Derecho
Ambiental Efectivo

Mario Peña Chacón

Maestría en Derecho Ambiental
Universidad de Costa Rica

PPD Programa de Posgrado en Derecho

344.046
P4191d Peña Chacón, Mario
Derecho Ambiental Efectivo [recurso electrónico] / Mario Peña Chacón. Edición 1. San José, Costa Rica. Peña Chacón Mario, 2016. E-Book: pdf; 5000 Kb. (Serie Derecho Ambiental; Nº 1)

ISBN 978-9968- 49- 055-9

1. Control ambiental.
2. Protección al medio ambiente.
3. Medio ambiente.
4. Diversidad biológica.
I. Título.

© Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra

Agradecimientos

A Katherine Arroyo Arce, Katherine Gutiérrez Toro, Nohelia Hidalgo Rodríguez y Magie Rodríguez Esquivel por su apoyo, aportes y profunda dedicación en la revisión de los artículos que integran esta obra.

ÍNDICE

Agradecimientos 3
Prólogo 8
Presentación 11

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL 17

Introducción 18
I. Delimitación y concepto de Derecho Ambiental 21
II. Características del Derecho Ambiental 24
a) Multidisciplinariedad 28
b) Preventivo 29
c) Restaurador 31
d) Vocación universal 31
e) Transversal 32
f) Participativo 33
g) Progresivo 33
h) Supraindividual 34
i) Derecho Humano 36

III. Objeto de estudio y finalidad 38
Bibliografía 42

CAPÍTULO 2: EL CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL 47

I. Eficacia, efectividad y eficiencia del derecho 49
II. Inefectividad del derecho ambiental 51
III. Causas y consecuencias de la inefectividad del derecho ambiental 54
1. Cantidad y multiplicación de normativa ambiental . 54
2. Promulgación de políticas, normas y jurisprudencia regresivas 56
3. Promulgación de normas sin participación pública en su elaboración 59
4. Promulgación de normas sin considerar grupos vulnerables, enfoque de equidad social, identidad cultural de los pueblos autóctonos, ni el cambio climático 59
5. Ausencia o poco desarrollo de normativa procesal ambiental, procedimientos especiales ambientales ni jurisdicciones ambientales especializadas 60
6. Escaso desarrollo de mecanismos de solución alternativa de conflictos ambientales 61
7. Sistemas de responsabilidad por daño ambiental inexistentes o incompletos 61
8. Ausencia de criterios específicos de interpretación y aplicación de la normativa ambiental 63
9. Débil implementación de los Derechos de Acceso . . 64
10. Débil institucionalidad ambiental 65
III. Posible soluciones 65
Bibliografía 74

CAPÍTULO 3: HACIA UNA NUEVA HERMENÉUTICA AMBIENTAL 76

I. Hermenéutica jurídica 78
II. El rol de los principios generales del derecho en la hermenéutica jurídica 80
III. ¿Por qué una nueva hermenéutica ambiental? 82
IV. Criterios para una nueva hermenéutica ambiental 98
V. Nueva hermenéutica ambiental en la práctica 109
Bibliografía 123

CAPÍTULO 4: APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE EN EL DERECHO AMBIENTAL 128

I. Fuentes del derecho ambiental 130
II. Jerarquía de las fuentes 132
III. Excepciones al principio de jerarquía normativa 134
IV. Flexibilización de la jerarquía de las fuentes del derecho ambiental y aplicación de la regla de la norma más favorable al interés público ambiental 147
Bibliografía 159

CAPÍTULO 5: RETROACTIVIDAD DE LA NORMATIVA AMBIENTAL 163

I. Principio de irretroactividad de la Ley 165
II. Inexistencia de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas en materia ambiental 171
III. Retroactividad de la normativa ambiental 174
Bibliografía 188

CAPÍTULO 6: SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL 190

I. Sentencias Interpretativas Constitucionales. 192

II. Sentencias Interpretativas en materia ambiental 199

Bibliografía. 220

CAPÍTULO 7: DERECHOS ADQUIRIDOS DE BUENA FE Y SUS IMPLICACIONES AMBIENTALES 222

I. Sistema costarricense de control de la constitucionalidad 224

II. Graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad 225

III. La problemática de la no afectación a derechos adquiridos de buena fe en materia ambiental 226

IV. Una nueva visión respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad en materia ambiental 227

V. Derechos adquiridos de buena fe versus derechos colectivos ambientales, hacia una nueva interpretación a la luz de los principios del derecho ambiental 228

VI. Posibilidad de reclamo de daños y perjuicios. 230

Conclusiones. 230

Bibliografía. 232

Prólogo

Me es grato prologar otro valioso aporte al Derecho Ambiental de Mario Peña Chacón.

El autor nos tiene acostumbrados a señalar los obstáculos que se oponen a un derecho ambiental justo y eficaz y a marcar el camino para superarlos. Lo medita a solas y pide la cooperación de todos para la superación.

Creo que es el camino adecuado, porque la norma jurídica es una creación colectiva que requiere la prolijidad final del artífice que la haga justa, eficaz y oportuna.

El autor vuelca su versación especial, fruto de una dedicación permanente que le permite identificar los problemas que estudia y proponer senderos claros para su solución.

La obra no intenta el elogio simpático de la normativa ambiental vigente sino que evalúa su justicia intrínseca y su eficacia funcional, lo que denota el empeño del autor de fortalecer el Derecho Ambiental.

Identifica el tema bajo análisis describiendo lo que entendemos por Derecho Ambiental.

En un Capítulo 2° plantea la necesidad de hacer efectivo el Derecho Ambiental y señala diversas causas y consecuencias de su falta de efectividad.

El resto de la obra lo destina a señalar las principales causas de esa falencia y el camino para superarlas. Un prolijo análisis aporta la información adecuada para subsanar una clara anomalía jurídica que requiere medidas normativas correctoras que, por lo obvias y trascendentes deberían ser inmediatas

Una oportuna y abundante bibliografía expone lo que la doctrina viene advirtiendo sobre el tema.

Recuerdo que cuando la agitación ambiental que indujo la Conferencia de Estocolmo en 1972 comenzó a exigir la sanción de nuevas normas imitando a los países del Hemisferio Norte, ya advertíamos que, sin perjuicio de emprender su estudio, lo que se podía hacer de inmediato era cumplir las existentes.

Normas siempre hubo, faltaba su acatamiento, cumplimiento y eventualmente mejoramiento.

El presente libro propone un amplio y tan largo camino como es la relación del ser humano con el ambiente que lo creó, lo alberga, lo condiciona y recibe su acción. Es una invitación que debe aceptarse ya. Demorar la adaptación de la relación del ser humano con el ambiente es malo para el uno y para el otro. Lo inmediato es seguir ese camino introduciendo siempre los cambios jurídicos que el cambio de la realidad del ser humano y del ambiente hagan convenientes.

Esta obra, como las anteriores del autor, constituirá una fuente de consulta para estudiosos, abogados, jueces, legisladores y autoridades.

Una última reflexión es que Mario Peña Chacón no está solo. Su acción al frente de equipos de investigadores para la formación de recursos humanos, la dirección de tesis de grado y posgrado y la participación en proyectos y grupos de investigación también es permanente. Por eso los que conocemos su trayectoria siempre nos apresuramos a arrimarle nuestra colaboración.

Mario F. Valls
Buenos Aires, Argentina, Julio de 2016

Presentación

El principal problema actual de la legislación ambiental es su falta de efectividad, existiendo claras falencias tanto en el logro de sus objetivos y metas, como en su aplicación y cumplimiento sostenido y recurrente.

El derecho ambiental ha venido fallando en garantizar el mantenimiento y aseguramiento del equilibrio ecológico, la eficiencia económica y la equidad social entre las actuales y futuras generaciones.

Ante tal problemática, se hace imperativo explorar las principales causas generadoras de inefectividad, analizar sus efectos y consecuencias, así como proponer posibles soluciones que le permitan salir del estado actual de teatralidad y alcanzar efectividad y eficiencia plena.

Principales causas de inefectividad. En primera instancia es posible citar la cantidad y multiplicación de normas ambientales incluyendo modificaciones normativas no acompañadas de procesos derogatorios claros ni completos; copia de normas y estándares de otros países que no responden a la realidad ambiental, social ni económica del país; aprobación de normas sin pla-

nes de aplicación y cumplimiento; ratificación de tratados internacionales sin adaptación de la normativa interna; distanciamiento entre las normas promulgadas y las políticas ambientales adoptadas; así como las constantes antinomias entre legislación que regula el libre comercio y la inversión en relación con la normativa ambiental.

A lo anterior se le debe sumar: la promulgación de políticas, normas y jurisprudencia que califican como regresivas; la puesta en vigencia de normas sin participación pública en su elaboración y sin considerar grupos vulnerables, enfoque de equidad social, identidad cultural de los pueblos autóctonos, ni el cambio climático; ausencia o poco desarrollo de normativa procesal ambiental, procedimientos especiales ambientales ni jurisdicciones ambientales especializadas; escaso desarrollo de mecanismos de solución alternativa de conflictos ambientales; sistemas de responsabilidad por daño ambiental inexistentes o incompletos; ausencia de criterios específicos de interpretación y aplicación de la normativa ambiental; débil implementación de los derechos de acceso y una débil institucionalidad ambiental.

Consecuencias. Lo anterior ha traído como efecto un marco jurídico ambiental disperso, fragmentado y contradictorio lo cual genera desconocimiento e ignorancia entre sus aplicadores y destinatarios; inobservancia, confusión y errónea aplicación del derecho de fondo; inseguridad jurídica y por supuesto, impunidad e injusticia ambiental.

Posibles soluciones. Alcanzar la efectividad y eficiencia de la legislación ambiental requerirá a mediano y largo plazo de la implementación de un marco jurídi-

co coherente, articulado y sistémico. Ello sería posible a través de procesos normativos cuya finalidad sea lograr la coordinación, sistematización, limpieza de aporías, antinomias y racionalización.

A corto plazo, la hermenéutica ambiental debe posicionarse como la herramienta fundamental, esencial e imprescindible para alcanzar la coherencia del orden público ambiental, así como en el punto de apoyo que permitiría arrancar al derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad.

La promulgación de nuevas normas y estándares ambientales debe ajustarse a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como hacerse acompañar de planes de aplicación y cumplimiento que aseguren la existencia de capacidad técnica, institucional y presupuesto suficiente para su implementación.

Los procesos normativos deben contemplar la creación de instancias de coordinación inter e intra institucionales de la gestión ambiental, que a la vez incorporen la participación pública como medio para garantizar su aplicación efectiva.

Debe tenerse claro que normas implementadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros, en particular aquellos en vías de desarrollo.

Ante procesos de desregulación y simplificación de trámites con efectos en 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, la solución recae en el reconocimiento expreso de los principios de progresividad y prohibición de regresividad como principios generales del derecho ambiental.

Se hace imperativo la implementación de mecanismos de participación en la elaboración de normas ambientales tales como iniciativa popular, consulta pública, referéndum, entre otros. A la vez, los procesos de creación e implementación de normas ambientales deben incluir la participación y garantizar la igualdad; no discriminación e inclusión de grupos vulnerables; reconocer la pluriculturalidad y pluridiversidad e integrar el enfoque de cambio climático.

El derecho ambiental sustantivo necesita verse reforzado por normativa procesal que permita su correcta, estricta y efectiva aplicación dentro de los procesos donde se discuten controversias de carácter ambiental, por lo anterior, los procesos ambientales deben ser céleres, expeditos, informales, de tramitación preferente y tutela expedita.

Los sistemas de responsabilidad por daño ambiental deben ser a la vez preventivos, precautorios, reparatorios, compensatorios e indemnizatorios, y estar basados en las reglas de la responsabilidad objetiva, solidaria, inversión de la carga de la prueba, obligación de recomposición del ambiente, y la imprescriptibilidad del daño ambiental de carácter colectivo, todo bajo un enfoque de responsabilidad integral.

Tratándose de responsabilidad administrativa y penal, es fundamental la expansión del delito ambiental

y las sanciones administrativas con una función real y no meramente simbólica. Sin embargo, el arma ideal con la que cuenta el derecho ambiental para alcanzar su efectividad sigue siendo la prevención de las infracciones, lo cual se podría lograr mejorando la información, educación y la participación ciudadana.

El rol del derecho penal en la protección del ambiente debe fortalecerse a través de la imposición de la obligación de recomposición ambiental, tanto a los sujetos condenados por delitos ambientales como a aquellos a quienes se les otorga una medida alternativa a la pena de prisión.

Es primordial garantizar el acceso fácil, rápido, efectivo, y práctico a la información ambiental; garantizar la participación ambiental a efectos de promover la inclusión social, la solidaridad, erradicación de la pobreza y desigualdades, restablecer la salud y el equilibrio ambiental y eliminar de barreras el acceso a la justicia ambiental.

Asimismo, mejorar los sistemas de denuncia y de inspecciones, así como establecer criterios marco para la actuación de fiscales y otros operadores jurídicos en infracciones administrativas y penales; garantizar la igualdad en las condiciones de accesibilidad y efectividad durante todas las etapas del proceso judicial y/o administrativo; así como promover la sensibilización y educación ambiental.

Ante una débil institucionalidad ambiental la propuesta es su fortalecimiento mediante el reforzamiento de los medios de inspección y policía; la creación de mecanismos de coordinación institucional; la modificación del marco normativo con el fin de aclarar las com-

petencias ambientales y el aumento racional y proporcionado de los presupuestos institucionales de acuerdo a las competencias otorgadas.

La gestión ambiental podría mejorar si se le otorga énfasis a la prevención, participación y educación ambiental. No deben descuidarse los mecanismos de comando y control, pero deben complementarse con los instrumentos de mercado y los voluntarios.

Por último, se hace imperativo el desarrollo de la contabilidad ambiental, así como la creación de indicadores que permitan medir el nivel de efectividad de las normas ambientales.

Tomando en cuenta el análisis anteriormente expuesto, el fin de esta obra es ofrecer a los operadores del derecho una serie de herramientas jurídicas que les permitan interpretar y aplicar la normativa ambiental de tal forma que ésta logre alcanzar efectividad y eficiencia plena.

Con ello, satisfacer el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales para las actuales y futuras generaciones, asegurando a la vez, la protección y tutela del resto de los derecho humanos.

La presente obra se compone de siete capítulos recopilatorios de una serie de artículos académicos elaborados por el autor dentro de proyectos de investigación inscritos ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) y el Centro de Investigación y Estudios Políticos José María Castro Madriz (CIEP) de la Universidad de Costa Rica.

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL

INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL[1*]

"Lo mejor que le podría pasar al Derecho ambiental es que desapareciera. Cuando el derecho, todo el derecho, sea verde y haya internalizado lo ambiental, no hará falta hablar de derecho ambiental"

Gabriel Real Ferrer

Introducción

Partimos del hecho de que siempre han existido normas jurídicas para la protección de algunos recursos naturales y para prevenir y controlar ciertas formas de contaminación. Lo que sí es un fenómeno de nuestra época es la búsqueda de la existencia del derecho ambiental como una rama autónoma de las ciencias jurídicas.

El ser humano desde su aparición sobre la faz de la Tierra tuvo plena conciencia de su dependencia del ambiente. Las primeras normas religiosas y jurídicas consagraron su protección.[2] Todas las culturas primitivas temían a los elementos naturales, los deificaban, les

1 *Versión adaptada del capítulo inicial del Manual de Derecho Penal Ecuatoriano elaborado por el autor para la Fiscalía General del Estado del Ecuador y Sea Shepherd Conservation Society.

