la resolución anterior y se señala que toda valoración de este tipo de proyectos, no será vía estudio de impacto ambiental o un D1 por su baja significancia ambiental... Pero ello es absolutamente violatorio a aspectos incluso constitucionales, al principio precautorio, al principio de discrecionalidad, al de proporcionalidad y al de razonabilidad y amerita que se acoja esta acción... 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 artículo 28 del Reglamento General de EIA 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...”

Se agregó en el escrito de interposición de la acción de inconstitucionalidad:

...El suscrito considera que la intención de los funcionarios de SETENA, al poner en vigencia ambas resoluciones administrativas fue la de facilitar la instalación de radio bases o torres de telefonía mediante el debilitamiento y reducción de los requisitos ambientales (umbrales de protección) contemplados expresamente en el Reglamento de Procedimientos de SETENA y las leyes de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos y la Ley General de Telecomunicaciones, con el único fin; de promover la inversión extranjera en telefonía celular. A todas luces se estaría violentando de no declararse la inconstitucionalidad de esos actos, el principio de regresión y su contraparte, el principio de progresividad en materia ambiental...”

Es decir, como se aprecia, era groseramente manifiesta la inconstitucionalidad al pretender

“rebajarse” vía directriz, una disposición legal que exigía un estudio de impacto ambiental (EsIA) integral (o conocido con el término D1) y por tanto; ello generaba una regresión; es decir, se argumentó que por simples disposiciones administrativas se pasó a hacer más laxa la exigencia de un EsIA, que a la postre permitiría la proliferación masiva de TTC.

Nuestros magistrados constitucionales, analizando los anteriores argumentos dispusieron en voto N° 2012-014111, resolución de las dieciséis horas y cero minutos del nueve de octubre del dos mil doce lo siguiente:

“El accionante fundamenta la acción en lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, normativa que remite a los servicios públicos a un estudio de impacto ambiental, cuando lo exija una ley o así lo disponga la SETENA. De igual manera, en el inciso k) de la Ley General de Telecomunicaciones, que contiene entre los principios rectores de la ley, la sostenibilidad ambiental. Para analizar la petición deducida en el expediente, es necesario que esta Sala determine el alcance del numeral 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el ámbito de las regulaciones de las Telecomunicaciones (Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642 y Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades del sector de Telecomunicaciones, Ley No. 8660), lo cual ya ha sido definido por esta Sala Constitucional, y a pesar de que el accionante no advierte de las reformas legales que afectaron ésta y otras disposiciones, las que

permiten deducir que la actividad de telecomunicaciones no se puede reputar más como un servicio público. Precisamente se desestima este argumento, toda vez que este punto fue discutido en la jurisdicción preventiva de constitucionalidad, cuando la Sala conoció de la consulta al proyecto legislativo de la Ley General de Telecomunicaciones, la que se evacuó mediante la sentencia No. 2008-004569, y estableció entre otras cosas que: “En lo tocante a la falta de caracterización de las telecomunicaciones como un servicio público, es preciso señalar que la publicatio, esto es, la asunción de la titularidad pública de un servicio público para ser prestado o gestionado directa o indirectamente por una administración pública, es una cuestión que se encuentra reservada a la libertad de conformación o configuración del legislador ordinario, de modo que es una cuestión de oportunidad y conveniencia legislativa calificar una actividad o no como servicio público o de interés público o general -salvo que la propia Constitución lo haga-, tanto que, tradicionalmente, la doctrina afirma que esa declaración es reserva de ley.” En consecuencia, de lo dicho, no se trata de un servicio público que deba someterse a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos...”

Ahora, de una simple lectura encontramos el primer error que conlleva a la transgresión del principio de no regresión, pues los señores magistrados con lo supra expuesto escudan su razonamiento, para debilitar los estándares ambientales alcanzados, con el simplista argumento de que las

telecomunicaciones no pueden ser catalogadas como un “servicio público” y por esto según ellos, no existía exigencia legal de hacer un serio EslA, dejando de lado el peso que conlleva la defensa a un derecho humano, sobre una posición formalista como la utilizada. Recordemos que esa misma Sala ha catalogado que la defensa de un ambiente sano y equilibrado conlleva a la garantía y primacía de los derechos fundamentales.

