

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.

M.Sc. Mario Peña Chacón¹

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

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

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones

acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1- PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

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

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas edición 2003³ al definir "*Principios Generales del derecho*" expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos

1 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

2 Disponible en: <http://buscon.rae.es/drael/>

3 Disponible en: <http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw>

más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mu-ger).

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

las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho.⁴

El jurista argentino Cafferatta⁵ citando a Vigo y a Cañiza-Merlo destaca que “A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar”.⁶ En ese mismo sentido, “tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares”.⁷

Lorenzetti, destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constitu-

4 Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

5 Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

6 Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

7 Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

yen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas”.⁸

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.⁹

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

normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados).¹⁰

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas Resoluciones y Declaraciones de Principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados.

La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente.

El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

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

8 Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.

9 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

10 Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de las costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros.¹¹

11 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.

continúa en la siguiente página

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

incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad.¹²

A partir de la sentencia constitucional 1993-6240 se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.¹³

-
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
 - Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
 - Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
 - Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
 - Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
 - Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
 - Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
 - Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
 - Deberán movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
 - Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

12 *"Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales"* Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

13 *"De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional"* Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Aplicando el anterior criterio y en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional costarricense¹⁴ al resolver recursos de amparo por violaciones al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha procedido a fundamentar sus fallos por medio del derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de *soft law* antes citadas, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible.¹⁵

2- PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, CONTENIDO Y ALCANCES.

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

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

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

Como bien lo afirma Prieur,¹⁶ la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, antidegradation policy, standstill, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa

14 Para efectos de este artículo los términos: Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad y Corte Constitucional se utilizan indistintamente al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, haciendo hincapié en que el nombre oficial es Sala Constitucional según la Ley de Jurisdicción Constitucional.

15 A manera de ejemplo, la sentencia constitucional número 1250 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 14524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

16 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el “dar un paso hacia atrás”.¹⁷

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia delante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales. Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por si misma constituye una regresión.

El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente

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

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente.

Por medio de este tipo de procesos, y en muchos casos por razones eminentemente políticas y económicas (tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas) grupos de presión pretenden romper el equilibrio óptimo entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible, en favor del crecimiento económico a través de la derogación o modificación de normativa ambiental. La ideología desreguladora se suele centrar en la ciencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social. Se resume en la máxima de que los controles gubernamentales sólo estaban justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad.¹⁸

17 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

18 Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection, Washington and Lee Law Review, vol. 45, N° 3, Summer 1988.

La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente en pro de un supuesto “mejoramiento” o “incremento” de la eficacia del derecho y la tutela de los consumidores y usuarios de servicios.¹⁹ De esta forma, escuchándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente,²⁰ fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que “la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental”.²¹

3- FUNDAMENTOS DE LA NO REGRESIÓN AMBIENTAL.

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

4- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.

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

19 “El impacto de la desregulación no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado-intervención. La desregulación-liberalización impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho Ambiental o los principios constitucionales; Koepfer ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de Ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos” En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *D.A.*, 1993, citado por Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

20 Prieur, Michel, La déréglementation en matière d’environnement, *Revue juridique de l’environnement*, N° 3, 1987.

21 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

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

Coincidiendo con Prieur,²² al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia con el principio de equidad intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.²³

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio

de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2010-18202, único precedente existente a la fecha sobre la aplicación directa del principio de progresión y no regresión en materia ambiental:

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas

22 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

23 *“La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión”* Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”.

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

caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.

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

Entre ellos, y a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más

estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y por tanto, se descarta la regla de *“lex posterior derogat priori”*, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

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

Especial atención merece el Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, también conocido como Convenio de Washington, el cual en su artículo III prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos sino por acción de autoridad legislativa competente.

A la luz del Convenio de Washington toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas sería considerado una regresión en materia ambiental y por tanto queda expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Esta disposición debe complementarse con el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que además de exigir norma de rango legal para reducir los límites de un Área Silvestre Protegida, obliga también a realizar estudios técnicos que justifiquen la medida. Sobre el aumento y/o disminución de los límites territoriales del patrimonio forestal y en aplicación de la no regresión prevista en el Convenio de Washington, la Sala Constitucional en la sentencia 1999-5399 señaló:

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

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

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

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

reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida”.

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

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

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por

otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este”.