2 Martín Mateo, R., *Tratado de derecho ambiental*, Trivium, Madrid, 1992.

ofrecían sacrificios para que preservaran su ambiente natural, imponían tabúes para protegerlos, se identificaban con los elementos del ambiente y los idealizaban con su tótem. Así lo demuestra el culto a la Pachamama en nuestra América, el de Gea y Remeter en Grecia, el de Ceres en Roma y las enseñanzas de Confucio y Lao Tse en el Antiguo Oriente Asiático.[3]

A lo largo de la historia se evidencia que han existido normas jurídicas para la protección ambiental. Es posible afirmar que el dominio sobre la naturaleza se inició con el descubrimiento del fuego y de la agricultura, pues el hombre tuvo en sus manos elementos con los cuales logró alterar grandes extensiones de terreno. A manera de ejemplo se hace necesario citar al emperador romano Julio César quien prohibió la circulación de carruajes dentro de los barrios romanos para erradicar el ruido que producían al rodar, dictando así la primera norma directamente ambiental que se conoce.[4]

Ya en la época moderna, uno de los primeros instrumentos internacionales de contenido ambiental tuvo que ver con los sombreros adornados con múltiples plumas, moda que promovió la Reina Victoria de Inglaterra, y que puso en peligro la existencia de aves beneficiosas para la agricultura. Lo anterior tuvo como consecuencia que, en 1902, se firmara en París uno de los primeros instrumentos internacionales sobre conservación: el Acuerdo Internacional para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura. Este acuerdo estableció normas sobre conservación de fauna, prohi-

3 Valls, M, *Manual de Derecho Ambiental*, Ugerman Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001.

4 González Ballar, R., *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2001.

bición de captura de determinadas especies, así como obligaciones tendientes al cuidado de nidos y huevos. Debe tenerse en cuenta que los motivos que llevaron a la firma de dicho Convenio fueron económicos, pero a pesar de lo anterior, involucró la participación ciudadana para lograr que la protección de los intereses agrícolas se impusiera sobre el mundo de la moda, todo lo cual redundó en la protección de una especie en peligro de extinción.[5]

En años posteriores, se firmaron los primeros instrumentos internacionales bilaterales y regionales. Los temas iniciales estaban relacionados con la salud humana, la utilización de sustancias contaminantes en las guerras, las condiciones ambientales de los trabajadores, la navegación y explotación de algunos ríos, y la creación de parques y áreas de reserva de flora y fauna.

El desarrollo de esta materia ha impulsado la firma de más de 4000 acuerdos bilaterales y numerosos y variados instrumentos de alcance global. El análisis de estos documentos muestra un proceso caracterizado por permanentes cambios y evoluciones en la concepción de la relación humanidad-naturaleza.[6]

El fenómeno de la internacionalización del derecho ambiental tuvo como consecuencia directa el reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano y equilibrado por parte de las distintas Constituciones Políticas de los Estados, así como el vertiginoso desarrollo normativo infraconstitucional.

5 Aguilar Rojas, G. e Iza, A., *Derecho Ambiental en Centroamérica*, Tomo I, UICN, 2009.

6 Zeballos de Sisto, M.C., *El Derecho Ambiental internacional: Esquema de su evolución*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2000.

I. Delimitación y concepto de Derecho Ambiental

La degradación ambiental es uno de los principales problemas a los que se enfrenta la humanidad. Un modelo de desarrollo caracterizado por la explotación irracional de los recursos naturales, desequilibrio de los ecosistemas, sobrepoblación, distribución inequitativa de los recursos económicos, disparidad en las relaciones comerciales y el consumo desmedido, ha puesto en la mira de todos los países la necesidad de garantizar el mantenimiento y aseguramiento del equilibrio ecológico, la eficiencia económica y la equidad social entre las actuales y futuras generaciones.

Jordano Fraga[7] nos recuerda que el Derecho Ambiental es un símbolo de nuestra era. La preservación y promoción del ambiente y la implementación de un modelo de desarrollo sostenible es una preocupación de la sociedad de estos tiempos y, por consiguiente, de su Derecho.

Por su parte, Real Ferrer[8] expone que la sostenibilidad es, sin lugar a dudas, el paradigma de la postmodernidad. Para este autor español, desde hace tiempo somos conscientes de que el modelo de producción y consumo imperante en nuestra sociedad conduce a un colapso ambiental y el derecho ambiental no es otra cosa que la reacción frente a esa certeza. Sin embargo, no se trata únicamente de que la Humanidad sobreviva sino de construir para las futuras generaciones una sociedad mejor, más justa e inclusiva.

7 Jordano Fraga, J., El Derecho Ambiental del siglo XXI, *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 1, Perú, 2002.

8 Real Ferrer, G., El principio de no regresión a la luz del paradigma de la sostenibilidad, en *El Principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

Coincidimos con González Ballar[9] cuando afirma que el derecho ambiental es más que el derecho del ambiente. La solución de los conflictos jurídicos ambientales tiene repercusión en el modelo de desarrollo económico, social y ambiental, es decir, en el aporte que éste necesariamente tiene que lograr en relación al concepto desarrollo sostenible.

Brañes[10] define el derecho ambiental como aquel conjunto de reglas que se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas; mientras que Jaquenod de Zsögön[11] afirma que es una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes.

Para Valls,[12] el derecho ambiental es aquel que norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, preservación y mejoramiento del ambiente en la medida que hace posible la vida de todas las especies sobre la Tierra.

9 Ibídem.
10 Brañes, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
11 Jaquenod de Zsögön, S., *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dickinson, Tercera Edición, Madrid, 1991.
12 Valls, M., *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Por su parte, Prieur[13] afirma que el derecho ambiental no se trata simplemente del conjunto de normas jurídicas que delimitan el medio ambiente, sino que es la expresión de una ética o de una moral del medio ambiente que pretende reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad. Por ello, a su criterio el derecho ambiental no constituye solamente un derecho que regula actividades de forma neutra, sino que se trata de un derecho comprometido con la lucha contra la contaminación y la pérdida de biodiversidad. Para este autor francés el derecho ambiental se define, según un criterio finalista, como aquel que, debido a su contenido, contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, un derecho para el medio ambiente.

Debido a que el deterioro material del planeta es insostenible, pero también es insostenible la miseria y la exclusión social, la injusticia y la opresión, la esclavitud y la dominación cultural y económica, Real Ferrer[14] sostiene que el derecho ambiental se ha integrado en una realidad más amplia y holística, formando parte inherente e inseparable de lo que ha llegado a denominar el Derecho de la Sostenibilidad, el cual define como el conjunto de normas y principios que pretenden asegurar la construcción de una sociedad global viable. Su vocación sería materializar nuestro derecho colectivo al futuro e incluye, naturalmente, al derecho ambiental, y pretende aportar la esperanza de una sociedad futura global y mejor.

13 Prieur, M., *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

14 Ibídem.

Como corolario de lo expuesto hasta el momento, es posible afirmar que a través del derecho ambiental la sociedad trata de establecer las reglas que hagan posible la supervivencia del ser humano en el planeta, a través de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Como toda rama de las ciencias jurídicas, el derecho ambiental pretende regular todas aquellas conductas y omisiones del ser humano que puedan afectar de forma negativa el equilibrio de los ecosistemas y sus consecuencias sobre la calidad de vida.

Se trata de un derecho que por su contenido contribuye al mantenimiento de los ecosistemas y con ello al mejoramiento de la calidad ambiental. Al tratarse de un derecho finalista el núcleo central de sus normas lo constituyen aquellas cuyos objetivos sean la protección de la biodiversidad y la lucha contra la contaminación.

II. Características del Derecho Ambiental

De acuerdo con Lorenzetti[15] el derecho ambiental es descodificante. Por su parte, Morello[16] afirma que se trata de una disciplina jurídica que demanda giros copernicanos y una nueva cultura jurídica, de un nuevo derecho, comprensivo, que instalado como una problemática acuciante, de urgente solución, produce disfuncionalidades en los institutos clásicos del derecho, transformándolos, modificando su estructura, para satisfacer necesidades básicas de respuesta ineludible.

15 Lorenzetti, R. *Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial*, Buenos Aires, 1997.

16 Citado por Cafferatta, N., *El principio de prevención en el Derecho Ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, Nº 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004.

Prieur[17] resalta la especial naturaleza horizontal o transversal de esta novísima disciplina jurídica, que penetra entre todas las demás ramas clásicas del derecho. Para Ojeda Mestre,[18] el derecho ambiental obliga a pensar, desnudos de prejuicios, si se ha derruido ya la barrera entre los derechos objetivos y los derechos subjetivos, entre lo principal y lo accesorio, entre el derecho público y el privado, entre el dominio público y la propiedad particular.

Real Ferrer[19] es enfático en afirmar que lo mejor que le podría pasar al derecho ambiental es que desapareciera, cuando el derecho, todo el derecho, sea verde y haya internalizado lo ambiental, no hará falta hablar de derecho ambiental.

Pigretti[20] recalca que el derecho ambiental es un derecho tuitivo, protectorio, eticista y solidarista con fuertes componentes de justicia social. Para Martín Mateo[21] es un derecho con vocación redistributiva, que iguala desiguales, iguala al afectado, vecino, hombre del pueblo o la comunidad, con los centros de poder político y económico. Benjamin[22] hace hincapié en la importancia que tienen la existencia de vías de acceso efectiva a la justicia ambiental, en defensa del macro fin del derecho ambiental, que no es otra que la sustentabilidad.

De acuerdo con Ojeda Mestre[23] el derecho ambiental es un derecho que quiere ser preventivo, precautorio,

17 Ibídem.
18 Ibídem.
19 Ibídem.
20 Ibídem.
21 Ibídem.
22 Ibídem.
23 Ojeda Mestre, R. *Las cien caras del derecho ambiental*. Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, Nº 12-13. España, 2012.

indicativo, curativo o sancionatorio al mismo tiempo. Eso es imposible y por eso el derecho ambiental siempre tiene cara de angustia y desesperación. Para este jurista mexicano el derecho ambiental nada contra corriente y en aguas contaminadas.

Martín Mateo[24] caracterizó el derecho ambiental teniendo en cuenta su *sustratum* ecológico, especialidad singular, énfasis preventivo, componente técnico reglado, vocación redistributiva y primacía de los intereses colectivos.

González Ballar[25] califica al derecho ambiental de complejo e insuficiente. Complejo al estar referido a leyes naturales (equilibrio ecológico) muchas de las cuales son desconocidas por el hombre y por la interdependencia o interrelación entre los bienes y recursos ecológicos. Insuficiente por la ausencia o insuficiencia de instrumentos jurídicos para regular el hecho ecológico influyendo en ello factores relacionados con la concepción de la norma y la ejecución.

Por su parte, para Valls[26] el derecho ambiental se distingue por ser:

- una especialización jurídica a la que habrá que aplicar conjuntamente los principios del derecho común, en el que se encuentran muchas de sus fuentes;
- un correctivo de los errores y las deficiencias de todo el sistema jurídico común. Así al enmendarlo se injertan principios ambientales en ese sistema;

24 Ibídem.
25 Ibídem.
26 Ibídem.

- parte integrante o estrechamente relacionada con las demás ramas del derecho, a las que modifica y en las cuales suele encontrar su fuente. Por ello, las relaciones jurídico-ambientales son múltiples y variadas. Si bien hay relaciones jurídicas típicamente ambientales, como la obligación de evaluar el impacto ambiental, la mayoría de ellas se integran en las relaciones jurídicas no ambientales;
- evolutivo y dialéctico, como además lo son el ambiente y los requerimientos que lo condicionan. Tan dialéctico es este derecho que normas por las que se ha luchado caen en desuso o son abrogadas precisamente cuando logran su objetivo, lo que hace que solo sean aconsejables los trasplantes jurídicos cuando se advierta identidad en los problemas a resolver. Ello también explica la reaparición de instituciones jurídicas cuando reaparecen problemas;
- conciliador y transaccional entre los intereses de las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente. La norma jurídica ambiental impone una conciliación entre los distintos intereses ambientales; los organiza y compone para orientarlos hacia la satisfacción de los objetivos de la comunidad normadora con preferencia a los individuales o sectoriales. Solo cuando los considera incompatibles lauda entre ellos cumpliendo así la función republicana de dirimir confrontaciones de distintos intereses humanos;
- un instrumento de política ambiental orientado a conjugar el desarrollo ambiental con el económico, lo que no impide que, como parte del derecho, sea un fin en sí. Los poderes públicos reglamentan, restringen y a veces, prohíben actividades susceptibles de perjudicar al ambiente, a la vez estimulan actividades que lo benefician.

De lo anteriormente, expuesto es posible establecer las siguientes características propias del derecho ambiental:

a) Multidisciplinariedad

El Derecho es una ciencia social. Sin embargo, el derecho ambiental no puede prescindir para su determinación de las ciencias exactas. Los conocimientos que aportan estas disciplinas (la botánica, la zoología, la meteorología, la geología y tantas otras variantes y derivadas) resultan indispensables para justificar y demostrar la gravedad del problema, así como la ineludible necesidad de aplicar medidas jurídicas para combatirlo.[27]

Para Cafferatta,[28] el carácter interdisciplinario del derecho ambiental (o heterónomo), no le impide sin embargo, que exhiba objetivos o finalidades propias, técnicas o instrumentos propios, principios propios, y en síntesis, autonomía científica.

El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, es un claro ejemplo de esa relación inescindible entre derecho y ciencia.

Este principio ambiental consiste en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o dis-

27 Aguilar Rojas, G. e Iza, A., *Derecho Ambiental en Centroamérica*, Tomo I, UICN, 2009.
28 Ibídem.

posiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible. Se trata ni más ni menos de la aplicación de la regla de la razonabilidad al derecho ambiental, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciere de manera expresa. De esta forma, a través de su correcta y estricta aplicación se exige cumplir con ciertas formalidades y a la vez, utilizar todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente.

b) Preventivo

La prevención es la regla de oro y piedra angular del derecho ambiental. Frente al daño nace la obligación de reparar; mientras que frente al riesgo existe la obligación de prevenir. Es primordial tener presente que en materia ambiental, lo más razonable y beneficioso es prevenir, antes que recomponer o reparar el posible daño a las personas o al medio ambiente.

A través de la prevención se prioriza toda acción del gobierno, de la sociedad civil, de las empresas privadas, tomando todas las prevenciones posibles para no generar las causas de posteriores problemas ambientales, utilizando los mejores medios técnicos y las acciones preventivas y correctivas.

En materia ambiental debe procurarse una solución ex-ante (evitar el daño) en vez de confinar el remedio a una solución ex-post (indemnización-recomposición). Por ello, el enfoque preventivo del derecho ambiental obliga a adoptar la conformación de un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, que las actividades desarrolladas no generen daños ni perturbaciones ambientales; la diligencia del aparato estatal según la magnitud de los riesgos emergentes de las actividades; la prohibición de actividades ciertamente riesgosas; la exigencia de tecnologías limpias y la creación de sistemas que permitan a eventuales víctimas condiciones rápidas de reparación.

También conlleva la obligación de implementar la Evaluación de Impacto Ambiental, respecto a cualquier actividad, obra o proyecto propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

A nivel judicial es papel irrenunciable del operador prevenir más que curar, requiriendo de la participación activa de la judicatura, lo que en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

Para lograr el objetivo de evitar el daño, se recurre a la educación, la concienciación, la divulgación de estudios científicos en términos sencillos de manera que la comunidad y el ciudadano común esté informado.

c) Restaurador

Si bien existe la obligación de que quien contamina paga por los daños ocasionados, lo cierto del caso es que la regla va más allá, siendo que quien contamina además debe recomponer el ambiente degradado e indemnizar los derechos subjetivos e intereses legítimos vulnerados.

Debe tenerse presente que las medidas preventivas o correctivas deben tomarse directamente en la fuente generadora del daño, mediante el uso de la tecnología más adecuada, siendo la reparación ideal del medio ambiente aquella que logre volver las cosas a su estado anterior a la acción u omisión dañosa, reparación que en doctrina se denomina "*in natura*" o "*in pristinum*" directamente en el ecosistema dañado. Únicamente cuando no es posible debe acudirse a reparaciones sustitutivas y/o compensatorias.

d) Vocación universal

Ni los problemas ambientales ni los ecosistemas respetan fronteras políticas. Mientras los ecosistemas son dinámicos, las fronteras políticas son estáticas.

Los efectos de los problemas ambientales son globales, por ello se ha dicho que el derecho ambiental es capaz de derrumbar fronteras.

A raíz de lo anterior, en esta materia se debe pensar global pero actuando localmente, con la participación de la totalidad de actores, sea gobiernos, sociedad civil y empresa privada.

e) Transversal

El derecho ambiental tiene un carácter transversal; vale decir, sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan todo el ordenamiento jurídico. Por ello, su escala de valores llega a influir necesariamente a la totalidad de las ramas del derecho, a tal punto que es posible hablar de derecho constitucional ambiental, derecho internacional ambiental, derecho penal ambiental, derecho tributario ambiental, derechos reales ambientales, derecho agrario ambiental, etc.