Con relación a lo indicado, por ejemplo:

“La Sala Constitucional ha indicado, en reiterada jurisprudencia, que la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales suscritos por Costa Rica, reconocen el derecho de los habitantes de la República a disfrutar del derecho a la salud y de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art 21,50, 73, y 89 de la Carta Magna). En este sentido este tribunal en sentencia No. 3705-93 de las 15 horas del 30 de julio de 1993 indicó: “ ... La calidad ambiental es un parámetro de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc, pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber el protegerlo y preservarlo para el uso de generaciones presentes y futuras, lo cual no es tan novedoso, porque no es más que la traducción a esta materia del principio de “lesión”, ya consolidado en el derecho común, en virtud del cual el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales. Por un lado, los iguales

derechos de los demás y por el otro el ejercicio racional y del disfrute útil del derecho mismo...” De aquí se extrae una directriz mínima, según la cual el Estado costarricense debe velar por la salud pública y la protección del ambiente. Ello implica no sólo que se deben tomar las medidas necesarias para impedir que se atente contra ellos, sino también que se debe adoptar medidas que los refuercen...”
(Voto 2473 - 04)

También los magistrados continuaron haciendo una regresión ambiental más acentuada; cuando en ese voto N° 2012-014111 dijeron:

“Si la tramitación de un Estudio de Impacto Ambiental para la colocación de las radio bases carece de una expresa remisión legal, entonces es lógico conforme al mencionado artículo 16, como segundo argumento, que el mecanismo para determinar el impacto ambiental queda en el criterio de la SETENA. En este sentido, lo que impugna el accionante es una decisión discrecional de la Administración Pública, porque lo que se quiere combatir es un acto administrativo ayuno de requisitos, los que, a juicio del interesado, la SETENA debe exigir criterios técnicos más rigurosos. En este sentido, lo pretendido en el escrito de interposición de la acción es que esta Sala declare que se carece de criterios técnicos y científicos que permitan entender que la decisión del órgano, es errónea, inviable e insuficiente para tutelar el medio ambiente, por lo que lo resuelto por la SETENA no está suficientemente sustentado, y que

esa circunstancia permite concluir que las resoluciones impugnadas, desde el punto de vista técnico y científico, son improcedentes por tratarse de actividades de alto riesgo ambiental. El examen de constitucionalidad, en estos términos, no se puede residenciar aquí, pues más allá de la posibilidad de atacar ciertas resoluciones con carácter general en esta jurisdicción, es lo cierto que para arribar a la conclusión que se pide, este Tribunal debe valorar si se trata de una actividad de alto, moderado o bajo riesgo ambiental, lo que requiere de otro tipo de análisis, además de los elementos de la discrecionalidad del acto, que sugiere el informe del Secretario General de la SETENA y la Procuraduría General de la República. Esto nos lleva a un problema de legalidad que debe dirimirse en la vía administrativa o en un proceso judicial en que medie la discusión de estos criterios, donde haya o no pruebas directas de las afirmaciones del accionante, con peritajes, evaluaciones científicas plausibles por la comunidad científica, entre otros. Como es evidente, la evaluación de la especificación, lista o detalle de requisitos técnicos como una exigencia que garantiza la protección del medio ambiente, no es un tema que debe dirimirse en esta jurisdicción...”

Al decirse que la Sala Constitucional no encontraba ninguna inconstitucionalidad porque no hay norma expresa que obligue a hacer una EsIA, dado que no se habla de un servicio público, descartan una obligación legal cuando sí la hay, pero peor aún, ellos desechan y plantean con ello un retroceso al resolver que; como jueces constitucionales no

pueden anular por inconstitucional una directriz administrativa que evidentemente roza con el derecho previsto en nuestra norma máxima del artículo 50 de la Carta Fundamental que dice que se debe garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano; es decir, que al parecer los altos jueces olvidan sus responsabilidades y le dan primacía a la discrecionalidad de la Administración, por sobre lo previsto en instrumentos internacionales y la misma Constitución Política. Consecuentemente, para los jueces es correcto pensar que la discrecionalidad administrativa debe desplazar un derecho constitucional.

Y conforme a lo anterior, para ellos en este caso, la obligación constitucional de proteger el ambiente debe pasar de lado. Y entonces, como se aprecia, los operadores de justicia constitucional entran a exponer -con un argumento ultra regresivo-, que cualquier otra decisión está en el orden de las potestades de SETENA, olvidando que ellos han señalado que la discrecionalidad de la Administración no puede sobrepasar los derechos constitucionales, donde precisamente estos juzgadores son los llamados a hacer valoraciones y contrastes de las normas y las actuaciones administrativas. Por sobre todo a nuestro criterio, olvidan ellos también el principio de progresividad, pues en este caso nunca se justificó el por qué no era necesario hacer una valoración integral ambiental. Señalaron los magistrados que ellos no podían entrar a conocer o ponderar si algo es de alto, o mediano, o bajo riesgo, puesto que eso le corresponde a la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativo, pero ese argumento no concuerda con lo resuelto

en reiterados votos constitucionales, donde estos mismos señores y señoras fueron a la médula del asunto, sin evadir las garantías fundamentales y manifestaron:

“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... 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)

O bien:

“...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)

Por otro lado, interesante es este voto que presentamos a continuación, pues los altos jueces aclararon que el deber de pronunciarse sobre aspectos como los acá discutidos eran obligatorios para ellos por lo dispuesto en la norma 50 de la Constitución Política.