Es importante considerar que excepcionalmente algunos convenios en materia ambiental permiten ciertas formas de “regresión” que no podrían equipararse al concepto de regresión desarrollado en este trabajo, ya que necesariamente deben ser interpretadas a la luz de las distintas disposiciones y obligaciones contraídas en otros convenios ambientales y en la legislación nacional. Bajo esta óptica la Convención Ramsar permite en su artículo 2.5, por motivos urgentes de interés nacional, retirar un humedal de la Lista Oficial, o bien reducir su extensión siempre que se informe de inmediato sobre estas modificaciones a la Secretaría del Convenio. Por su parte, el Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna silvestre en su artículo XVI faculta a las Partes de la Convención a retirar cualquier especie previamente insertada en el Apéndice III, previa comunicación de dicho retiro a la Secretaría respectiva.

Por lo anterior, si bien es posible la exclusión de un humedal de la lista Ramsar por motivos urgentes de interés nacional, también es cierto que de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente los humedales que forman parte del Patrimonio Natural del Estado ostentan categoría de Áreas Silvestres Protegidas, y en virtud de ello, les asiste la protección especial

prevista en la Convención de Washington y por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que impiden su desafectación, disminución o alteración de límites sin previa ley que así lo autorice, o bien sin estudios científicos y técnicos que lo justifiquen. De igual forma, la exclusión de una especie de flora y fauna silvestre del apéndice III de la Convención CITES no excluye al Estado Parte de sus obligaciones internacionales y nacionales respecto a la protección de la flora y fauna y de la biodiversidad, por lo que subsistirían siempre las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, Ley de Biodiversidad, Ley de Conservación de la Vida Silvestre y demás normativa que tutele a este bien jurídico.

5- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL REGULADOR DEL LIBRE COMERCIO Y LAS INVERSIONES.

También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR.²⁴

Manifiesta Cabrera²⁵ que la principal obligación contenida en el Capítulo 17 del CAFTA-DR consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de

establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 17.1:

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

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

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

Esta segunda obligación busca evitar la ineficacia en la aplicación y cumplimiento de

²⁴ Ratificado por Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007

²⁵ Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, 2011.

la legislación ambiental, ineficacia que por sí misma constituye una regresión ambiental.

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

Para los efectos de este Capítulo:

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

- (a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;*
- (b) el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o*
- (c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo*

protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

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

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

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

Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia,

cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

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

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

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

Las obligaciones establecidas en el capítulo 17 del CAFTA-DR, incluyendo por supuesto la prohibición expresa de no regresión, fueron objeto de una consulta preceptiva de constitucionalidad²⁶ por parte de la Defensoría de los Habitantes y un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual, mediante el voto de mayoría 2007-9469, les otorgó la viabilidad constitucional disponiendo al efecto:

“En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 “Obstáculos Técnicos al Comercio”, en el Capítulo 9 “Contratación Pública”, en el Capítulo 10 de “Inversiones” y en Capítulo 21 “Excepciones”. Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el

²⁶ Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional.

derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna", por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas, no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se

permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto".

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

"En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una

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

“Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna” esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del

ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión”.

Por todo lo anteriormente manifestado, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental prevista en el artículo 17.13.1. y al “*animus*” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de

una inversión en el territorio. De esta forma, el Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren “*altos niveles de protección ambiental*” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. Pero a la vez, y al amparo del voto de minoría de la consulta preceptiva de constitucionalidad antes citado, de ese mismo Tratado se podrían deducir violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente.

6- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Donde mayor desarrollo ha encontrado el principio de no regresión en Costa Rica es en materia de derechos humanos, en especial como contracara del principio de progresión, siendo la Sala Constitucional, por medio de sus fallos, quien ha ejercido el rol de garante de los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.²⁷

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Corte Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.²⁸

En la sentencia 1995-2313,²⁹ el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al Derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al Derecho Internacional, y dentro de éste, al Derecho Ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre Derecho Humano y Derecho Fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los Derechos Humanos que pudieran no estar incluidos en su texto.

De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de Derechos Humanos, forma parte del elenco positivo

27 Así lo dispone expresamente el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

28 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

29 “... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”.

y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.³⁰

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.³¹ Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de derechos humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793³² el primer precedente al establecer que “una generación no puede

comprometer con sus leyes a generaciones futuras”, debido a que como afirma Prieur “la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado”.³³

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, contraria de la no regresión, mismo que reza:

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

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ ratifica

30 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

31 *“De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional”* Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

32 Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigente.