Institutos clásicos del derecho como la propiedad, la posesión y las servidumbres han sido influenciados de tal forma por la axiología ambiental, que hoy en día se habla de la función ambiental de la propiedad, del instituto de la posesión ambiental y las servidumbres ecológicas.[29]

El desarrollo vertiginoso del derecho ambiental en los últimos años ha impregnado todo el ordenamiento jurídico con sus fuentes, principios y normas, máxime tratándose de un derecho humano reconocido expresamente por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través del artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana o Pacto de San Salvador, lo cual afecta a la totalidad del espectro jurídico, llegando a crear una nueva concepción político-filosófica de Estado, a la cual se le ha denominado el Estado social y ambiental de derecho.

29 Peña Chacón, M. *Tesis de Derecho Ambiental*, I^{era} Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008.

f) *Participativo*

El principio Nº 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo dispone que: *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"*.

Lo anterior implica la obligación estatal de promover el acceso la información, participación del público en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. Por ello, los Estados deben garantizar el acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a la información ambiental y garantizar la participación ambiental a efectos de promover inclusión social, solidaridad, erradicación de la pobreza, desigualdades, restablecer la salud y el equilibrio ambiental.

Además conlleva la eliminación de todo tipo de barreras al acceso a la justicia ambiental, así como la obligación de garantizar igualdad en las condiciones de accesibilidad y efectividad durante todas las etapas de los procesos judiciales y/o administrativos.

g) *Progresivo*

El estatus de progresividad del derecho ambiental busca la evolución sostenida de la normativa mediante medidas sucesivas y continuas cada vez más favora-

bles al ambiente. Por ello, debe evitarse a toda costa la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, así como asegurar que el nivel de protección alcanzado sea respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

h) Supraindividual

Cafferatta ha sostenido en numerosos trabajos y encuentros académicos la "*doble personalidad*", el carácter dual del derecho ambiental. Desde su visión, el derecho ambiental es mixto o híbrido por naturaleza (sus normas pueden ser de derecho público, derecho privado, e incluso normas de orden público), es portador además, en general de los llamados "*intereses difusos*" o "*derechos de incidencia colectiva*", referidos al "*bien colectivo*" ambiente o algunos de sus componentes. Se identifica muchas veces, con intereses generales.

Los derechos supraindividuales o de incidencia colectiva se categorizan en:

- Intereses difusos: entendiendo por tales los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por las mismas circunstancias de hecho.
- Intereses colectivos: entendiendo por tales los transindividuales, de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas determinadas o fácilmente determinables ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.
- Intereses individuales homogéneos: así entendidos los provenientes de origen común.

Los intereses difusos no entran en la categoría de los intereses legítimos o en los derechos subjetivos, tampoco encajan en la categoría de intereses colectivos o corporativos. No son ni enteramente públicos, ni enteramente privados, sino que se encuentran compuestos de ambas manifestaciones. Son de todos y de ninguno, pues a todos compete su defensa y tutela, sin que pueda pretenderse el monopolio procesal para ella.

Los intereses difusos pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de un grupo, clase o comunidad, sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado, y por ello pueden ser reclamados por cualquier ciudadano, organización representativa o institución pública dedicada a su defensa, en interés de la colectividad.

Se diferencian de los intereses estrictamente colectivos en que estos últimos son típicos intereses de grupos organizados, imputables por tanto a colectividades organizadas como un todo, sea mediante asociaciones, organizaciones o grupos organizados, mientras que los intereses difusos no se encuentren unificados en una colectividad organizada, sino que se encuentran diseminados en una generalidad heterogénea e indeterminada de sujetos.

Los intereses colectivos, pueden ser reclamados por las organizaciones legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de esos intereses y los propios grupos afectados, siendo que cuando exista concurrencia de grupos u organizaciones será el juzgador al que le corresponderá decidir a quién tendrá por legitimado, tomando en cuenta su representatividad.

De igual modo, los intereses difusos difieren de los intereses individuales homogéneos en que estos últimos pertenecen a una comunidad de personas perfectamente individualizadas que pueden ser indeterminadas e indeterminables por su número, tal y como lo son los derechos de los consumidores y usuarios, por tanto, pueden ser reclamados por cualquier miembro del grupo. Pero se trata de derechos subjetivos, y por tanto divisibles dentro de la comunidad al ser víctima cada uno de un daño, por ello se puede afirmar que los intereses individuales homogéneos son accidentalmente colectivos, pues son personas determinables que alegan cuestiones comunes de hecho o de derecho. Se trata entonces de derechos individuales con origen común y por ello, tienen semejanza y homogeneidad. Su divisibilidad se manifiesta en la fase de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva. Por su parte los intereses difusos y colectivos son indivisibles, pues se protege a todos y si se lesiona a una persona se lesiona a toda la comunidad.[30]

1) Derecho Humano

En virtud del carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos se hace necesario e indispensable integrar los derechos humanos y las consideraciones relativas al medio ambiente, en la medida de que la degradación del entorno puede afectar negativamente el disfrute de muy diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida y la salud.

Partimos de la existencia de un modelo constitucional de Estado democrático, social y ambiental de dere-

30 Cabrera Acevedo, L. *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros Derechos Humanos*., Editorial Porrúa. México. 2000.

cho, entendiendo éste como aquella forma de Estado que busca poner en práctica los principios de solidaridad social y económica en aras de alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible, entre ellos la conservación del patrimonio natural, el uso sostenible de los recursos naturales, y en especial, la distribución justa y equitativa de sus beneficios, tomando en consideración tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

Bajo el enfoque de Estado social y ambiental de derecho, éste se encuentra inhibido de interferir, de forma ilegítima, en el ámbito de protección de la totalidad de los derechos humanos y a la vez, se ve obligado a protegerlos y promoverlos mediante medidas de carácter positivo, también conocidas como prestacionales.

De esta forma, el Estado no solo debe asegurar un mínimo adecuado de protección de los derechos fundamentales, sino que además, tratándose de derechos ambientales, está obligado a salvaguardar un mínimo existencial socio-ambiental, el cual actúa como una especie de garantía del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En virtud de lo anterior, el Estado socio-ambiental de derecho está obligado a cumplir una serie de obligaciones procedimentales y sustantivas inherentes al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Como obligaciones procedimentales es posible mencionar: los deberes de evaluar el impacto ambiental en los derechos humanos y hacer pública la información relativa al medio ambiente; facilitar la participación en

la toma de decisiones ambientales, entre otras cosas protegiendo los derechos de expresión y de asociación; y dar acceso a reparaciones cuando se produzcan daños al medio ambiente, obligaciones que se fundamentan en los derechos civiles y políticos, pero que se han aclarado y ampliado en el contexto del medio ambiente sobre la base de todos los derechos humanos que están en peligro a causa del deterioro del medio ambiente.

En relación con las obligaciones sustantivas, los Estados deben aprobar marcos jurídicos e institucionales que protejan contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos, incluidos los daños ocasionados por actores privados. Existen además obligaciones especiales relacionadas con la protección de los miembros de grupos en situaciones vulnerables, como las mujeres, los niños y los pueblos indígenas.

No cabe duda de que el Estado social y ambiental de derecho se postula como el modelo idóneo para alcanzar el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de la biodiversidad, asegurando a la vez, la protección y tutela del resto de los derecho humanos.

III. Objeto de estudio y finalidad

De conformidad con Valls[31], el derecho ambiental tiene como objeto condicionar la conducta humana respecto del disfrute, preservación y mejoramiento del ambiente, induciendo acciones y abstenciones a favor de su protección.

31 Ibídem.

González Ballar[32] expone que es posible determinar el objeto del derecho ambiental a través de la teoría de la tridimensionalidad del derecho y la epistemología jurídica que divide el fenómeno de lo jurídico en una triple dimensión: fáctica, valorativa y normativa. La epistemología jurídica considera que el objeto de cualquier rama del derecho se desdobla en dos; el objeto material y el objeto formal. El objeto material en el derecho ambiental es la salud y el equilibrio ecológico, lo cual es hecho pero a la vez valor, el fin (salud y equilibrio ecológico) o sea del objeto material, tiene un sentido social pero a la vez técnico y científico y es evidente que es susceptible de tratamiento axiológico.

Además, tanto la salud que se ve afectada por los procesos productivos y contaminantes y también el equilibrio ecológico, entran sin duda en la categoría de derechos subjetivos, vistos individualmente, o bajo el criterio de los derechos colectivos y de derecho humano. El objeto formal del derecho ambiental son las normas y en este aspecto adquiere importancia el hecho técnico y el hecho político que ayudan al proceso de interpretación de las mismas.

Para Ojeda Mestre[33] el derecho ambiental se articula en torno a un solo objetivo: La preservación del ambiente para satisfacer nuestras necesidades presentes y las de generaciones futuras; sin embargo, tiene dos grandes finalidades simultáneas: erradicar la pobreza social y coadyuvar a la generación de riqueza económica.

32 Ibídem.
33 Ibídem.

Según Prieur,[34] actualmente el objetivo perseguido por el derecho ambiental no se basa únicamente en la salud y la seguridad, sino que se extiende de forma más amplia a la calidad de vida, teniendo en cuenta al hombre en su medio natural y las interrelaciones entre los diversos componentes del medio ambiente (aire, agua, sol, clima, biodiversidad, paisaje) y las diversas actividades humanas. Por ello, el derecho ambiental no constituye solamente un derecho que regula actividades de forma neutra, sino que se trata de un derecho comprometido con la lucha contra la contaminación y la pérdida de biodiversidad. Para este autor francés el derecho ambiental busca procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental.

Por su parte, para Real Ferrer[35] el objetivo primordial es la sostenibilidad que a la vez es meta y camino[36]. Meta, porque de lo que se trata es de conseguir una sociedad capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo, y camino, porque en la búsqueda de ese objetivo toda decisión, sea pública o privada, debería

34 Ibídem.

35 Ibídem.

36 En el primer punto del documento "El futuro de queremos" resultado de la Conferencia Río+20, se dice que "Nosotros, los Jefes de Estado y de Gobierno y los representantes de alto nivel, habiéndonos reunido en Río de Janeiro (Brasil) entre el 20 y el 22 de junio de 2012, con la plena participación de la sociedad civil, renovamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible y de la promoción de un futuro económico, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras." Viene a decir que el "desarrollo sostenible" es el medio (camino) para conseguir ese "futuro económico, social y ambientalmente sostenible" que no es otra cosa que la sostenibilidad.

tenerla presente como guía de acción, como principio inspirador inexcusable. Visto desde determinada perspectiva, la sostenibilidad no es más que la materialización del instinto de supervivencia social: o somos capaces de alcanzarla o esta sociedad no perdurará, se extinguirá, ya que esa es precisamente la consecuencia de aquello que no es sostenible.

Ahora bien, tomando en cuenta los criterios anteriormente expuestos es posible clasificar los objetivos del derecho ambiental en estratégicos e intermedios.

El objetivo estratégico del derecho ambiental es la conservación, protección y restablecimiento de la calidad ambiental e integridad de la biodiversidad, tal y como quedó plasmado en el principio 7 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, o sea la promoción de un mejor medio ambiente en beneficio de la humanidad y de los propios ecosistemas. En palabras de Prieur,[37] se trata de proteger más y contaminar menos, reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad. Por tanto, su objeto gira alrededor de la protección de los bienes jurídicos vida, salud y equilibrio ecológico.

Si bien su objetivo estratégico es garantizar el mantenimiento y aseguramiento del equilibrio ecológico, no puede dejarse de lado el fin superior de uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales, los cuales se constituyen en objetivos intermedios. De esta forma, la eficiencia económica y la equidad social entre las actuales y futuras generaciones son fines conjuntos, complementarios, inescindibles y

37 Ibídem.

primordiales del derecho ambiental en la búsqueda de garantizar la sostenibilidad.

A manera de conclusión general es posible afirmar que el derecho ambiental posee un carácter finalista en la medida que pretende tutelar bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables para el mantenimiento de la vida y de los procesos ecológicos esenciales sobre el planeta, a través de normas jurídicas que buscan "*proteger más y contaminar menos*", o sea, "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*",[38] por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Bibliografía

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

Benjamin, Antonio. Obra colectiva "*Direito Água e Vida*", Volumen 1. O Estado teatral e a implementaçao do Direito Ambiental, de los trabajos presentados en el 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, San Pablo 2 al 6 de junio de 2003.

Braga Navarro, Gabriela. 2015, *Hermenéutica filosófica e direito ambiental: concretizando a justicia ambiental*, Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo.

Brañes, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

38 Prieur, M., *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Cabanellas, G., *Diccionario Jurídico Elemental, edición actualizada, corregida y aumentada,* 2010, accesible en: http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres

Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros Derechos Humanos*, Editorial Porrúa. México. 2000.

Cafferatta, Néstor, El principio de prevención en el Derecho Ambiental, en *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004.

Cafferatta, Néstor, Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano, *Revista de Derecho Público*, 2009- II, Derecho Ambiental – II, RUBINZAL- CULZONI Editores, Noviembre de 2009.

Cafferatta, Néstor, De la efectividad del derecho ambiental, *La Ley*, ejemplar del 2 de octubre de 2007.

Capella, Vicente, *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada, Ecorama, 1994.

Crespo, Ricardo, Algunos casos de retrocesos en la legislación ambiental del Ecuador, en *El Principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

González Ballar, Rafael, *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2001.

González Ballar, Rafael, 2007, *Verdades incómodas sobre la gobernabilidad ambiental en Costa Ric*a, Editorial Jurídica Continental, San José.

Jaquenod de Zsögön, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dickinson, Tercera Edición, Madrid, 1991.

Jordano Fraga, Jesús, El Derecho Ambiental del siglo XXI, *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 1, Perú, 2002.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial*, Buenos Aires, 1997.

Martín Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Trivium, Madrid, 1992.

Ojeda Mestre, Ramón, El Derecho Ambiental del Siglo XXI. *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 9.

Ojeda Mestre, Ramón, Las cien caras del derecho ambiental, *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 9, 2003.

Peña Chacón, Mario, El camino hacia la efectividad del derecho ambiental, *Revista Iberoamericana derecho ambiental y recursos naturales*, Nº 19, marzo 2016, Buenos Aires, 2016.

Peña Chacón, Mario, Justo Equilibrio entre el derecho a un ambiente sano y el resto de los Derechos Humanos, *Revista Monfrague Resiliente*, Nº 7, volumen IV, enero 2015.

Peña Chacón, Mario, Aplicación de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental, en *Lex, Difusión y Análisis*, año XII, febrero 2014, Nº 224, México, 2014.

Peña Chacón, M., Sentencias interpretativas en materia ambiental, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* Nº 13, agosto 2014.

Peña Chacón, Mario, Retroactividad de la normativa ambiental, en *Revista Innovare* Nº 1, volumen 3, agosto 2014.

Peña Chacón, Mario, Hacia una nueva hermenéutica ambiental, en *Revista Justicia Ambiental* Nº 6, diciembre 2014, Santiago, Chile, 2014.

Peña Chacón, Mario, El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 8, mayo 2013.

Peña Chacón, Mario, Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013.

Peña Chacón, Mario., *Derechos Humanos y Medio Ambiente, en* Revista Direito Ambiental Nº 39, año 10, noviembre 2005, Sao Paulo, Brasil, 2005.

Peña Chacón, Mario, La transversalidad del derecho ambiental y su influencia en el instituto de la propiedad y otros derechos reales, *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*, año VII, junio 2003, Nº 96, Edición Especial de Octavo Aniversario, México, 2003.

Peña Chacón, Mario, La legitimación procesal en el derecho ambiental, el caso de Costa Rica, *Revista de Direito Ambiental*, año 8, enero-marzo 2003, Nº 29, Brasil, 2003.

Peña Chacón, Mario, La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental, *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*, año VII, abril 2003, Nº 94, México, 2003.

Pigretti, Eduardo, La *responsabilidad por daño ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986.

Prieur, Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Real Ferrer, Gabriel, El principio de no regresión a la luz del paradigma de la sostenibilidad, en *El Principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, UICN, 2015.

Valls, Mario Francisco, *Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Valls, Mario Francisco, *Manual de Derecho Ambiental*, Ugerman Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Zeballos de Sisto, María Cristina, *El Derecho Ambiental internacional: Esquema de su evolución*, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Zeledón Zeledón, Ricardo, *Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario, por un derecho ambiental y un derecho alimentario*, inédito, San José, 2012.