Además, si leemos infine observamos que los magistrados ya hasta han expuesto -lo mismo que la Contraloría General de la República- que la SETENA no es una oficina de confianza. Externaron propiamente:

*“V.- En cuanto al caso concreto, no corresponde a este Tribunal evaluar técnicamente el impacto ambiental de la actividad de extracción de hidrocarburos: el recurso de amparo no es una vía plena que tenga a disposición los medios probatorios necesarios para tal cometido. Sin embargo, el artículo 50 de la Constitución Política, tal como se señaló, 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. Si bien el pronunciamiento del órgano estatal encargado es en sí un asunto técnico, el deber de pronunciarse y la exigencia de rigurosidad es un asunto jurídico... La Constitución no exige solo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar como se dijo todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente... Es decir, en SETENA recae todo el deber del Estado de garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como indica el artículo 50 constitucional. Ante tan importante responsabilidad, sería razonable esperar la fortaleza técnica y administrativa del órgano encargado. **No obstante, hay razones para dudar.** La Contraloría General de la República, en las conclusiones del Informe No.04-PFA “Fiscalización sobre Evaluación de*

*Impacto Ambiental” rendido en el año 2000, dice: “Los resultados obtenidos en la presente fiscalización muestran que la Secretaría Técnica Nacional Ambiental ha tenido una serie de debilidades en su gestión, que pueden estar incidiendo en el cumplimiento de su función primordial, cual es, lograr un equilibrio entre los procesos productivos y el medio ambiente.... “ **Lo indicado no garantiza que esa entidad esté contribuyendo adecuadamente a la conservación del medio ambiente, además que esté previniendo y mitigando los impactos ambientales generados por las actividades de desarrollo ...”** Voto: 13295-01) (el resaltado es nuestro)*

Es decir ¿Si para otros casos fueron detallistas y exigen plena objetividad, por qué en este asunto de las TTC, en aplicación del criterio jurídico de la progresividad y del precautorio no quisieron acoger la acción? De hecho, nos parece que con el razonamiento de los magistrados se desconstitucionalizan los fines ambientales constitucionales ampliamente protegidos en el pasado tal y como veíamos también en la jurisprudencia citada supra, cuando comentamos las generalidades de lo preventivo y lo precautorio. La gravedad del asunto está dada en que los jueces dispusieron que la necesidad de valorar más a fondo las torres, queda excluida de sus potestades constitucionales y con ello se desresponsabilizaron. En este sentido ellos reafirman que no tenían criterios para determinar si la proliferación de torres era

o no algo de alto impacto cuando las mismas directrices habían sido claras al señalar que el asunto era masivo²⁷. Ahora, a nuestro criterio, les faltó a los magistrados hacer una simple lectura de las directrices y ello conllevó a la regresión que tendía a permitir que miles de torres se hicieran con requisitos y exigencias ambientales escasas, incluso, sin participación ciudadana como hablaremos en el próximo aparte. No hace falta ser un buen calificador para entender que una sola torre no es un impacto significativo si la misma se hace en una zona abandonada, a lo largo de una carretera, pero si hablamos de miles de ellas y muchísimas de estas en zonas residenciales, la visión debió de haber cambiado y se debió de aplicar el criterio de progresividad y proporcionalidad, pero todo ello falló, muy convenientemente, para los intereses de las transnacionales torreras, que de haberse encontrado con lugar la acción, hubieran visto eventualmente la necesidad de invertir más dinero en los estudios ambientales integrales y es posible que de un análisis en conjunto de las torres existentes y promediando las que pudieran venir en futuro, no hubiera permitido considerar oportuno instalarlas a distancias de 300 metros entre ellas en residenciales, zonas de escuelas, iglesias, y plazas públicas.

Mención especial requiere tener presente lo que por voto salvado o de minoría dispusieron los magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, que externaron que la acción de inconstitucionalidad sí debió de ser declara con lugar, pues según ellos, efectivamente lo que se dijo fue esa especie de desconstitucionalización de la protección ambiental que hemos hablado con

²⁷ En directriz que es la resolución N° 02031-2009-SETENA se dice en el considerando cuarto: "*Que dado que la proliferación de torres de telecomunicaciones **será masiva...***" (el resaltado es nuestro)

base a reiterados votos. Dispusieron estos insignes operadores de justicia:

“...no comparten los suscritos el criterio vertido por esta Sala en el sentido de que la actividad de telecomunicaciones ya no se puede reputar como un servicio público, puesto que, aunque tal calificación haya sido variada legalmente, para la determinación de su naturaleza, como tal, tienen mayor relevancia otros criterios referidos a las necesidades sociales. Ya esta Sala en varias ocasiones ha calificado ciertas actividades como servicio público, más allá que el legislador las haya denominado como tales. Los derechos fundamentales se debilitan notablemente si la tutela depende de definición legislativa, sin que su esencia haya cambiado...”