33 Prieur, Michel, “El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

34 El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

35 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

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

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

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

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

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶ en su artículo 5.2 dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Convención Americana de Derechos Humanos³⁷ abre la vía de la progresividad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de su artículo 26:

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

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

a. *permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos*

36 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

37 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

- y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
 - c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
 - d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Por último el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador,³⁸ no sólo reconoce expresamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente sano y a su protección, preservación y mejoramiento (Artículo 11), sino que además ratifica la idea de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de su numeral 1:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden

interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

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

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

“La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al

38 Ley N° 4229-A de 11 de diciembre de 1968.

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

que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada”.

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

“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio- económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción”.

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

“Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para (...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...), razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”. Voto 2002-11515.

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

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto

2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

“Bajo esta tesis, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se exceptiona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jerarcas institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración. Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio

sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo, con las consecuencias que a continuación se detallarán”.

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

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

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

reconocidos (...)” (Lo resaltado no corresponde al original).

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

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

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

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

Siendo que los artículos 7°, inciso a), y 9°, de ese protocolo contemplan,

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

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

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

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

“La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos

obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”.

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

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

a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente”.

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

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

Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo

característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso. Voto 2011-1985.

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

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

7- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado al estar reconocido expresamente por el numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica y ostentar estatus de derecho

humano fundamental³⁹, se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley, reconocidos a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional:

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

en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido”. Voto 2000-878.

“Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera

39 *“Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto”.* Voto 2006-1109.

amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porque desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la "rigidez", es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. Voto 2003-2771.

A la luz de ambas sentencias resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.

De esta forma, a partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional

considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto al Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley.⁴⁰ Al amparo de este criterio jurisprudencial la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar tanto la Ley de Pesca y Acuicultura como el artículo 71 de la Ley Orgánica del ambiente sobre contaminación visual:

"El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental.

40 "...distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio". De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)" Sentencia número 1990-101.

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

proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97- ; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.-artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo.

Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia". Voto: 2009-8065. "Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: "Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa

ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención"; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554". Voto número 2008-11696.

Además, del principio constitucional de reserva de ley de los derechos fundamentales⁴¹ es posible también derivar la obligación de no regresión en materia ambiental. Del principio de reserva de ley se extrae la obligación negativa, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de no restringir o limitar el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, restricciones o limitaciones que de darse implicarían ineludiblemente regresiones en materia ambiental.

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

41 "En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley". Voto: 1992-3550.

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

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

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

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

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

lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales”. Voto 1999-644.

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

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior,

algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales". Voto 2010-18702.

Un aspecto a resaltar es que ese mismo primer precedente sobre la progresión y no regresión del derecho fundamental al ambiente contó con un voto salvado por parte de los magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes a diferencia del pronunciamiento de mayoría,

le dieron una connotación de temporalidad a las medidas ambientales a adoptarse a favor del ambiente, disponiendo que éstas no deberían ser extremas e inmediatas sino graduales, escalonadas y progresivas cuando puedan afectar otros derechos fundamentales,⁴² al efecto se transcribe un extracto del voto de minoría:

"El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales, evitando medidas drásticas en pro de la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la

⁴² La connotación de temporalidad del principio de progresividad de los derechos fundamentales ya había encontrado eco anteriormente en la jurisprudencia constitucional aplicada en materia de eliminación de discriminación y promoción de las personas con discapacidad en el voto 2006-1344.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad". Voto 2010-18702.

8- LÍMITES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN.

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

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

evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.⁴³

Como lo señala Cabrera,⁴⁴ la Sala Constitucional ha sido conteste que con respecto a la materia ambiental se debe de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general, de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la ciencia y a la técnica, con lo cual se condiciona la discrecionalidad de la Administración. Al respecto el voto constitucional 2006-17126 dispuso:⁴⁵

"De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior, en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general – tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la "vinculación a la ciencia y a la técnica", con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos – tales como los estudios de impacto

43 Al respecto puede consultarse el voto 2006-17126.

44 Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010

45 También pueden consultarse las sentencias constitucionales: 2006-11562, 2008-18529 y 2009-1056, entre otras.

ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente”.

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

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

titucionales mediante los votos 2009-1056, 2010-13099 y 2011-13436 respectivamente.