CAPÍTULO 2

EL CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL

EL CAMINO HACIA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL[39*]

"Derecho que no es efectivo no merece llamarse derecho"

El principal problema actual del derecho ambiental es su falta de efectividad, existiendo claras falencias tanto en el logro de sus objetivos y metas, como en su aplicación y cumplimiento sostenido y recurrente.

A pesar del crecimiento exponencial que la normativa ambiental ha experimentado en las últimas décadas, tanto en el ámbito interno de los países como a través del derecho internacional ambiental, el orden público ambiental no ha logrado solventar los problemas ambientales que aquejan a la humanidad, siendo que contrario a lo esperado, la crisis ambiental se ha incrementado de manera gradual y progresiva.

A todas luces el derecho ambiental ha fallado en garantizar el mantenimiento y aseguramiento del equili-

39 *Este artículo fue redactado dentro del Proyecto de Investigación denominado "*Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión*" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

brio ecológico, la eficiencia económica y la equidad social entre las actuales y futuras generaciones.

Ante tal problemática, el presente trabajo pretende exponer las principales causas generadoras de inefectividad del derecho ambiental, analizar sus efectos y consecuencias, así como explorar posibles soluciones que le permitan salir del estado actual de teatralidad y alcanzar efectividad y eficiencia plena, y con ello satisfacer el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales.

I. Eficacia, efectividad y eficiencia del derecho

Los términos eficacia, efectividad y eficiencia suelen utilizarse de manera indiferenciada e incluso como sinónimos, sin embargo después desde una perspectiva estrictamente jurídica, poseen connotaciones especiales que posibilitan su distinción, las cuales procederemos a exponer a efectos de determinar el alcance y enfoque de esta investigación.

La eficacia de las normas está vinculada estrictamente a la posibilidad de producir efectos jurídicos y por tanto, de ser aplicadas de manera plena e inmediata. Tratándose de leyes, la eficacia se da a partir de su entrada en vigor.[40] Los actos administrativos de alcance general despliegan efectos luego de su debida publicación,[41] mientras que los actos administrativos

40 El artículo 7 del Código Civil de Costa Rica, ley Nº 63 del 28 de setiembre de 1887 dispone que las leyes entran en vigor diez días después de su completa y correcta publicación en el Diario Oficial, siempre que en ellas no se dispone otra cosa.

41 Artículo 240 inciso 1) de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, ley Nº 6227 del 2 de mayo de 1978.

de alcance concreto a partir de la comunicación formal al destinatario, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso su eficacia corre desde que son adoptados.[42]

Por su parte, la efectividad normativa está vinculada al logro de la totalidad de objetivos y metas trazados por el ordenamiento jurídico, así como a su aplicación, observancia y cumplimiento de forma sostenida y recurrente.

Mientras tanto, la eficiencia implica la capacidad para lograr los objetivos y metas impuestos por la normativa promulgada empleando los mejores medios disponibles y por tanto, al menor costo económico, social y ambiental posible.

De esta forma, una norma será eficaz una vez que es promulgada y puesta en vigencia, independientemente de su grado de aplicación, del cumplimiento pleno de sus objetivos y del uso de los mejores medios existentes.

Por su parte, para poder catalogar una norma como efectiva es necesario primero verificar su eficacia en los términos antes expuestos, así como su aplicación sostenida y recurrente, y el cumplimiento pleno de sus objetivos. La norma será efectiva cuando logre cumplir a cabalidad el propósito por el cual fue creada.

Por último, la eficiencia será alcanzada únicamente cuando además de eficaz y efectiva, la norma logre cumplir sus objetivos y metas utilizando los mejores y

42 Artículo 140 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, ley Nº 6227 del 2 de mayo de 1978.

más adecuados medios disponibles, y al menor costo e impacto social, ambiental y económico.

II. Inefectividad del derecho ambiental

El jurista argentino Cafferatta[43] nos recuerda que el mayor problema contemporáneo del derecho ambiental es la falta de efectividad normativa. Se sabe que existen leyes, pero no se sabe cómo lograr que esas leyes se cumplan.

Al respecto, Ojeda Mestre[44] expone que el derecho ambiental ha sido, especialmente en países en desarrollo, un derecho que padece de *raquitismo de eficiencia*, aunque destaca que la tensión entre facticidad y validez no es exclusiva de esta rama emergente del derecho.

Lo anterior ocurre pese al mandato claro y contundente contenido en el principio 11 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo:

> *"Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo."*

Si bien la normativa ambiental se ha incrementado de forma exponencial a partir de la década de los setenta

43 Cafferatta, Nº 2007, "De la efectividad del derecho ambiental." *La Ley*, ejemplar del 2 de octubre de 2007.

44 Ojeda Mestre, R. 2003, "El Derecho Ambiental del Siglo XXI." *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 9.

del siglo anterior, lo cierto del caso es que no ha logrado solventar la crisis ambiental, la cual se acrecienta de manera gradual y progresiva, situación que para Braga Navarro[45] constituye una verdadera paradoja: *cuantas más leyes ambientales, más se agrava la crisis ambiental*.

Lo anterior es secundado por Ojeda Mestre[46] cuando expone que "*Cada día hay más juicios y más jueces ambientales, más leyes, más agencias, programas, ministerios, pero también hay nuevas agresiones al medio ambiente; pero también es verdad que las instancias internacionales de la ONU y otras, carecen de recursos suficientes*".

En esa misma línea, coincidimos con González Ballar[47] en que marcos normativos modernos, amplios y llenos de requisitos y controles administrativos, no necesariamente garantizan una gestión ambiental efectiva.

Si seguimos el ejercicio de distinción que realiza Benjamin[48] entre regulación o normativización jurídica ambiental -*regulation*-; implementación jurídica -*enforcement*; respeto, obediencia o cumplimiento legal ambiental -*compliance*-; y por último, disuasión o desestímulo al incumplimiento de la norma -*deterrence*-, es posible afirmar que el actual derecho ambiental apenas ha logrado superar la etapa regulatoria, teniendo pendien-

45 Braga Navarro, G. 2015, *Hermenéutica filosófica e direito ambiental: concretizando a justicia ambiental,* Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo.

46 Ojeda Mestre, R. 2003, "Las cien caras del derecho ambiental." *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 9,.

47 González Ballar, R. 2007, *Verdades incómodas sobre la gobernabilidad ambiental en Costa Ric*a, Editorial Jurídica Continental, San José.

48 Benjamin, A. 2003. En obra colectiva "Direito Água e Vida", Volumen 1, pág. 355, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental, de los trabajos presentados en el 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental,* San Pablo 2 al 6 de junio, Impresa Oficial.

te alcanzar las subsiguientes fases de implementación, obediencia y disuasión, para con ello logra su efectividad y eficiencia.

El derecho ambiental requiere de su implementación efectiva para dejar de ser, según Benjamin,[49] el *verdadero patito feo del fenómeno jurídico,* y con ello evitar caer en el censurable *Estado Teatral – ley simbólica*, que para este connotado jurista brasileño es aquél que, al regular la protección del medio ambiente, mantiene una situación vacua entre la ley y la implementación.

Por su parte, Prieur[50] afirma que a pesar de tratarse de un derecho finalista, el derecho ambiental se topa actualmente con actitudes de resistencia y oposición por razones económicas o políticas. Asimismo, es frecuente el incumplimiento de sus objetivos debido a una vulneración directa del derecho existente o de una pasividad de las autoridades administrativas que no ejercen correctamente su obligación de control. La ausencia de efectividad del derecho aplicable constituye para el jurista francés, por sí misma una regresión.

Ante la problemática de la implementación efectiva del derecho ambiental Jordano Fraga llega a la conclusión de que: "*el derecho que no es coercible no es derecho*", frase que podríamos complementar afirmando que: "*el derecho que no es efectivo tampoco merece llamarse derecho*".

Es claro que el derecho ambiental ha fallado en garantizar el mantenimiento y aseguramiento del equilibrio ecológico, la eficiencia económica y la equidad so-

49 Ibid.

50 Prieur, M. 2012 *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental,* Bruxelles: Editions Bruylant.

cial entre las actuales y futuras generaciones, por ello y como bien lo afirma el maestro Benjamin:[51] *"hoy más que nunca, la implementación se transforma en un elemento esencial e imprescindible de la tutela jurídica del medio ambiente"*.

III. Causas y consecuencias de la inefectividad del derecho ambiental

Al estado actual del derecho ambiental a nivel global, resulta imposible aún hablar de efectividad y mucho menos de eficiencia, de ahí la relevancia de determinar las principales causas generadoras y sus efectos con la finalidad de conocer la magnitud del problema y plantear posibles soluciones.

1. Cantidad y multiplicación de normativa ambiental

Tal y como se expuso anteriormente, en las últimas décadas el derecho ambiental ha experimentado un crecimiento significativo tanto nivel del derecho interno de los Estados como a través del derecho internacional por medio de declaraciones de *soft law*[52] así como de tratados bilaterales, regionales y globales vinculantes.

51 Ibid.

52 *"Forman parte del soft law o derecho blando todas aquellas resoluciones y declaraciones de principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales. 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"*. Peña Chacón, M. 2014, "Hacia una nueva hermenéutica ambiental", *Revista Justicia Ambiental*, Nº 6, Chile.

A pesar de lo anterior, los problemas ambientales se han incrementado en cantidad y gravedad, lo que demuestra que el derecho ambiental y la multiplicación de sus normas no han logrado resolver los problemas ambientales.

Ello encuentra justificación si tomamos en cuenta los siguientes factores que coadyuvan a la inefectividad del derecho ambiental:

- Modificación constante y acelerada de normas ambientales no acompañadas de procesos derogatorios claros ni completos.
- Copia de normas y estándares de otros países que no responden a la realidad ambiental, social ni económica del país que los adopta.
- Aprobación de normas sin planes de aplicación y cumplimiento que garanticen la existencia de capacidad técnica, institucional y presupuestaria para su efectiva implementación.
- Ratificación de tratados internacionales ambientales sin adaptación de la normativa interna a los nuevos requerimientos y obligaciones contraídas a través de su suscripción.
- Distanciamiento entre las normas promulgadas y las políticas ambientales adoptadas a nivel global, regional y local.
- Constantes antinomias entre legislación que regula el libre comercio y la inversión en relación a la normativa ambiental.

Lo anterior ha tenido como consecuencia la proliferación y multiplicación de legislación ambiental que califica como dispersa, fragmentada y contradictoria,

ante la ausencia de un verdadero, coherente y sistémico orden público ambiental,[53] lo cual favorece el desconocimiento e ignorancia del derecho, su inobservancia, confusión y errónea aplicación del derecho de fondo, generando con ello inseguridad jurídica entre aplicadores y destinatarios de las normas.

2. *Promulgación de políticas, normas y jurisprudencia regresivas*

A través de procesos de desregulación y simplificación de trámites, con la finalidad de favorecer el *clima de negocios y la competitividad*, en los últimos años se han venido promulgando políticas y normativas que califican como regresivas a la luz del principio de no regresión ambiental o de prohibición de retroceso.

En trabajos académicos anteriores[54] hemos expuesto que una norma califica como regresiva cuando su grado de efectividad resulte ser inferior en comparación al alcanzado con anterioridad, en la medida que derogue,

53 "*En su conjunto, las fuentes formales y materiales, conforman el orden público ambiental constituido por normas escritas tales como: Constitución Política, convenios, tratados y declaraciones internacionales (soft law y hard law), leyes, decretos, reglamentos, estatutos, circulares, directrices; y por no escritas: costumbre, usos, jurisprudencia y principios generales del derecho. Por medio del orden público ambiental el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho*". Peña Chacón, M. 2014, "Aplicación de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental." *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales,* Nº 11, Argentina.

54 Peña Chacón, M, 2013, "Test de Regresividad Ambiental", *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA*), Nº 6, Brasil.

limite, restrinja, reduzca, relaje o flexibilice el nivel de protección ambiental previamente adquirido, siempre y cuando no cuente con justificación ni respaldo técnico-científico que permita determinar, en grado de certeza, la no afectación del bien jurídico objeto de tutela. De esta forma, la nueva norma no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente, desde el punto de vista de su alcance, amplitud y especialmente, de su efectividad.

También califica como regresión la omisión, por parte de los poderes estatales, de ejercer su potestad normativa, especialmente la reglamentación de leyes ambientales, o bien, cuando esta potestad se ejerce de manera parcial, incompleta o errónea desde un punto de vista científico, técnico y jurídico, tornando al derecho inaplicable.

A la vez, la inefectividad a raíz del incumplimiento e inobservancia sistemática en la aplicación de la legislación ambiental constituye una violación al principio de prohibición de retroceso.

Las políticas de mejora regulatoria y simplificación de trámites administrativos tienen como norte el establecimiento de nuevas regulaciones claras y sencillas; eliminar duplicidades, contradicciones y discrecionalidad; prescindir de requisitos innecesarios; establecer plazos de resolución definidos, en fin disminuir, mejorar y simplificar los trámites ante entidades gubernamentales.

La mejora regulatoria busca que el ciudadano cuente con reglas claras y reciba de la administración públi-

ca servicios más ágiles, que el empresario asigne sus recursos a producir y no a la tramitología, y que por ende, el Estado aumente su productividad, utilice de forma más eficiente sus recursos y minimice la corrupción.

A pesar de las bondades antes expuestas, las ideas desreguladoras, mal entendidas y aplicadas, traen consigo efectos negativos 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.[55]

Por medio de procesos de desregulación y simplificación de trámites, y en muchos casos por razones eminentemente políticas y económicas, tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas, grupos de presión logran 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.[56]

55 "*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, 2002, J. "Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental,* Nº 9, Universidad de Sevilla.

56 Peña Chacón, M. 2013, "Desregulación versus Legislación Ambiental", artículo de opinión publicado en el diario *La Nación* del 15 de junio de 2013, accesible a través del siguiente enlace: http://www.nacion.com/archivo/Desregulacion-versus-legislacion-ambiental_0_1347865324.html

De esta forma, escudándose en la simplificación del derecho, los Estados han aprovechado para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la tutela efectiva del medio ambiente.[57]

3. *Promulgación de normas sin participación pública en su elaboración*

Para Ojeda Mestre[58] no hay más de dos clases de derecho ambiental: *"El derecho ambiental democrático y participativo y el antidemocrático y excluyente, siendo imposible concebir o entender esta rama jurídica sin invocar a la presión y participación social"*.

La ausencia de participación pública durante la elaboración de normas ambientales, incluso desde sus etapas previas, trae como consecuencia su desconocimiento generalizado, especialmente por parte de los destinatarios de la normativa, así como falta de apropiación e internalización, desconfianza, e ineludiblemente su inobservancia e incumplimiento.

4. *Promulgación de normas sin considerar grupos vulnerables, enfoque de equidad social, identidad cultural de los pueblos autóctonos, ni el cambio climático*

Al igual que como se expuso en el punto anterior, normas ambientales que no integren desde su concepción la participación efectiva de grupos vulnerables ta-

57 Prieur, M. 1987, "La déréglementation en matière d'environnement", *Revue juridique de l'environnement*, Nº 3.

58 Ojeda Mestre, R, *Op.cit.*

les como niños, jóvenes, personas con discapacidad, en situaciones de vulnerabilidad, pobreza, analfabetismo, pueblos indígenas y tribales, mujeres y ancianos; que no contemplen factores como la equidad social, la pluriculturalidad y pluridiversidad; y que no tomen en consideración el enfoque integral de mitigación y adaptación al cambio climático, están condenadas al fracaso, en virtud a la falta de apropiación e internalización por parte de sus destinatarios, lo que conlleva a su inobservancia e incumplimiento generalizado.

5. *Ausencia o poco desarrollo de normativa procesal ambiental, procedimientos especiales ambientales ni jurisdicciones ambientales especializadas*

La inexistencia o poco desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial de un derecho procesal ambiental integral que contemple procedimientos administrativos y jurisdiccionales específicos para la problemática ambiental, ha traído como consecuencia que este tipo de conflictos sean de conocimiento de jurisdicciones y procesos no adaptados a la realidad ambiental, en la mayoría de los casos procesos lentos, inadecuados, pasivos, formales, rígidos y legalistas, generando incerteza y inseguridad entre los distintos sujetos procesales, así como problemas en la aplicación efectiva de las normas sustantivas, lo cual hace imposible alcanzar el fin de una justicia ambiental pronta y cumplida.