Yendo más a profundidad, nos argumentan los jueces del voto de minoría que jamás una interpretación o modificación legal puede trascender la naturaleza del servicio y menos pueden hacer que los derechos fundamentales como lo es la protección a la biodiversidad pasen a menos, o se relajen por cambios legales. Señalaron ellos reconociendo tácitamente la regresión ambiental a la que hemos hecho referencia:

“Por lo tanto, en este caso, a diferencia de lo que consideró el voto de mayoría, sí resulta aplicable la obligación de un estudio de impacto ambiental para los servicios públicos (artículo dieciséis de la Ley de la ARESEP), pues las telecomunicaciones, por la trascendencia que representan hoy en día en sociedad, son un servicio público, independientemente del

sujeto que lo preste. La participación convergente de particulares en la prestación de un servicio público no se dilucida por una definición legal, sino que se define por la naturaleza misma del servicio que se presta, que nunca es una actividad privada. La variación en el régimen legal que regula una actividad, no le quita su naturaleza de servicio público, porque su contenido material, su propia naturaleza, evidencia que tiene relevancia pública. Resulta incomprensible que el cambio del régimen legal excluya el cumplimiento de una garantía tan importante como el estudio de impacto ambiental. El cambio de la naturaleza jurídica con la intervención de sujetos privados, no puede debilitar la tutela del medio ambiente, que es un valor constitucional de especial relevancia, si nos atenemos a la propia redacción del artículo cincuenta de la Constitución...”

Sobre el aspecto de la mala visión del voto de mayoría al disponerse que la Administración puede aplicar la discrecionalidad y rebajar los estándares de aplicación del principio precautorio que igualmente resultaron en una regresión señalaron:

“Por otro lado, en atención al principio precautorio que opera en materia ambiental y que tiene rango constitucional, no es admisible que quede en manos de un órgano administrativo, de creación legal, la determinación de un impacto ambiental mediante una resolución que carezca de suficiente fundamentación, tal como ocurrió en este caso. A pesar de que en esta sede no corresponda determinar el grado de impacto ambiental de una actividad, sí

es posible examinar la fundamentación que da SETENA para arribar a tal determinación, máxime en este caso, pues se trata de un servicio público. Motivación que es particularmente ayuna de los argumentos que legitimen la decisión y que por demás, no tomó en cuenta el criterio de la ciudadanía...”

Como hemos podido leer, en el caso de los campos electromagnéticos y el de las torres de telefonía, los altos jueces han generado regresiones serias y lamentables. Es claro que no hablamos de errores simples de interpretación, sino que hablamos que quienes tienen el poder más alto de velar por derechos fundamentales y constitucionales colaboran en transgresiones que son retrocesos muy serios que perjudican a personas que incluso no han nacido.

IV. La participación ciudadana en regresión

IV.1 La participación

La participación ciudadana informada ha sido un aspecto destacado en varios instrumentos internacionales y es claro que tal ha sido su relevancia que la misma es reconocida como un principio referencial del derecho a un desarrollo sustentable.

En la Declaración de Río 92, queda manifiesta la voluntad internacional consagrada en el Principio 10, denominado como “Participación Ciudadana”, señala el principio:

“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, pero acoge además la necesidad de transparencia y gobernabilidad al declarar:

“Fortalecer las instituciones democráticas en todos los niveles y brindar transparencia y rendimient de cuentas en la gobernabilidad, participación inclusiva en la toma de decisiones y acceso a la justicia” (el resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar perfectamente, desde lo internacional se nos señala la hoja de ruta, donde obliga a que los Estados deban dar el derecho de participación y el de información previo a adoptar decisiones, pues lo contrario es un sin sentido y una burla a esas garantías.