En otro orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, e que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables proporcionadas. Sobre este tipo de situaciones excepcionales en materia ambiental ha sostenido la Sala:

“De la vinculatoriedad de la normativa ambiental, como consecuencia directa del principio de legalidad regulado en el artículo 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública está obligada a cumplir con el bloque de legalidad; sujeción que tiene especial connotación en relación con la tutela del ambiente, en tanto, al tenor de la obligación impuesta al Estado en su conjunto en el artículo 50 constitucional, es que se denota su indisponibilidad respecto de las instituciones públicas –condición que también se da respecto de los particulares–, esto es, no está sujeto a pacto o convenio en razón de la trascendencia que tiene para la vida y sobrevivencia de la humanidad; lo que hace imposible su excepción, salvo claro está, en situaciones de urgencia o emergencia, que en sí mismo, es una condición de fuente de derecho (al respecto consultar la sentencia 2340-92). Es así como resultan vinculantes

para las instituciones públicas el conjunto que conforma el Derecho Ambiental, formado tanto los principios constitucionales ambientales –que delimitan el contenido de este derecho fundamental–, como las diversas disposiciones normativas sobre la materia (legales y reglamentarias), así como los estándares ambientales, y requisitos dispuestos para la realización de proyectos que incidan sobre el ambiente; y que, están inmersos en la gestión pública encomendada a cada una. Por ello, es que son exigibles la realización de estudio de impacto ambiental, la conformidad de los proyectos con los planes reguladores (en las municipalidades donde hay), la adecuación del funcionamiento de las plantas y proyectos a los estándares ambientales, etc.; caso contrario, sería admitir un “derecho del Estado a contaminar”, lo que es imposible en atención al contenido del propio artículo 50 constitucional, según se ha indicado anteriormente, y como lo ha entendido este Tribunal (entre otras, consultar las sentencias número 5668-94, 5654-95, 8001-97, 2004-1923, 2005-15769, 2006-1963, y 2006-4497), al haber exigido a diversas instituciones públicas el cumplimiento de esa normativa a fin de tutelar de la manera debida el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Voto 2006-17126.

“El “estado de necesidad” permite al Poder Ejecutivo excepcionar cualquier

área de actividad del trámite ordinario y ese ejercicio conlleva, en algunos casos, un desplazamiento y otros un acrecentamiento de competencias; el derecho excepción -formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- deviene en inconstitucional en caso de normalidad, precisamente por ello, esta Sala estima que debe ser reflejo cierto de una realidad fáctica excepcional; otra de las características esenciales del estado de emergencia es su transitoriedad, no es admisible un trámite de excepción para realizar actividad ordinaria de la administración, aunque ésta sea de carácter urgente; además, la medida de emergencia para que se entienda como de desarrollo constitucional debe tener como propósito el bien común, debe ser justa y razonable (proporcionada en sentido estricto). Es decir, no basta con que se justifique el accionar administrativo en un estado de necesidad, la actuación material o normativa de la administración -en casos de necesidad- siempre podrá ser enjuiciada a luz de los principios que se han señalado y de ello nos ocuparemos a continuación”.

Voto 2001-6503

A manera de conclusión, y tal como quedó plasmado en el Documento de Convocatoria adoptado en la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental de los estados participantes de la Conferencia de

Río+20⁴⁶ y en la resolución del Parlamento Europeo B7-0522-11 del 20 de setiembre de 2011,⁴⁷ se hace necesaria la consagración expresa del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente en la medida que si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible es esencial hacer progresar el derecho ambiental e integrarlo mejor en las otras ramas de nuestra disciplina jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Cabrera Medaglia, Jorge, "Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional", 2011.

Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en: <http://www.>

idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

López Ramón, Fernando, Introducción General: Regresiones del Derecho Ambiental, disponible en: http://www.actualidadjuridica-ambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf

Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Piza Escalante, Rodolfo "La Justicia Constitucional en Costa Rica" Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

46 Realizada en Limoges, Francia los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011,

47 Resolución del Parlamento Europeo sobre la elaboración de una posición común de la Unión Europea ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), accesible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2011-0522+0+DOC+XML+V0//ES>

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

Prieur, Michel, La déréglementation en matière d'environnement, Revue juridique de l'environnement, n.º 3, 1987.

Valls, Mario Francisco, Presupuestos Mínimos Ambientales, 2011.

Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.