A lo anterior debe sumársele el hecho de que los procesos ambientales en muchos casos son conocidos por jueces no especialistas en la materia, así como por operadores jurídicos tales como fiscales, procuradores, de-

fensores públicos y abogados litigantes sin conocimientos ni capacitación especializada en la materia, todo lo cual trae como consecuencia la errónea aplicación del derecho de fondo, impunidad e injusticia ambiental.

6. *Escaso desarrollo de mecanismos de solución alternativa de conflictos ambientales*

Los mecanismos de solución alternativa de conflictos ambientales, entre ellos la conciliación, transacción y el arbitraje, se constituyen en instrumentos de paz social y de satisfacción del interés público ambiental.

Su ausencia o insuficiente implementación, tanto a nivel judicial como extrajudicial, provoca ineludiblemente la judicialización de los conflictos ambientales y con ello el aumento en la litigiosidad e injusticia ambiental, lo anterior tomando en cuenta los aspectos desarrollados en el acápite anterior en cuanto al escaso o poco desarrollo de normas procesales, procedimientos y jurisdicciones especializadas en materia ambiental, que permitan el cumplimiento sostenido y recurrente, y la aplicación efectiva de la normativa ambiental sustantiva.

7. *Sistemas de responsabilidad por daño ambiental inexistentes o incompletos*

Partiendo del hecho de que la responsabilidad por daño ambiental es a la vez preventiva, precautoria, reparatoria, compensatoria e indemnizatoria, y que los sistemas de responsabilidad deben estar basados en criterios de responsabilidad objetiva, solidaria, inversión de la carga de la prueba, obligación de recomposición

del ambiente, todo bajo un enfoque de una responsabilidad integral, su ausencia o incompleta implementación a través de normas específicas y diferenciadas trae como consecuencia impunidad, socialización de los daños ambientales e injusticia ambiental.

Lo anterior se ve agravado por el hecho de que en muchos sistemas normativos aún no es posible que una misma conducta o un mismo hecho pueda generar responsabilidad civil, penal y administrativa de forma concomitante y no excluyente; por la existencia de sanciones débiles y por la ausencia de reglas claras y específicas sobre recomposición, indemnización y valoración económica del daño ambiental.

No en pocas ocasiones las sentencias condenatorias por daño ambiental, independientemente de la vía procesal en que sean dictadas, son omisas en fijar claramente las responsabilidades del caso ni ordenan la inmediata recomposición del ambiente degradado, tampoco definen los parámetros a seguir para su efectiva reparación, ni cuantifican ni fijan la indemnización por el daño ambiental, no indican expresamente la finalidad ambiental que debe atenderse, ni el órgano o entidad pública responsable de darle el destino señalado. El control y fiscalización de las sentencias condenatorias por daño ambiental es escaso o nulo, así como los mecanismos procesales para su ejecución.

Especial mención merecen las medidas alternativas a la pena de prisión en boga en los Códigos Procesales Penales de la región latinoamericana, tales como la conciliación, criterio de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, beneficio de ejecución condicional de

la pena, reparación integral del daño, entre otras. Tales medidas, en virtud de su errónea interpretación y aplicación, se han llegado a convertir en incentivos perversos para la destrucción de los bienes ambientales, debido a que los condenados beneficiados con las medidas alternativas en delitos ambientales, no se ven obligados a cumplir la pena de prisión impuesta, ni tampoco a reparar integralmente el daño social y ambiental ocasionado con sus conductas, siendo un fiel reflejo de la inefectividad del derecho penal para resolver los problemas ambientales.

8. Ausencia de criterios específicos de interpretación y aplicación de la normativa ambiental

Ante la ausencia de criterios especiales de interpretación de las normas ambientales se ha echado mano de las reglas hermenéuticas tradicionales propias de otras ramas del derecho como el civil y comercial, que poseen un enfoque eminentemente antropocéntrico, individualista y economicista, y que a todas luces, no se adaptan a la materia ambiental contribuyendo a su inefectividad.

La aplicación de criterios interpretativos no aptos para el derecho ambiental ha traído como consecuencia la inobservancia sistemática de los principios generales del derecho ambiental y su rol interpretador, integrador y delimitador del orden público ambiental, y con ello la errónea aplicación del derecho sustantivo y procesal, la desaplicación singular de normas ambientales por razones políticas, económicas y sociales, generando confusión e incoherencia en su aplicación,

desconfianza entre sus aplicadores y destinatarios e inseguridad jurídica.

9. Débil implementación de los Derechos de Acceso

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo dispone que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Del principio 10 de Río derivan los denominados derechos de: acceso a la información ambiental, participación efectiva en la toma de decisiones ambientales y a mecanismos efectivos de justicia ambiental.

La ausencia, o bien la débil implementación de los derechos de acceso, trae como resultado desconocimiento generalizado del marco jurídico, especialmente por parte de los destinatarios de la normativa, así como falta de apropiación e internalización, desconfianza, inobservancia, incumplimiento e injusticia ambiental.

10. Débil institucionalidad ambiental

La institucionalidad ambiental se ha caracterizado por los serios problemas de vacíos y traslapes de competencias; por el bajo nivel de coordinación inter e intra institucional; falta de capacidad administrativa; bajos presupuestos y ausencia de inversión; fiscalización escasa, nula, irregular, anormal, incluyendo aquella dirigida a actividades peligrosas; por su gestión basada casi exclusivamente en mecanismos de comando y control, y por la ausencia o insuficiencia de instrumentos económicos y voluntarios de gestión ambiental.

Una débil institucionalidad es incapaz de resolver la creciente problemática ambiental generando incoherencias en la aplicación del marco jurídico, pérdida de confianza por parte de los administrados e inseguridad jurídica.

III. Posible soluciones

Alcanzar la efectividad y eficiencia del derecho ambiental requerirá a mediano y largo plazo de la implementación de un marco jurídico ambiental coherente, articulado y sistémico como un paso fundamental para consolidar el Estado Ambiental de Derecho.[59] Ello sería posible a través de procesos normativos cuya finalidad sea lograr la coordinación, sistematización, limpieza de aporías, antinomias y la racionalización del orden público ambiental. En palabras del profesor Jordano Fra-

59 *"Forma de Estado que se propone aplicar los principios de solidaridad económica y social para alcanzar el desarrollo sustentable, orientado a buscar la igualdad sustancial entre los ciudadanos, mediante el control jurídico del uso racional del patrimonio natural"*. Capella, V. 1994, *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada, Ecorama.

ga:[60] "*Si el siglo XIX fue el de la codificación civil iniciada por el Código de Napoleón, el siglo XXI va a ser el siglo de la Codificación Ambiental*".

La promulgación de nuevas normas ambientales y los procesos de codificación, deben incluir la modificación y adaptación de la normativa interna respecto al derecho internacional ambiental, así como la armonización del marco jurídico regulatorio respecto a las políticas ambientales vigentes. La voluntad política del Estado y el apoyo de la sociedad civil son claves para lograr su efectividad y eficiencia.

El respaldo serio y decidido del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente a los procesos de elaboración y negociación de instrumentos internacionales ambientales se constituye en un pilar fundamental que podría llegar a corregir las distorsiones generadas por los procesos de libre comercio sobre el medio ambiente.

A corto plazo, la hermenéutica ambiental se debe posicionar como una herramienta fundamental, esencial e imprescindible para alcanzar la coherencia del orden público ambiental, así como en el punto de apoyo que permitiría arrancar al derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad.[61]

El carácter finalista y evolutivo del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la

60 Jordano Fraga, J. 2013, "El futuro del derecho ambiental. Medio Ambiente & Derecho", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 24.

61 Peña Chacón, M. 2014, "Hacia una nueva hermenéutica ambiental", *Revista Justicia Ambiental*, Nº 6, Chile.

consolidación de sus principios generales obligan un nuevo tratamiento interpretativo para el derecho ambiental sustantivo y procesal. A raíz de lo anterior, el enfoque hermenéutico debe dar el paso del antropocentrismo, individualismo y economicismo, hacia una nueva ética ambiental más cercana al ecocentrismo, de solidaridad intergeneracional y cooperación.[62]

Debe dársele prioridad a la función de interpretación, integración y delimitación de los principios generales del derecho ambiental: preventivo, precautorio, progresividad, no regresión, contaminador pagador y reparación integral; así como reconocer y aplicar los criterios propios de interpretación del derecho ambiental, entre ellos: indubio pro natura, interés público ambiental y la regla de aplicación de la norma más favorable para el ambiente.

Aplicando los criterios propios de interpretación del derecho ambiental el operador jurídico podrá flexibilizar las normas que en su aplicación, no sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo, teniendo como límite el respeto a la regla constitucional del debido proceso y derecho de defensa. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante el reto de escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con las obligaciones y fines que impone el orden público ambiental.

62 Braga, G, *Op.cit.*// Le apostamos a una postura ecléctica entre un antropocentrismo clásico de matriz filosófica cartesiana y un ecocentrismo puro, a través de la tesis denominada *antropocentrismo alargado, antropocentrismo extendido o antropocentrismo jurídico ecológico,* ampliamente desarrollada por la doctrina brasileña, entre otros por los connotados juristas Morato Leite y Ayala Araujo, quienes reconocen el valor intrínseco inherente tanto del ser humano como de otras formas de vida no humanas, incluyendo a la naturaleza.

La promulgación de nuevas normas y estándares ambientales debe ajustarse a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como hacerse acompañar de planes de aplicación y cumplimiento que aseguren la existencia de capacidad técnica, institucional y presupuesto suficiente para su efectiva aplicación. De igual forma, los procesos normativos deben contemplar la creación de instancias de coordinación inter e intra institucionales de la gestión ambiental que a la vez incorporen la participación pública como medio para garantizar su aplicación efectiva.

Debe tenerse claro que normas creadas y aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros, en particular aquellos en vías de desarrollo.

Ante procesos de desregulación y simplificación de trámites con efectos en 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, la solución debe ser el reconocimiento expreso de los principios de progresividad y prohibición de regresividad como principios generales del derecho ambiental, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, así como la creación e implementación de mecanismos efectivos de acceso a la justicia que permitan impugnar de inconstitucionalidad, inconvencionalidad o ilegalidad la normativa que califique como regresiva. La eliminación de excesos en los trámites administrativos no podría generar bajo ningún supuesto la desprotección del ambiente, por tratarse de un interés jurídico

superior. Siguiendo a Prieur:[63] "*el derecho ambiental será efectivo solamente cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que antes*".

Siendo que los procesos normativos que incorporan desde su inicio una amplia participación pública y que además involucran a las autoridades locales y/o nacionales, repercuten positivamente en la calidad de la normativa impulsada así como en su fiscalización y cumplimiento, se hace imperativo la implementación de mecanismos de participación en la elaboración de normas ambientales tales como iniciativa popular, consulta pública, referéndum, entre otros.

De igual forma, los procesos de creación, implementación y aplicación de normas ambientales deben incluir la participación y garantizar la igualdad; no discriminación e inclusión de grupos vulnerables, entre ellos niños, jóvenes, personas con discapacidad, en situaciones de vulnerabilidad, pobreza, analfabetismo, pueblos indígenas y tribales, mujeres, ancianos; reconocer la pluriculturalidad y pluridiversidad e integrar el enfoque de cambio climático.

El derecho ambiental sustantivo necesita verse reforzado por normativa procesal que permitan su correcta, estricta y efectiva aplicación dentro de los procesos donde se discuten controversias de carácter ambiental. El derecho procesal ambiental, como parte integrante el derecho procesal social, busca otorgar el máximo de garantías procesales a individuos y grupos especialmente vulnerables, para la defensa de sus derechos subje-

63 Prieur, M. 1987, "La déréglementation en matière d'environnement", *Revue juridique de l'environnement*, Nº 3.

tivos, intereses legítimos y en especial, de los derechos de incidencia colectiva o supraindividuales.

Por lo anterior, los procesos donde se discuten controversias ambientales deben ser céleres, expeditos, informales, de tramitación preferente y tutela expedita; deben regirse por las reglas de la oralidad: inmediatez, concentración, publicidad, itinerancia, gratuidad. Las decisiones judiciales y administrativas deben estar basadas en criterios de justicia, equidad y búsqueda de la verdad real. El juez ambiental debe ser especialista en la materia, proactivo y con amplios poderes. Los procesos ambientales deben asegurar la prevención de los daños, cesación de perjuicios, recomposición ambiental y la indemnización de derechos subjetivos. En materia de acceso a la justicia, lo ideal es que el esquema de legitimación procesal sea expandido a tal punto, que cualquier sujeto, en defensa del interés público ambiental, pueda plantear las acciones necesarias para alcanzar tal fin. Deben contemplarse mecanismos de resolución alternativa de conflictos ambientales incluyendo la posibilidad de la Administración Pública de alcanzar acuerdos. Las medidas cautelares deben ser amplias y posibles de implementar antes y durante la tramitación del proceso e incluso durante la etapa de ejecución de sentencia. La prueba debe ser analizada a la luz de la sana crítica racional y del criterio de interpretación indubio pro natura. Las audiencias deben ser en el sitio de afectación ambiental. Las sentencias deben ordenar la recomposición del ambiente e indemnización de derechos subjetivos y contemplar mecanismos efectivos de control y fiscalización. La implementación de seguros y fondos ambientales coadyuvarían a la recomposición de los ecosistemas degradados. En virtud al

deber de transparencia y rendición de cuentas deben existir registros de procesos ambientales de acceso público donde se inscriban los asuntos tramitados, el estado del proceso, los fallos emitidos y su cumplimiento, las condenas que recaigan sobre los demandados y el cumplimiento de las mismas.[64]

Los sistemas de responsabilidad por daño ambiental deben ser a la vez preventivos, precautorios, reparatorios, compensatorios e indemnizatorios, y estar basados en las reglas de la responsabilidad objetiva, solidaria, inversión de la carga de la prueba, obligación de recomposición del ambiente, y la imprescriptibilidad del daño ambiental de carácter colectivo, todo bajo un enfoque de responsabilidad integral tanto de los daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Se hace necesario empezar a cuestionarse la aplicación de sanciones pecuniarias con fines disuasivos y ejemplares, para daños ambientales graves y groseros, como complemento adecuado y accesorio a los principios contaminador – pagador y de reparación integral del ambiente.[65]

Tratándose de responsabilidad administrativa y penal es fundamental la expansión del delito ambiental y las sanciones administrativas con una función real y no meramente simbólica, así como extender la responsabilidad penal a la persona jurídica. Sin embargo, el arma ideal con la que cuenta el derecho ambiental para

64 Sobre derecho procesal ambiental se recomienda al lector el artículo del autor denominado "*Hacia un proceso ambiental eficaz, Propuesta de norma modelo para Costa Rica*", publicado en la *Revista de Derecho Ambiental,* Nº 42, mayo-junio 2015.

65 Peña Chacón, M. 2012, "Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental". *Revista Direito Ambiental RDA,* año 17, Nº 68, octubre-diciembre, Brasil.

alcanzar su efectividad sigue siendo la prevención de las infracciones, lo cual se podría lograr mejorando la información y la participación ciudadana.

El rol del derecho penal en la protección del ambiente debe fortalecerse a través de la imposición de la obligación de recomposición ambiental, tanto a los sujetos condenados por delitos ambientales como a aquellos a quienes se les otorga una medida alternativa a la pena de prisión. Debe tenerse presente que la restauración ambiental, en la medida de lo posible al estado anterior al daño, es una obligación de carácter constitucional, independientemente de la vía procesal o jurisdicción competente.

Es primordial garantizar el acceso fácil, rápido, efectivo, y práctico a la información ambiental; garantizar la participación ambiental a efectos de promover la inclusión social, la solidaridad, erradicación de la pobreza y desigualdades, restablecer la salud y el equilibrio ambiental y eliminar de barreras el acceso a la justicia ambiental; mejorar los sistemas de denuncia y de inspecciones, así como establecer criterios marco para la actuación de fiscales y otros operadores jurídicos en infracciones administrativas y penales; garantizar la igualdad en las condiciones de accesibilidad y efectividad durante todas las etapas del proceso judicial y/o administrativo; así como promover la sensibilización y educación ambiental.