Todo lo anterior no es nuevo, sino que tiene historia vieja, tal y como leemos el Principio 19 de la Declaración de Estocolmo de 1972 que 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”

En la Convención sobre el acceso a información, la participación pública en el proceso de adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales denominada Convención Aarhus se dice:

*“Art. 2. Cada parte (cada Estado) tratará de velar porque los funcionarios y autoridades asistan y orienten al público en la búsqueda de acceso a la información, el fomento de la participación **en el proceso de adopción de decisiones** y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales” (el resaltado es nuestro)*

Sobre el valor de todos los instrumentos que hablan de protección a derechos fundamentales nuestra Sala Constitucional ha señalado:

“... hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no ha sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país...” (2313-95)

Por su parte nuestra Constitución Política incluso señala en su numeral 9²⁸ que Costa Rica es un Estado democrático y participativo, por ello no es extraño que incluso en la Sala Constitucional se haya resaltado el derecho de participación en muchos de sus votos, donde destacamos los siguientes:

“...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,

28 Artículo 9 constitucional: *“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí...”*

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)

También ha expuesto:

*“... 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...**”* (voto No. N° 2120-2003) (el resaltado es nuestro y conlleva a tener claro que ese derecho debe ser dado previo a la emisión de la conducta administrativa)

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...” (voto No. N° 2120-2003)

Por su parte, en la resolución N° 18106-09 de la Sala se dispuso:

“III.- Sobre el derecho de participación ciudadana. El principio de participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió el principio de cita en el artículo 9 de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República es popular, representativo participativo, alternativo y responsable. Asimismo, tanto a nivel constitucional como legal, se han establecido una serie de mecanismos que buscan que el principio antes mencionado pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum para la aprobación o derogación de leyes y reformas parciales a la Constitución, o la iniciativa popular en la formación de leyes. En cuanto a este tema, conviene destacar lo dicho por esta Sala en su sentencia número 2005-05649 de las catorce horas con treinta y nueve minutos del once de mayo del dos mil cinco, en la que se señaló en lo que interesa: “...En efecto, el principio democrático contenido en el preámbulo y artículo 1° de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, supone, necesariamente, el de la participación política directa, efectiva, libre y

consciente de los ciudadanos en la toma de las decisiones políticas fundamentales en cuanto les atañen. Sobre este último principio, el artículo 9° de la Constitución Política, en su versión actual, después de la reforma parcial verificada por la Ley No. 8364 del 1° de julio del 2003, dispone que “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”. No cabe la menor duda que la última reforma parcial al artículo 9°, fue jalonada, en buena parte, por la que se produjo, casi un año antes, de los ordinales 105 y 123 de la Constitución, en cuanto se enfatiza el carácter participativo del Gobierno de la República y se señala explícitamente que, además de los tres Poderes, éste lo ejerce el pueblo, obviamente, a través de su participación en el diseño de las grandes líneas políticas del país, mediante el referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley. En el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos es menester indicar que existe una convergencia absoluta de estos en consagrarle y **garantizarle a las personas el derecho de participar o tomar parte directamente en el gobierno o en la dirección de los asuntos públicos de su país, así lo establecen, a título de ejemplo, los artículos 21, párrafo 1°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del**

Hombre de 1948, 23, párrafo 1°, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 y 25, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966...” (el resaltado es nuestro)

En lo legal se dice en Costa Rica en la Ley Orgánica del Ambiente, numeral 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 resaltado es nuestro)*

Por su parte en el Código Municipal se señala en el artículo 5:

*“Las municipalidades **fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local...”** (el resaltado es nuestro)*

IV.2 La participación y las regresiones en el caso de las torres de telefonía

Teniendo en cuenta el anterior marco, vemos que en nuestro Estado existe -o debería existir- un rango amplio de participación ciudadana y como leíamos de los votos constitucionales, esta participación, para ser efectiva debe ser un derecho ejercido previamente al otorgamiento de un permiso, puesto que lo contrario sería todo un sin sentido. Pero resulta que a pesar de lo anterior, en el voto de la acción de inconstitucionalidad de TTC antes comentada, los magistrados de

mayoría incurrieron en una seria regresión al tener por buena una participación ciudadana otorgada para luego de dar los permisos ambientales a cada torre de telefonía.

Dispusieron los magistrados en ese voto N° 2012-014111:

“Por otra parte, en la acción se aborda el problema de la participación y la infracción al derecho a la información, como el establecimiento de mecanismos para vertebrar la sociedad y su relación con las instituciones públicas, es decir, para permitir que el ciudadano pueda formarse su opinión, así como pronunciarse en asuntos que sean de su interés y de relevancia para sus aspiraciones de vida en sociedad. Sin embargo, también se ha analizado, en forma reiterada el tema, mediante los recursos de amparo en los que se reclama contra la falta de participación e información, autorizado por las resoluciones y medidas de la SETENA, lo que ha sido conocido entre otras sentencias por los números: 2011-5516, 2011-8316, 2011-12704, 2011-12745, 2011-15288, 2011-15763, 2012-6711 y 2012-08270. En este sentido, el punto quedó resuelto por la Sala con la sentencia No. 2011-05516, en cuanto establece lo siguiente: “De previo debe indicarse, que no le corresponde a este Tribunal determinar las especificaciones que debe cumplir el administrado en lo que se denomina un “Plan de Comunicación a la Comunidad” como reclama el amparado. Si bien es cierto esta Sala ha reconocido la existencia del derecho de participación ciudadana en asuntos de índole ambiental, este

derecho debe ser comprendido, al menos para ser de conocimiento de esta jurisdicción, para aquellos proyectos que por su índole especial y de gran trascendencia o afectación pueda afectar sensiblemente a una comunidad. Tratándose de un principio constitucional, resulta consecuente su adopción también en otra normativa de índole legal, incluso abarcando mayores ámbitos a los que constitucionalmente se tutelen vía amparo, lo cual es acorde al ordenamiento jurídico, sin embargo la verificación de estas audiencias o comunicaciones, no corresponde ser verificada en todos los casos por esta jurisdicción, sino únicamente en aquéllos en que éstas resulten indispensables por su grado de afectación, como los casos considerados técnicamente de alto impacto ambiental, supuesto que no es al que nos enfrentamos en el presente caso, ya que se trata de una obra que se encuentra calificada como de “bajo impacto ambiental potencial” Precisamente, un principio fundamental lo debemos encontrar en la propia Ley General de la Administración Pública, cuando establece que: “Artículo 16.- En ningún caso podrán 1. dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2.” En este sentido, el accionante propone en su demanda la prelación, a las decisiones políticas como las jurídicas, a la participación ciudadana, para que éstas disciplinas encuentren límites previos en él y en el derecho ambiental, lo que, a su

juicio, debe ser así con la actividad de instalación de torres y de radio bases, la considera de alto impacto ambiental. Pero como se indicó arriba, lo anterior debe ser dirimido en otra jurisdicción diferente a la constitucional, pues si el legislador al regular el ámbito del sector de las Telecomunicación dejó al criterio de la SETENA lo referente al posible impacto ambiental, y ello lo hizo al amparo del principio de atención del criterio versado del legislador. En este sentido, la Asamblea Legislativa se permite aconsejar y escuchar por los mejores criterios técnicos y científicos sobre una determinada materia técnica, o deja ciertas áreas reguladas, abiertas a la flexibilidad propia de la actividad e intensidad regulatoria administrativa, a la que no puede descender la función legislativa. De este modo, aunque sea quien toma la decisión final, si el legislador no lo reguló en concreto, entonces permitió que la SETENA lo resolviera diferentemente. Así, señala que en España la colocación de torres de telecomunicaciones no se considera de alto impacto, y si ello está confirmado por las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, entre otros principios, entonces efectivamente conducen a un tratamiento menos exigente por un menor impacto ambiental al señalado por el accionante. Lo que determina la norma es que si la ciencia y la técnica proponen un tratamiento unívoco, las decisiones jurídicas como políticas deben estar

guiadas por éstas. En este sentido, entre mayor peligrosidad exista en una actividad, más estrictas deben ser las exigencias; por el contrario, si una determinada práctica o actividad es de bajo impacto ambiental, **las exigencias políticas y jurídicas pueden relajarse**, como en efecto se ha descrito en los sendos escritos de las autoridades informantes, como de los coadyuvantes. En este sentido, **el derecho ambiental no podría conducir a una tiranía de la participación ciudadana privilegiándola** por encima de las reglas exactas de la técnica y la ciencia, **si éstas permiten relajar o flexibilizar la oportunidad**, y si no existen razones al día de hoy para estimar un cambio normativo, tampoco lo sería para establecer que un tratamiento distinto al unívoco de la ciencia y de la técnica. Por lo expuesto, este extremo al igual que el anterior debe declararse sin lugar...” (el resaltado es nuestro)

Hay que destacar varios aspectos; para iniciar tenemos que ver que los magistrados señalan que las torres de telefonía y radio base son proyectos designados como de bajo impacto, pero al igual que señalamos arriba²⁹, la sumatoria de todas y cada una de esas miles de estructuras son afectaciones serias con una capacidad de carga que no quiso ser dimensionada por los jueces, aspecto que conllevó a “descuidar” la verdadera significancia del derecho de participación, que como hemos dicho, debe

29 Y sin entrar a los efectos de la contaminación electromagnética.

ser previo al otorgamiento de cualquier permiso. Por otro lado, como se aprecia en los razonamientos o (in) justificación judicial citada, los magistrados llegan a la extraña e irracional conclusión de que la participación ciudadana solo debe ser previa si la misma es para proyectos de alta significancia, conllevando ello a una línea muy delicada, pues hacer perder lo que incluso ha sido reconocido por diferentes instrumentos internacionales que no hace ese tipo de diferencias, e incluso se desconoce lo dicho por esa misma Sala anteriormente y, todo ello, es verdaderamente algo muy serio por el retroceso, nos hacen ver que existe una “nueva” línea de interpretación restrictiva, que sin lugar a dudas, favorece solamente a los proyectistas de torres, pero no a la ciudadanía, ni a la defensa del derecho a un ambiente sano y equilibrado. Finalmente, vemos de manera grotesca como estos jueces han reconocido abiertamente la regresión de derechos fundamentales cuando dicen que el derecho de participación debe “relajarse”, aspecto este que es perjudicial para un Estado que se ha proclamado y es reconocido internacionalmente como defensor de los derechos fundamentales.