La implementación efectiva de los derechos de acceso se constituye en un requisito *sine qua non* para alcanzar la efectividad del derecho ambiental. Un gran paso a nivel regional podría darse mediante la adop-

ción de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de Río, auspiciada por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

Ante una débil institucionalidad ambiental la propuesta es su fortalecimiento mediante el reforzamiento de los medios de inspección y policía, la creación de mecanismos de coordinación inter e intra institucional, la modificación del marco normativo con el fin de aclarar las competencias ambientales, y el aumento racional y proporcionado de los presupuestos institucionales de acuerdo a las competencias otorgadas.

La gestión ambiental podría mejorar si se le otorga énfasis a la prevención, participación y educación ambiental; la promoción de esquemas sostenibles a través de incentivos fiscales y no fiscales a sistemas de producción y consumo amigables con el ambiente, así como el establecimiento e implementación de mecanismos que estimulen positivamente a los sujetos obligados a su cumplimiento. El desarrollo de instrumentos económicos de regulación permite desincentivar conductas de producción y consumo no sostenibles, pudiendo constituirse en una fuente alternativa de recursos para el tema ambiental. No deben descuidarse los mecanismos de comando y control, pero deben complementarse con los instrumentos de mercado y los voluntarios. Por último, se hace imperativo el desarrollo de la contabilidad ambiental, así como la implementación de indicadores que permitan medir el nivel de efectividad de las normas ambientales.

Ciertamente el camino hacia la efectividad del derecho es largo, empedrado y sinuoso, Ojeda Mestre nos

recuerda que el "*derecho ambiental nada contra corriente y en aguas contaminadas*", a lo cual le sumamos el hecho de que lo hace entre tiburones. Sin embargo, no hay vuelta atrás, ya que como expone Montoro Chiner: "*El presente siglo será del Estado Ambiental de Derecho, o no será siglo*".

Bibliografía

Benjamin, Antonio. Obra colectiva "Direito Água e Vida", Volumen 1. O Estado teatral e a implementaçao do Direito Ambiental, de los trabajos presentados en el 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, San Pablo 2 al 6 de junio de 2003.

Braga Navarro, Gabriela, *Hermenéutica filosófica e direito ambiental: concretizando a justicia ambiental*, Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo São Paulo, 2015.

Cafferatta, Néstor, "De la efectividad del derecho ambiental", *La Ley*, ejemplar del 2 de octubre, 2007.

Capella, Vicente, *Ecología: de las razones a los derechos.* Granada, Ecorama, 1994.

González Ballar, Rafael, *Verdades incómodas sobre la gobernabilidad ambiental en Costa Rica*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

Jordano Fraga, Jesús. 2013, "El futuro del derecho ambiental", *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental,* Universidad de Sevilla, Nº 24.

Jordano Fraga, Jesús. "Derecho Ambiental Siglo XXI", *Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 9, Universidad de Sevilla, 2002.

Morato Leite, José Rubens y Ayala Araujo, Patryck. *Dano ambiental: do individual ao colectivo extrapatrimonial.* 3 Edición. Sao Paulo, 2010.

Peña Chacón, Mario, "Hacia una nueva hermenéutica ambiental", *Revista Justicia Ambiental*, Nº 6, Chile, 2014.

Peña Chacón, Mario. "Aplicación de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 11, Argentina, 2014.

Peña Chacón, Mario, "Test de Regresividad Ambiental", *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, Nº 6, Brasil, 2013

Prieur, Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Prieur, Michel, "La déréglementation en matière d'environnement", *Revue juridique de l'environnement*, Nº 3, 1987.

Ojeda Mestre, Ramón, "El Derecho Ambiental del Siglo XXI", *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental,* Universidad de Sevilla, Nº 9, 2003.

Ojeda Mestre, Ramón, "Las cien caras del derecho ambiental", *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, Nº 9, 2003.

CAPÍTULO 3

HACIA UNA NUEVA HERMENÉUTICA AMBIENTAL

HACIA UNA NUEVA HERMENÉUTICA AMBIENTAL[66*]

"La interpretación debe ser un instrumento por medio del cual se logre el equilibrio de los tres factores que integran la fórmula del desarrollo sostenible (lo económico, lo ecológico y lo social) y donde la apreciación de los valores en su relación con la realidad permitan que las normas jurídicas cumplan su finalidad esencial"

Rafael González Ballar

El mayor problema actual del derecho ambiental es su falta de eficacia, existiendo claras falencias en su aplicación y cumplimiento, a tal punto que en palabras de Ojeda Mestre, se trata de un derecho que padece de raquitismo de eficiencia. Ante esta realidad el operador jurídico deberá flexibilizar las normas que en su aplicación, no sirvan para dar respuesta rápida, real, y efectiva a las diversas situaciones que se presentan frente a los desafíos ambientales de nuestro tiempo. Por ello, el aplicador del derecho se encuentra ante a un reto de inteligencia, creatividad y decisión para escoger y adoptar la vía más adecuada para cumplir con

66 *Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

las obligaciones y fines que impone el nuevo orden público ambiental. La hermenéutica debe ser el punto de apoyo que permita arrancar al derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad, posicionándose en un instrumento esencial e imprescindible de la tutela jurídica del medio ambiente.

I. Hermenéutica jurídica

Tal y como lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia constitucional costarricense,[67] la interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo.

Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos que tienen una área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar

67 Al respecto puede consultarse entre otros el voto de la Sala Constitucional Nº 2003-3481 del 02 de mayo de 2003.

serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación.

En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental –método teleológico-. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica –método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico –método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo-.

Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los métodos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.

De esta forma, al interpretar una norma, el aplicador deberá considerar su espíritu y finalidad y para ello, deberá tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas, en otras palabras, el operador debe apuntar hacia una interpretación finalista y evolutiva de las normas jurídicas.

II. El rol de los principios generales del derecho en la hermenéutica jurídica

El Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanelas edición 2003[68] al definir "*Principios Generales del derecho*" expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (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 Zsögön se entiende por *Principio* (del latín *principium*), aquella "*norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales*", y por *Rector* (del latín *rector*), lo que '*rige o gobierna*', por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partien-

68 Disponible en: http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw

do 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.[69]

Cafferatta[70] 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*".[71] *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*".[72]

Lorenzetti menciona 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:

69 Jaquenod De Zsögön, S, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

70 Cafferatta, N, "Los Principios del Derecho Ambiental", *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

71 Vigo, R,, "Los principios generales del Derecho", *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1986.

72 Cañiza H, y Merlo, R, *Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya*, Marben Editora, 2005.

pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas".[73] Por su parte Vigo expone que en materia de principios "*el Juez los utiliza para resolver cuestiones difíciles, el legislador para proyectar normas legales, el jurista para pensar y el operador del derecho, para actuar*."[74]

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.[75]

III. ¿Por qué una nueva hermenéutica ambiental?

Como bien lo afirma González Ballar, la interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos,

73 Lorenzetti R, L., *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995.

74 Citado por Saux E, *Los principios generales del derecho civil*, LL, 1992-D-839.

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

el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir - de la Pacha Mama -. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper - ampliar - los criterios clásicos de la interpretación jurídica.[76]

Su carácter finalista, la condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión y precautorio, obligan un nuevo enfoque hermenéutico finalista y evolutivo para el derecho ambiental.

- **Carácter finalista del derecho ambiental**

El derecho ambiental posee un carácter finalista. Dentro de sus objetivos se encuentra la tutela de bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables como lo son la vida, la salud y el equilibrio ecológico, a través de normas jurídicas que buscan "*proteger más y contaminar menos*", o sea, "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*",[77] por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Con el fin de lograr las metas que se propone el derecho ambiental, se han promulgado una serie de regulaciones jurídicas que conforman lo que actualmente es posible denominar *orden público ambiental*, conformado por normas de rango constitucional, convenios, trata-

76 González Ballar, R, "Reflexiones para la interpretación de la no regresión" en *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano,* PNUD, 2013.

77 Prieur, M, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

dos y declaraciones internacionales (soft y hard law), leyes, reglamentos, decretos, circulares y directrices, así como también, por normas no escritas como la costumbre, los principios generales del derecho ambiental y la jurisprudencia.

Para Cafferatta la tesitura del orden público ambiental consiste en "*la preservación del equilibrio ecológico, el deber de la autoridad administrativa de preservarlos y también de los integrantes del Ministerio Público de velar por él, aun respecto de actos de la autoridad sea administrativa o judicial*".[78]

El conjunto de derechos ambientales que integran el orden público ambiental según Bibiloni,[79] se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables, "*porque revisten condición de derechos de incidencia y goce colectivo, que además compromete intensamente el "interés público" y los derechos de terceros. Y porque estos caracteres también se infieren del principio de equidad intergeneracional que surge de la Constitución Nacional y de la legislación ambiental específica, en cuanto garantías que consagra a favor de las generaciones futuras"*

Por medio del *orden público ambiental* el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con

78 Cafferatta, N, "Orden Público y Paradigma ambiental", en Derecho Ambiental El Derecho, serie especial, ejemplar del 06/02/2007.

79 Bibiloni, H, "El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos", *Lexis Nexis*, diciembre 2005.

un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras, como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho.[80]

- **Derechos ambientales como derechos humanos**

El marco normativo de los derechos humanos ambientales previsto en la Constitución Política se encuentra integrado además, entre otros instrumentos internacionales, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible y la Declaración Río+20 del 2012.

80 *"El artículo 50 citado, también perfila el Estado Social de Derecho, por lo que podemos concluir que la Constitución Política enfatiza que la protección del ambiente es un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la calidad de vida de todos, lo que hace necesaria la intervención de los Poderes Públicos sobre los factores que pueden alterar su equilibrio y obstaculizar que la persona se desarrolle y desenvuelva en un ambiente sano. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera razón de ser, en que por definición, los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos, sino que tienen asimismo trascendencia en la propia estructura del Estado, en su papel de garante de los mismos y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad"* SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 2007-17552 del 30 de noviembre del 2007, considerando III.

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia Nº 1994-2485, la Sala 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.[81]

En la sentencia Nº 1995-2313,[82] el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al derecho internacional, y dentro de éste, al derecho ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre derecho humano y derecho fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los derechos humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.[83]

81 Jiménez Meza M, "Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental", *Seminario sobre Daño Ambiental*, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

82 *"... 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"*.

83 Jiménez Meza, M, "Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental", en *Seminario sobre Daño Ambiental*, Memoria, Procuraduría General de

Además, el fallo constitucional Nº 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.[84] Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales Nº 1992-3435 y Nº 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.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recocido en instrumentos internacionales, se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, entre ellas la doctrina de "*cláusula de interpretación conforme*".

Según explica Ferrer Mac-Gregor, la cláusula de interpretación conforme contiene un "*principio de armo-*

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 Nº 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y Nº 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

84 *"De las sentencias Nº 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y Nº 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, R, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

nización" entre la Constitución Política y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita "*armonizar*" la "*norma nacional y la internacional*". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. De ahí que esta cláusula cumple con una función hermenéutica de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca "*a las personas la protección más amplia*" como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece.[85]

Ferrer Mac-Gregor citando a Bidart Campos manifiesta que la cláusula de interpretación conforme se constituye en una "*interpretación conciliadora*" en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación "*de*" la constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y "*desde*" la constitución hacia abajo (con la norma infra constitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales).

Este criterio hermenéutico incorpora el principio "*pro homine*" previsto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes

85 Ferrer Mac-Gregor, E, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", *El nuevo paradigma para el juez mexicano*, accesible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf

al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno o 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 o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad.

Partiendo de lo anterior, la hermenéutica de los derechos ambientales debe ejercerse en estricta consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y no regresión de los derechos humanos. Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación que se efectúe para favorecer "*en todo tiempo a las personas la protección más amplia*", bajo la premisa de la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

- **Principios generales del derecho ambiental**

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 internacional ambiental 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).[86]

86 Aguilar Rojas, G e Iza, A, Alejandro, *Derecho Ambiental en Centroamérica*, Tomo I, UICN, San José, 2009.

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas resoluciones y declaraciones de principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

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

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;

- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de las costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros.[87]

87 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:
Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

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

Por su parte, en junio de 2012 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, mejor conocida como la Conferencia de Río+20, cuyo mayor logro fue el de reafirmar los principios aprobados en la Conferencia de Rió de 1992, asignándoles con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto toda regresión.[88]

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.[89]

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.

88 El documento final de la Conferencia fue aprobado el día 19 de junio de 2012 bajo el nombre "El futuro que queremos".

89 "*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*" SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

- **Consolidación de los principios de progresividad, no regresión y precautorio del derecho ambiental**

En otros trabajos académicos hemos expuesto que el principio de no regresión o de prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad.

Por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.[90]

Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de *no hacer*, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

90 Para mayor información puede consultarse los ensayos académicos de este mismo autor denominados: "Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 3, Argentina, febrero 2012, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1; "La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2; "Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2 y "El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2

Como contenido mínimo o núcleo duro es posible identificar la obligación constitucional de tutela del interés público ambiental, sea el deber estatal de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[91]

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *status quo ante*, respetando al menos, el nivel de protección ambiental ya alcanzado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso.

Todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad.

Es posible afirmar que la prohibición de regresión actúa como una limitación a la potestad normativa estatal, inhibiendo la derogación, reducción, relajamiento

91 "*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*". SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 1999-644 del 29 de enero de 1999.

o desaplicación de la legislación ambiental, lo cual encuentra justificación como garantía de mantenimiento del nivel actual de protección, y de toda mejora experimentada desde entonces.

A la vez, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas regresivas, vedando al Estado el "*dar un paso hacia atrás*".[92]

Debido al carácter finalista del derecho ambiental, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten conlleven un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en "*progreso*" o "*mejora continua en las condiciones de existencia*". Aquí el imperativo manda "*hacer*", el Estado debe "*moverse hacia delante*" y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas.

De esta forma, mientras el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo[93] de protección ambiental que

92 Berros M.V, y Sbresso, L, "Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión", *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2012.

93 *"La idea de "mínimo" pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del "volumen de transferencia" hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación*

debe respetarse, el de progresión busca el avance sistemático de la normativa ambiental. Por ello, este principio 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 derecho alguno 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 que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Sería posible entonces afirmar que el principio de no regresión actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

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 tutela del interés público ambiental, por los principio de

de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de "mínimo" en lugar de "máximo" a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir" Berros María Valeria, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, JA,2011-IV, fasc. Nº 13, 2011.

desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.[94]

Partiendo del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, receptado en el artículo 50 de la Constitución Política y el principio número quince de la Declaración de Río, se ha reconocido igualmente el denominado principio precautorio en materia ambiental o principio *in dubio pro natura*, cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades.[95]

IV. Criterios para una nueva hermenéutica ambiental

La nueva hermenéutica jurídica ambiental requiere que su aplicador considere el espíritu y finalidad de la norma y para ello, tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas.

Para ello, se deberá tener como norte el carácter finalista y evolutivo del derecho ambiental y su objetivo primordial de tutela de la vida, la salud y el equilibrio

94 Al respecto puede consultarse el voto constitucional Nº 2006-17126.
95 Votos constitucionales: Nº 2011-14596 y Nº 2011-16316.

ecológico. El operador debe buscar aquella interpretación que permita aplicar la norma para "*proteger más y contaminar menos*", "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*" sin perder de vista la necesidad de un "*uso racional de los recursos naturales*" que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

De esta forma, como lo afirma González Ballar,[96] la interpretación debe ser un instrumento por medio del cual se logre el equilibrio de los tres factores que integran la fórmula del desarrollo sostenible (lo económico, lo ecológico y lo social) y donde la apreciación de los valores en su relación con la realidad permitan que las normas jurídicas cumplan su finalidad esencial.

Bajo esta inteligencia, la hermenéutica ambiental debe perseguir siempre la protección del interés público ambiental a la luz del artículo 50 constitucional que establece el deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en cumplimiento de ese orden público impuesto a partir de la reforma constitucional de 1994 que inició la era hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

Ese carácter evolutivo y finalista también es compartido por el derecho internacional ambiental el cual por medio de tratados, convenios y declaraciones de principios ambientales, busca procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales

96 González Ballar, R, "El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental", en *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental. Partiendo del hecho de que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad[97], el intérprete jurídico se ve constreñido a interpretar la normativa interna de conformidad con las obligaciones contraídas por el país al suscribir y ratificar dichos convenios ambientales.