En el voto de minoría los magistrados Gilbert Armijo y Fernando Cruz señalan:

“Efectivamente cuando en la resolución impugnada SETENA estableció que la participación ciudadana a las comunidades procede hasta luego de otorgada la viabilidad ambiental incurrió en una violación al principio de participación ciudadana. La participación del ciudadano debe ser previa y no únicamente posterior al otorgamiento de los permisos.

Justamente el ciudadano debe informarse y expresar su opinión ante las Autoridades Administrativas, antes que estas dicten sus correspondientes actos administrativos, para con ello poder presentar argumentos que enriquezcan el sustento de las decisiones de la Administración Pública. Toda participación ciudadana tiene la aspiración de influir en la decisión, no se trata solamente de expresar opinión y argumentos que al fin y al cabo no tengan ninguna trascendencia en las decisiones administrativas que se toman respecto de la comunidad. La consulta posterior se convierte en un formalismo que debilita significativamente la participación de la ciudadanía. El control ciudadano en temas de medio ambiente no sólo se deriva del artículo nueve de la Constitución, sino que se funda en el propio artículo cincuenta de la carta fundamental, porque brinda una acción de control calificada a cualquier ciudadano. De la lectura de esta norma se infiere, sin duda alguna, que la participación ciudadana en materia de medio ambiente, debe producirse antes de adoptar la decisión, porque control activo de la ciudadanía debe darse en un escenario que asegure su incidencia efectiva, ya que la que se hace posteriormente, no es más que una notificación de lo que ya se resolvió...”

Por su parte el magistrado Paul Rueda, en su voto salvado independiente, dentro de este mismo expediente, ampliando aún más señala al respecto de la participación ciudadana:

“Como indiqué en los votos números 2013-003121, 2012-014990 y 2012-005866, la construcción de torres de telefonía celular requiere audiencia específicamente cuando esto conlleva una modificación a un plan regulador, en virtud de lo dispuesto de manera expresa en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana. Tal audiencia significa una manifestación del derecho constitucional al gobierno participativo, cobijado constitucionalmente en el artículo 9 de nuestra Ley Fundamental. Hecha la aclaración anterior, a los efectos de este asunto, existirán situaciones en que la instalación de torres de telefonía celular no sea - per se - de bajo impacto ambiental (verbigracia: cuando la planta de emergencia de una torre opere con algún hidrocarburo y se encuentre sobre un manto acuífero vulnerable); en tales casos muy específicos, que no comportan la generalidad de las situaciones, contrario al criterio de la mayoría, estimo, por un lado, que SETENA se encuentra obligada a conferir audiencia previo al otorgamiento del permiso ambiental y, por el otro, que esta instancia sí puede ejercer control de constitucionalidad, como en efecto ya lo ha hecho (ver sentencia número 2012-016866 de las 14:30 horas del 4 de diciembre de 2012)...”

Como podemos leer, es claro que se evidencia una inequívoca discrepancia de criterios entre los magistrados de mayoría con los disidentes, por lo cual nos deja entrever también que el asunto de las violaciones fueron bien discutidas, por lo que no fue por cuestión de olvidos, o de errores casuísticos

y al azar; que se generaron las regresiones odiosas en materia ambiental, al menos en estos casos de las torres de telefonía celular.

V. Conclusiones

Si bien ya habíamos entendido -por nuestra práctica profesional- que existían regresiones generadas desde la Sala Constitucional, fue mediante este análisis que estructuramos la información necesaria que nos permite enunciar casos particulares, donde se denota el cambio de timón serio que evidencia las regresiones de parte de los que son llamados a defender los derechos humanos de tercera generación.

En el caso de los campos electromagnéticos es preocupante que siendo un caso claro, donde se podía aplicar el criterio precautorio sobre la incertidumbre, más bien los magistrados dispusieran; que como las informaciones eran contradictorias, se debía declarar sin lugar el amparo.

En la acción de inconstitucionalidad por las antenas de telefonía celular vemos que los altos jueces, de nuevo, prefieren acudir a argumentos formalistas antes que aplicar razonamientos que van encausados a defender los derechos humanos fundamentales, lo cual se torna verdaderamente lamentable. Un sistema que antepone la forma; antes que el fondo, no progresa y está destinado a ser tomado por fuerzas que no conllevan a poder materializar un desarrollo sustentable inclusivo, sino uno donde los fines antropocéntricos tengan relevancia.

La verdad parece, que luego de venir argumentándose a lo largo de la historia de la existencia de la Sala Constitucional una clara defensa del derecho de participación ciudadana, resulta un contra sentido

resolver; que en cuanto al asuntos de TTC se dispusiera que el sistema tenía que relajarse, pues ello deja entrever que se entra a una fase peligrosa, donde se pone por delante los derechos empresariales antes que los de la ciudadanía. Véase que externar que *“... el derecho ambiental no podría conducir a una tiranía de la participación ciudadana privilegiándola por encima de las reglas exactas de la técnica y la ciencia, si éstas permiten relajar o flexibilizar la oportunidad y si no existen razones al día de hoy para estimar un cambio normativo...”* nos devuelve, cuando menos, 50 años en la historia de las reivindicaciones de la luchas en defensa de causas ambientales al alrededor del mundo.

Tal y como lo señala el epígrafe de este artículo, sentimos la necesidad de investigar el tema de las regresiones ambientales relacionadas con las posturas de los jueces constitucionales, pues hay aspectos que merecen ser analizados para buscar nuevas rutas que nos hagan al menos no retroceder de los diques logrados, para bien de gente que incluso no ha nacido.

Es claro, que se debe sistematizar toda la jurisprudencia constitucional ambiental para detallar aún más lo que acá apenas hemos enunciado; esa labor será saludable para

poder construir el derecho al desarrollo sustentable nacional que nos merecemos y por el que hemos luchado.

Finalmente, sabiendo que las regresiones ambientales protegen el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y que éstas tienen la función vital de blindar nuestro ordenamiento ambiental, sería válido cuestionarnos lo siguiente: ¿existirán consecuencias penales, civiles o administrativas para los operadores de justicia que rompan los diques y disminuyan la protección alcanzada? ¿Estaremos ante conductas penales como el prevaricato³⁰? Estas dudas se tendrán que resolver en futuras investigaciones, pero nos parece que es vital incursionar en esos estudios pues sino; el tema de las regresiones no trascenderá, dejando huellas de peso más allá del mundillo académico.

Somos fieles creyentes que no es correcto, justo y menos sano, para los derechos humanos, considerar que el rebajar los estándares ya alcanzados, por parte de los magistrados, sea tomado como aspectos que están dentro de las potestades legales de estos funcionarios, pues esa lógica puede hacernos llegar a prácticas judiciales muy peligrosas para Estados que; por tradición son civilistas y respetuosos de los derechos fundamentales.

30 Dictar resoluciones contrarias a la ley.

VI. Bibliografía

Astigas, C. 2001. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. CEPAL-ECLAC. Chile.

Cabrera, J. 1994. Indubio pro natura. Boletín de la Fundación Ambio No. 3 Costa Rica.

Córdoba Morales, J. 2009. Torres de telefonía: Grupo denuncia vía rápida para otorgar permisos ambientales. Semanario Universidad. Costa Rica. Disponible en http://kioscosambientales.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=442:torres-de-telefonía-grupo-denuncia-vía-rápida-para-otorgar-permisos-ambientales-&catid=40:noticias-ambientales&Itemid=60

Embid Tello, A. 2009. Retos jurídicos de la radiación no ionizante. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. España.

Golbenberg, I. y Cafferatta, N. 2001. Daño ambiental. Problemática de su determinación causal. Ediciones Albeledo-Perrot. Argentina.

Peña Chacón, M. 2012. "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](#)

Milano, A. 2005. El principio precautorio. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica.

Mesa Cuadros, G. 2007. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho. Universidad Nacional de Colombia. Colombia.

Sagot, A. 2013. El Principio de no regresión en materia ambiental. Análisis de dos casos de directrices transgresoras. Disponible en: http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6582&t=d

Sagot, A. 2007. Aspectos conceptuales y jurisprudencia constitucional ambiental de los principios precautorio y preventivo". Análisis conceptual sobre los principios y el tratamiento que les da la Sala" Costa Rica.

Santana Plata, P. 2013. Las controversias en el derecho internacional ambiental y los retos en la aplicación del principio de precaución en el ámbito local. Revista de Derecho Público. Enero/Junio. Universidad de los Andes. Colombia.

Walsh, R. et al. 2000 Ambiente, derecho y sustentabilidad. Ediciones Ley. Argentina.