En tanto las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura* cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad

97 *"En Costa Rica, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. De conformidad con la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 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. Asimismo, los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o "soft law" gozan igualmente de plena ejecutoriedad, y la normativa de rango inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos. Además, las regulaciones y principios contenidos en los Tratados y Convenios sobre medio ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento obligatorio. De esta forma, es posible afirmar que los instrumentos internacionales ambientales suscritos por Costa Rica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa"* Peña Chacón, M, "La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental", *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*, año VII, Nº 94, México, abril 2003.

en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, el operador jurídico debe interpretar y aplicar la norma de manera que impida la realización de este tipo de actividades hasta tanto cuente con certeza científica respecto a su inocuidad.

Los consolidados principios ambientales de prevención, contaminador pagador, recomposición, participación pública y uso racional, desarrollados ampliamente por parte de la jurisprudencia constitucional, también obligan a interpretar las normas ambientales de conformidad con su finalidad esencial.

Además, el operador jurídico no debe perder de vista a la hora de interpretar y aplicar la normativa ambiental que está frente a un derecho humano reconocido tanto a nivel constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que se vea obligado a utilizar el criterio "*pro homine*" previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, así como la "*cláusula de interpretación conforme*" a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (no regresión), bajo una lógica de promoción, respeto, protección y garantía lo más amplia y extensa posible de los derechos humanos ambientales.

Al amparo del artículo 29 de la Convención Americana, ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de:

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

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

Como consecuencia de lo anterior, la legislación de tutela de los sujetos vulnerables y de los derechos de incidencia colectiva debe interpretarse de la manera que les sea más favorable y provechosa y mejor pueda viabilizar, en el plano de la eficacia, la prestación jurisdiccional y la *ratio essendi* de la norma jurídica.

Tampoco puede desligarse el operador jurídico de interpretar de conformidad con la obligación de progresividad prevista en la Convención Americana y su Protocolo de San Salvador, por la cual en principio, le está vedado al Estado (incluyendo por supuesto al aplicador del derecho) adoptar políticas, medidas, sancionar y aplicar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el protocolo o con posterioridad a cada avance "progresivo". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en

su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo.[98]

Al efecto, la jurisprudencia constitucional ha expuesto:

> *"Estiman los accionantes que la eliminación de la causal señalada infringe el principio de progresividad y no regresividad. Dicho principio, si bien se ha relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, es reconocido respecto de todos los derechos previstos en los instrumentos de derechos humanos. La progresividad debe ser entendida en relación con los niveles de obligaciones que genera cada derecho (respetar, proteger y satisfacer) independientemente de que sea civil, político, económico, social o cultural. Esto por cuanto, algunas medidas que se deben implementar tienen un carácter más inmediato que otras que son progresivas o graduales, que se desarrollan a mediano o largo plazo con el fin de lograr el pleno ejercicio de los derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos contenidos en ellos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los principios de la Declaración*

98 CIDH, "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *CIDH*, accesible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm

Universal de Derechos Humanos fueron elaborados y ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en todas las demás normas convencionales sobre derechos humanos. La Declaración constituyó el primer paso para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y por ello, sus previsiones tienen un carácter positivo en el sentido de que representan el primero de muchos avances en la protección internacional de tales derechos y en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, en el sentido de que los Estados no pueden retroceder en relación con el estándar de protección establecido. El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como pará-

metro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna."[99]

Tratándose de derechos estrictamente ambientales, en la histórica resolución Nº 2012-13367, la Sala Constitucional desarrolló el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas, políticas ni aprobar ni modificar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas:

"V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacio-

99 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JSUTICIA, voto Nº 11088 del 21 de agosto de 2013.

nal de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones

nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección".

Nótese que las obligaciones de progresividad y no regresión implican para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica. El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense.

Este principio consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias,[100] reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

Se trata ni más ni menos de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad al derecho ambien-

100 Votos constitucionales Nº 14293-2005, Nº 17126-2006, Nº 2063-2007, Nº 3684-2009, Nº 075-2010, Nº 21258-2010, entre otros.

tal, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciere de manera expresa.[101] No exige solo cumplir con ciertas formalidades, sino también utilizar todos los medios jurídicos y fácticamente posibles para preservar el ambiente.[102]

En relación con el principio de objetivación, la Sala Constitucional en los votos Nº 2005-14293, Nº 2006-17126 y Nº 2009-2009 expuso:

> *"De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia Nº 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la "vinculación a la ciencia y a la técnica", con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios téc-*

101 Votos constitucionales Nº 1998-7294, Nº 1999- 2988, Nº 2012-1963.

102 Votos constitucionales Nº 2012-964, Nº 2007-8210-, Nº 2011-3744, Nº 1998-7294 y Nº 2010-13099.

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

Por último vale la pena retomar e impulsar la atrevida postura de GONZALEZ BALLAR[103] de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar en el derecho ambiental, donde lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de soft law, al momento de su aplicación al caso concreto. Un primer paso hacia su consolidación lo encontramos plasmado en la Ley General de Administración Pública cuando dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan ostentando el rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.[104]

V. Nueva hermenéutica ambiental en la práctica

Es posible encontrar claros ejemplos jurisprudenciales de correcta aplicación de las reglas y criterios herme-

103 González Ballar, Rafael, *Op. Cit.*
104 Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

néuticos antes expuestos. A continuación se expondrán algunos de ellos que a la vez, pueden servir de modelo para la interpretación, integración y delimitación normativa ante futuros conflictos ambientales.

- **Desarrollo sostenible democrático**

El concepto desarrollo sostenible fue acuñado por primera vez en 1987 en el informe denominado "*Nuestro Futuro Común*" de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Informe Brundtland) y reconocido a nivel internacional dentro del seno de las Naciones Unidas por medio de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, entendiéndose como "*aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las propias*".

A nivel costarricense, a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50, la Constitución Política reconoce un modelo de desarrollo económico y social absolutamente respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El concepto hasta hace poco aplicado de desarrollo sostenible abarcaba un componente ambiental -la protección del ambiente-, uno económico -el desarrollo económico basado en la explotación sustentable del ambiente-, y uno social - se consideraba que el desarrollo económico y la conservación del ambiente conllevaban automáticamente el bienestar social. Sin embargo, el énfasis del modelo de desarrollo se había venido centrando primordial y preponderantemente en los elementos económico y ambiental, relegando sistemáticamente en la práctica al factor social a un segundo plano.

Esta situación viene a cambiar favorablemente a partir de la sentencia Nº 2013-10540 del 07 de agosto de 2013, por medio de la cual la Sala Constitucional innovó a través de la creación jurisprudencial del nuevo principio/concepto de "*desarrollo sostenible democrático*" donde ya no solo se trata de garantizar el aprovechamiento de los recursos existentes por las presentes generaciones, y de asegurar la subsistencia de las futuras, sino que para lograrlo, también se debe asegurar que el acceso a esos recursos y a la riqueza generada por las actividades económicas se distribuya equitativamente en la sociedad, de modo que alcance al mayor número posible de personas y permita el progreso solidario.

Por medio de una nueva interpretación finalista y evolutiva de los artículos 50, 74 y 89 constitucionales, la Sala Constitucional otorgó especial relevancia al elemento social del desarrollo sostenible como un componente de la justicia social propio del Estado de Derecho que se verifica a través del reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano, así como en el deber estatal de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Es posible afirmar, a partir de este fallo, que el elemento democrático del desarrollo sostenible conlleva intrínsecamente la distribución justa tanto de los beneficios como de las cargas ambientales, lo que implica la preservación de la naturaleza para las generaciones futuras y el aprovechamiento solidario del ambiente, lo cual a todas luces se convierte en un enorme paso hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

- **Reconocimiento de los principios de progresividad y no regresión ambiental como principios autónomos y parámetros de constitucionalidad**

Para el año 2010 la Sala Constitucional reconoció de manera expresa el principio de no regresión de los derechos ambientales mediante una línea jurisprudencial que inicia con el voto Nº 2010-18702 del 10 de noviembre del 2010, derivándolo de la interpretación de los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, en aplicación de lo que ella misma denominó *"interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio"*. Al efecto dispuso:

> *"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 am-*

biental 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".

Mediante el voto Nº 2013-13367 del 9 de octubre del 2013, la Sala Constitucional logra extraer el principio de no regresividad; esta vez, de la interpretación evolutiva de los principios de progresividad de los derechos humanos e irretroactividad normativa:

"Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de

las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces".

En esta línea, el voto Nº 2013-10158, reitera el carácter de principio constitucional a la no regresión relacionándolo con los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, pero además en esta ocasión, lo elevó al rango de parámetro de constitucionalidad, al disponer que toda regresión deviene en inconstitucional. Al respecto expuso:

"Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de "estructura", la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identifi-

cación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional".

"Respecto al Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional en acatamiento del Principio Precautorio, se requiere de previo a la declaratoria como territorio costero comunitario y a la concesión –tal y como lo señalan las y los diputadas y disputados consultantes- de un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de Secretaría Técnica Ambiental, de modo tal que se demuestre el tipo de daño y las medidas que deban adoptarse, estudio que se echa de menos en esta iniciativa de ley, ya que no podría dejar de protegerse un refugio sin criterios técnicos que así lo respalden. Por lo tanto dicha omisión implica una violación del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia."

- **Inconstitucionalidad del concepto bosque**

Mediante el voto Nº 2007-3923 del 21 de marzo del 2007, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia realizando una interpretación evolutiva y finalista, declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídi-

co bosque del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente. En lo que interesa expuso la Sala:

> *"Ciertamente la reforma a esta ley, que se produjo mediante ley Nº 7575 de 5 de febrero de 1996, tuvo como fin el promover e incentivar la reforestación en nuestro país, para lo cual intentó librar de trámites innecesarios la corta de determinado tipo de árboles. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que al haber pasado la ley de una definición amplia de bosque, con mayor cobertura de protección, a una tan restringida en cuanto a especies y superficie, hace que la protección dada con anterioridad al ambiente, haya sido disminuida sin una justificación razonable, que vaya más allá de la necesidad de reforestar y eliminar las trabas administrativas, como un incentivo de esta actividad, pero sin asegurar previamente, que esta en su ejecución, no pusiera en peligro el ambiente. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito compromisos internacionales de protección al ambiente y uno de los principios que debe resguardar es el principio precautorio ya citado, según el cual, la prevención debe anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, este principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las*

personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Sin duda alguna, para ello se requiere de una posición preventiva, activa y alerta por parte de la administración, pues una conducta posterior y únicamente sancionatoria, haría nugatoria cualquier acción efectiva que se pretenda a favor del ambiente, donde una vez producido el daño, difícilmente puede ser restaurado y sus efectos nocivos pueden afectar no sólo a nivel nacional, sino mundial. Y es que este, es uno de los principios rectores en materia ambiental, la prevención. Con ello no se trata tampoco de evitar el desarrollo y detener el progreso y la economía, sin embargo se debe procurar un equilibrio que le permita al ser humano desarrollarse, pero también vivir y disfrutar ese desarrollo, al cual tienen derecho no sólo las generaciones actuales, sino también las venideras. (…) Según el análisis practicado al artículo impugnado, el legislador modificó el concepto de bosque a partir del cual se desarrolla la protección, restricciones y permisos otorgados en la Ley Forestal -como es el caso del artículo 28 en cuestión "Excepción de permiso de corta"-, de tal manera que, restringió sin fundamento técnico, el concepto anterior de bosque existente en la ley previo a su reforma. De modo que fueron dejadas sin protección vía ley, las especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas que constituyeran bosque, trayendo como consecuencia,

que a través del artículo 28 impugnado, no se requiera de permiso para talar, ni siquiera de inspección previa, que permita asegurar que se trata del supuesto que la norma quiso incentivar, toda plantación forestal, sistema agroforestal o cualquier árbol plantado, quedando expuestas áreas que por su ubicación, cantidad y la función que han ejercido durante muchísimos años, amerita la conservación y regulación de su tala, independientemente de la naturaleza de su especie y de la naturaleza del terreno donde se ubique. Así las cosas, esta Sala considera de conformidad con lo expuesto, que en este caso, se produce una inconstitucionalidad por omisión relativa".

- **Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental**

A la luz de la sentencia constitucional Nº 2013-10540 de las quince horas cincuenta minutos del siete de agosto de 2013, específicamente el voto salvado de los magistrados Fernando Cruz Castro y Gilbert Armijo Sancho, es posible una nueva interpretación evolutiva y finalista respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental.

Para los magistrados redactores del voto salvado, si bien es cierto que la sentencia anulatoria puede graduar

y dimensionar en el espacio, tiempo o materia su efecto retroactivo, lo cierto del caso es que dicha graduación o dimensionamiento no puede equivaler a que la sentencia no se haya dictado, o a que el derecho o interés lesionado que da lugar a la interposición de la acción quede desprotegido, máxime estando de por medio el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La tesis relevante expuesta en el voto salvado de comentario, criterio compartido en su totalidad por el autor de este artículo, es que no se violan derechos adquiridos cuando están en contra del derecho al ambiente y, específicamente, cuando un derecho presuntamente adquirido se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva; si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, la Constitución Política protege el derecho ambiental, por razón de los daños irreparables al ambiente.

Ante la lógica del proceso constitucional y sus principios, el carácter declarativo y retroactivo de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad frente al cual no cabría invocar derechos adquiridos de buena fe, en nada obstaculiza la posibilidad de los titulares de derechos subjetivos de reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El voto salvado de comentario nos recuerda que no se debe confundir la imposibilidad de invocar derechos adquiridos de buena fe, con la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, que a todas luces sería lo procedente para todos aquellos casos donde están de por medio la salvaguarda de derechos

colectivos de carácter ambiental, lo anterior en virtud que los daños ambientales generalmente son de difícil o imposible reparación en espacio y tiempo.

- **Tutela de nacientes intermitentes**

Recalcar la existencia de amparo legal para la protección de nacientes intermitentes, aunque éstas se encuentren en dominios privados, fue lo que estableció la resolución Nº 858-F-S1-2012, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el análisis del caso en particular, los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo destacaron que al tenor de los artículo 149 y 145 de la Ley de Aguas, que hace referencia a las medidas para la conservación de árboles para evitar la disminución de las aguas, lo que se procura es que las autoridades del Estado velen por "(…) el estricto cumplimiento de las disposiciones legales referentes a la conservación de los árboles, especialmente los de las orillas de los ríos y los que se encuentren en los nacimientos de aguas" (artículo 149) y que con el fin de evitar la disminución de las aguas: "(…)"Se prohíbe destruir, tanto en los bosques nacionales como en los de particulares, los árboles situados a menos de sesenta metros de los manantiales que nazcan en los cerros, o menos de cincuenta metros de los que nazcan en terrenos planos". (Artículo 145)

De esta manera, la Sala Primera consideró que "… *la norma no distingue entre manantiales permanentes e intermitentes, por lo que no cabría hacer tal diferenciación a la hora de aplicarla. Se trata de una típica limitación de interés público (artículo 45 de la Constitución Política), que al igual*

que otras previstas en diversos cuerpos normativos del ordenamiento jurídico, ha evolucionado el concepto de límites a la propiedad privada, en aras de una tutela real y efectiva de la garantía constitucional (artículo 50 de nuestra Constitución Política) de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Tampoco distingue el precepto entre aguas de dominio público y de dominio privado. La norma alude a aguas solamente, sea, al recurso hídrico en general, por lo que la cita de los artículos 1 a 4 de la Ley Nº 276 no resulta pertinente al caso".

- **Demanialidad de los manglares en zona marítima terrestre**

Clarificar que la legislación costarricense sobre la zona marítima terrestre determina que los manglares, al igual que otros recursos costeros, son bienes de dominio público y sobre los cuales no puede alegarse derecho, fue lo que interpretó la sentencia Nº 799-F-S1-2013, de la Sala Primera de la Corte.

Los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo, tomaron en consideración lo que establece entre otras normas legales, la Ley de Zona Marítimo Terrestre (LZMT) y su reglamento, así como la Ley Orgánica del Ambiente.

Al efecto resolvieron:

> *"El canon 10 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Nº 6043, (en adelante LZMT) establece que la zona marítimo terrestre: "… se compone de dos secciones: La ZONA PUBLICA, que es la faja de cincuenta metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria, y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y la ZONA RESTRINGIDA, constituida por*

la franja de ciento cincuenta metros restantes, o por los demás terrenos en caso de islas. Los islotes, peñascos y demás áreas pequeñas y formaciones naturales que sobresalgan del mar corresponden a la zona pública". De igual manera, el ordinal 11 de la LZMT, refiere que: "Zona pública es también, sea cual fuere su extensión, la ocupada por todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional". Debe agregarse a lo anterior, conforme al mandato 20 de la Ley de cita, que: "Salvo las excepciones establecidas por la ley, la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial libre tránsito de las personas (…)". Por su parte, el precepto 39 de la Ley Orgánica del Ambiente Nº 75754 incluye a los manglares en la definición de los recursos marinos y costeros, cuando prevé, que: "Se entiende por recursos marinos y costeros, las aguas del mar, las playas, los playones y la franja del litoral, las bahías, las lagunas costeras, los manglares, los arrecifes de coral, los pastos marinos, es decir praderas de fanerógamas marinas, los estuarios, las bellezas escénicas y los recursos naturales, vivos o no, contenidos en las aguas del mar territorial y patrimonial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y su zócalo insular". Evidentemente, al tenor de lo dispuesto por la LZMT, la norma de cita equipara también a los manglares con aquellos recursos

> *costeros, como playas, estuarios y las mismas aguas del mar, a los cuales se ha conferido un carácter especial como parte del demanio. En consecuencia, al encontrarse en este inmueble zonas de manglar, a las cuales hace ingreso la marea; de manera inobjetable, se está frente a un bien afectado al dominio público. De suyo resulta también, tal denominación conlleva el carácter de imprescriptible, toda vez que frente a este tipo de bienes "nadie podrá alegar derecho alguno" ni ocuparlo bajo ningún título ni en ningún caso."*

A manera de cierre, en palabras de González Ballar "*El Derecho Ambiental tiene una generación de atraso con respecto a los problemas que debemos resolver en la actualidad*", por ello requiere de un nuevo abordaje que permita mejorar su efectividad, bajo el replanteamiento y reingeniería de su objeto, funciones, fuentes, principios, institutos y normas. Alcanzar un derecho ambiental eficaz solo será posible a través de una nueva hermenéutica ambiental.

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", *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2012.

Berros, María Valera, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, JA,2011-IV, fasc. Nº 13, 2011.

Bibiloni, Héctor Jorge, "El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos", *Lexis Nexis*, diciembre 2005.

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

Cafferatta, Néstor, "Orden Público y Paradigma ambiental", en Derecho Ambiental El Derecho, serie especial, ejemplar del 06/02/2007.

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

COMISIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS, "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *CIDH*, accesible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", *El nuevo paradigma para el juez mexicano*, accesible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf

González Ballar, Rafael, "Reflexiones para la interpretación de la no regresión", El *Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

González Ballar, Rafael, "El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental", *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

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

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

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

Peña Chacón, Mario, "Test de regresividad ambiental", *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, Nº 6, Brasil, 2013.

Peña Chacón, Mario, "El carácter democrático del desarrollo sostenible", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=270 y en Lex Difusión y Análisis año XII, agosto 2013, Nº 218, México.

Peña Chacón, Mario, *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Peña Chacón, Mario, "El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 8, mayo 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1&PHPSESSID=b0a1ae9fea7edbe0d33db7164ecbad6e; en Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, junio 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp.; en Derecho Ambiental y Cultural, Revista del Instituto Peruano de Derecho Ambiental y Patrimonio Cultural, Nº 1, Perú, agosto 2013.

Peña Chacón, Mario, "La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2; en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, marzo 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp.

Peña Chacón, Mario, "Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2; en *Dial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, abril 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en Revista Judicial 108, junio 2013, Costa Rica; en Revista de

Direito Ambiental, RDA año 18, Nº 71, julio - setiembre 2013, Brasil.

Peña Chacón, Mario, "El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2

Peña Chacón, Mario, "Gobernanza Territorial y principio de no regresión", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=270 ; en Lex, Difusión y Análisis, 4ta época, año XVIII, México, junio y julio 2013.

Peña Chacón, Mario, "Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 10, noviembre 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=301; en *Revista Monfrague*, Desarrollo Resiliente, volumen II, Nº 1, enero 2014, España, accesible en: http://monfragueresiliente.com/numero3/indice3.html

Prieur, Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

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

CAPÍTULO 4

APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE EN EL DERECHO AMBIENTAL

APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE EN EL DERECHO AMBIENTAL[105*]

"El derecho ambiental es un nuevo derecho, comprensivo, que instalado como una problemática acuciante, de urgente solución, produce disfuncionalidades en los institutos clásicos del derecho, transformándolos, modificando su impronta genética, para satisfacer necesidades básicas de respuesta ineludible".
Augusto Morello

En el artículo académico titulado *Reflexiones para la interpretación de la no regresión*[106] el profesor González Ballar lanza una atrevida postura de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar el derecho ambiental, donde lo esencial a su criterio, es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, sin importar

105 *Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

106 González Ballar, R, "Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano", *PNUD Centro Regional - Panamá*, 2013, disponible en: http://www.regionalcentrelac-undp.org/es/lanzamiento-de-la-publicaci%C3%B3n-el-principio-de-no-regresi%C3%B3n-ambiental-en-el-derecho-comparado

si viene de un reglamento o de un principio de *soft law*, al momento de su aplicación al caso concreto.

Partiendo del hecho de que el derecho ambiental es herético (Lorenzetti), revolucionario (Pigretti), que demanda giros copernicanos y una nueva cultura jurídica (Morello), vale la pena replantearse el primordial rol que juegan las fuentes y su escala jerárquica, así como la posibilidad de aplicar la regla de la norma más favorable, con el fin de lograr los objetivos propuestos por el nuevo orden público ambiental.

I. Fuentes del derecho ambiental

El Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres define el concepto *fuentes del derecho*[107] de la siguiente manera:

> *"Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época. Por metáfora, sencilla y repetida, pero expresiva y técnica, de las fuentes naturales o manantiales de agua, se entiende que el Derecho brota de la costumbres, en primer término, y de la ley, en los países de Derecho escrito, en la actualidad todos los civilizados."*

Zeledón Zeledón[108] nos recuerda que las fuentes del Derecho se desdoblan en dos tipos: las formales y las

107 Cabanellas, G, *Diccionario Jurídico Elemental*, edición actualizada, corregida y aumentada, 2010, accesible en: http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres

108 Zeledón Zeledón, R, *Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario, por un derecho ambiental y un derecho alimentario*, inédito, San José, 2012.

materiales.[109] Las primeras se encuentran constituidas por el conjunto normativo del sistema; mientras las materiales se dividen en: fuentes materiales de los hechos, subdivididas en los hechos puros y propios, donde se encuentra: a) la realidad ambiental en su más compleja relación con los fenómenos económicos, sociales, culturales, los hechos técnicos, y los hechos políticos, y b) fuentes materiales de los valores, constituidas por los valores de la materia, su filosofía, su axiología, ocupando un papel muy importante los derechos humanos de donde se nutre el ambiental.

109 Las fuentes materiales del derecho ambiental parecen pasar desapercibidas frente a las formales, y por lo general, no se les da la importancia que realmente ostentan en cuanto a conformar e integrar el sistema de fuentes, en especial su papel integrador, delimitador e interpretador. Las fuentes materiales se encuentran constituidas por *hechos* y por *valores* que salpican e impregnan a las fuentes formales, en especial aquellas escritas, siendo a la vez la guía o norte para aquellas normas aún en estado de gestación. En cuanto a los *hechos*, tal y como lo expone Zeledón Zeledón, en una primera línea están aquellos integrantes de la realidad económica, social, cultural constitutivas de la sociología del ambiente, donde cabe destacar los grandes hechos o situaciones que ponen en peligro la vida, salud y equilibrio de los ecosistemas, tales como el cambio climático, debilitamiento de la capa de ozono, pérdida de biodiversidad, desertificación, deforestación, contaminación atmosférica, hídrica, suelos, etc. Por otra parte, están los *hechos técnicos* de especial relevancia a raíz de la multidisciplinariedad del derecho ambiental, donde destacan instrumentos técnicos y científicos como la evaluación de impacto ambiental, evaluación de riesgos, planes de manejo forestal, planes de gestión de residuos, planes de gestión hídrico, planes de recuperación de suelos contaminados, entre muchos otros. A la vez, es posible citar los *hechos políticos* donde destacan las políticas, planes, estrategias, programas y proyectos ambientales, tanto a nivel nacional como internacional, los cuales a pesar de no alcanzar rango de normas jurídicas, se constituyen en verdades fuentes creadores del derecho ambiental. Por último, el carácter de derecho humano le da a los *valores* ambientales la condición de fuente material del derecho ambiental. La mayoría de ellos es posible extraerlos de las distintas declaraciones de principios ambientales de las Naciones Unidas (*soft law)* donde destacan la justicia, equidad, solidaridad, igualdad, interculturalidad, integralidad, responsabilidad, paz, participación, objetividad, entre otros.

En su conjunto, las fuentes formales y materiales, conforman lo que hemos denominado *orden público ambiental*, constituido por normas escritas tales como: Constitución Política, convenios, tratados y declaraciones internacionales (*soft law y hard law*), leyes, decretos, reglamentos, estatutos, circulares, directrices; y por no escritas: costumbre, usos, jurisprudencia y principios generales del derecho.

Por medio del *orden público ambiental* el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho.[110]

II. Jerarquía de las fuentes

El ordenamiento jurídico es una unidad o sistema estructural dinámico en el que coexisten y se articulan

110 *"El artículo 50 citado, también perfila el Estado Social de Derecho, por lo que podemos concluir que la Constitución Política enfatiza que la protección del ambiente es un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la calidad de vida de todos, lo que hace necesaria la intervención de los Poderes Públicos sobre los factores que pueden alterar su equilibrio y obstaculizar que la persona se desarrolle y desenvuelva en un ambiente sano. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera razón de ser, en que por definición, los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos, sino que tienen asimismo trascendencia en la propia estructura del Estado, en su papel de garante de los mismos y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad"* SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia Nº 2007-17552 del 30 de noviembre del 2007.

las distintas fuentes formales y materiales del Derecho. La relación entre esas diversas fuentes se ordena alrededor del principio de la jerarquía normativa, según el cual se determina un orden riguroso y prevalente de aplicación previsto en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública y 1 del Código Civil; conforme al cual, en caso de conflicto entre una fuente superior a otra, se desaplica la de rango inferior.

Lo anterior supone una relación de subordinación, según la cual las normas de la fuente inferior no pueden modificar ni sustituir a las de la superior. Es el caso de la Constitución frente a la ley y al resto de las normas del orden, y es también el caso de la ley frente al reglamento, en caso de contradicción prevalece siempre y necesariamente la ley. Esto expresa y aplica el principio llamado de "*jerarquía*".[111]

Se parte del hecho de que el ordenamiento jurídico posee un orden jerárquico, al que deben sujetarse los órganos del Estado en función del principio de legalidad, y por el cual, les está prohibido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica,[112] de ahí que el Código Civil establezca la sanción de invalidez de aquellas disposiciones normativas que contradigan a las de rango superior.[113]

111 Dictamen Nº C-122-2006 del 22 de marzo del 2006 de la Procuraduría General de la República. En sentido similar, es posible ver los criterios Nº C-256-2005 del 18 de julio del 2005, Nº C-071-2005 del 17 de febrero del 2005, Nº C-349-2004 del 6 de noviembre del 2004, entre otros.)

112 Al respecto pueden consultarse, entre otros, los votos constitucionales Nº 1996-6689, Nº 1993-243, Nº 1994-7335, Nº 1994-5227, Nº 1995-02623, Nº 1996-2382, Nº 1996-2381, Nº 1998-0313, Nº 1998-1607, Nº 1998- 0998 y Nº 1998-076.

113 Artículo 2 Código Civil

III. Excepciones al principio de jerarquía normativa

El principio constitucional de jerarquía normativa[114] no es ilimitado ni irrestricto, siendo la misma Sala Constitucional por medio de su jurisprudencia, la que se ha encargado de establecer y delimitar las distintas situaciones de excepción en donde éste cede y se "*flexibiliza*".

• Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

La jurisprudencia constitucional, a partir de los votos Nº 1992-3435, Nº 1993-5769 y Nº 1995-2313,[115] elevó por encima de la Constitución Política, a los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos y que otorguen mayores garantías o derechos a las personas, siendo posible afirmar que se ha internacionalizado al derecho de la Constitución, y al mismo

114 *"El artículo 140 inciso primero de la Constitución Política, establece la potestad del Presidente de la República y del Ministro de Seguridad Pública, de remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública. Dicha atribución se encuentra otorgada a ellos por un mandato constitucional explícito, en contra del cual no existe legislación que se le oponga, ya que, según el principio de jerarquía de las normas, la Constitución es la norma por excelencia y ninguna otra norma de inferior rango puede ir en contra de lo que se encuentre preceptuado en su texto."* Sentencia constitucional Nº 1999-1434. //*"Los seguros sociales y en general el tema de la seguridad social en su desarrollo y configuración han tenido fuerte influencia derivada de la normativa convencional, que por virtud del principio de jerarquía de las normas son de acatamiento obligatorio para nuestro país con rango superior al de las leyes, en los términos que señala el artículo 7 de nuestra Constitución Política"*. Sentencia constitucional Nº 1999-2707 del 14 de setiembre de 1999.

115 *"... 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."*

tiempo, se ha constitucionalizado al derecho internacional. 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 expresamente en su texto y que se encuentran contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.[116]

A raíz de lo anterior y en aplicación del *principio pro homine* por medio del cual debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite derechos fundamentales, en caso de 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, prevalece el que mejor tutele al ser humano.[117]

El criterio hermenéutico "*pro homine*" deriva del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos e implica que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

Tampoco implica 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 o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad.

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

117 Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales Nº 1993-1786 y Nº 1992-3435.

Precisamente en aplicación del *principio pro homine*, la Sala Constitucional le ha otorgado rango integrador e interpretador del derecho de la Constitución a instrumentos del derecho internacional no vinculantes, incluyendo aquellos que califican como *soft law*,[118] en el tanto otorguen mayor protección a los derechos fundamentales de las personas.[119]

- **Principios y valores constitucionales**

El *bloque de constitucionalidad* se encuentra integrado en pro de la dignidad del ser humano, por la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos, así como los principios y valores de jerarquía suprema.

118 Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas resoluciones y declaraciones de principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales. 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.

119 *"Para determinar si un centro penitenciario tiene hacinamiento crítico, se ha recurrido a los parámetros fijados por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y las recomendaciones del Comité Europeo para los Problemas Criminales —las que, valga enfatizar, en atención al principio pro homine, sirven para integrar e interpretar el derecho en el tanto otorgan mayor protección a los derechos fundamentales de las personas— de las cuales se extrae que debe haber un margen superior o igual a ciento veinte detenidos por cien lugares realmente disponibles de la capacidad máxima (ver, en similar sentido, la sentencia Nº 1872-2010 de las 11:52 horas de 29 de enero de 2010)".* Sentencia constitucional Nº 2011-7361 // *"Al ser nuestro país miembro de la Organización Internacional del Trabajo, estas pautas,²aún cuando tienen carácter recomendativo en atención al principio pro homine, sirven para integrar e interpretar el Derecho de la Constitución, en el tanto otorgan mayor protección a los derechos fundamentales de las personas".* Sentencia constitucional Nº 2012-550.

Los principios constitucionales son parámetros jurídico-políticos, que expresan los ideales de una comunidad y condicionan el derecho de la Constitución. Razón por la cual, necesariamente deben ser tomados en cuenta por los poderes públicos, para la aplicación, integración e interpretación del texto constitucional.

La Sala Constitucional ha considerado que no se trata de meros de juicios de valor o aspiraciones de un pueblo, sino de auténticas normas jurídicas exigibles por sí mismos, frente a todas las autoridades públicas y a los mismos particulares, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen.

Como parte integrante del bloque de constitucionalidad, los valores y principios de jerarquía suprema, una vez reconocidos por la jurisprudencia constitucional, se elevan por encima de todo el ordenamiento jurídico y no sólo ostentan una función de integración, delimitación e interpretación, sino que además, se posicionan como parámetros para el control de constitucionalidad y convencionalidad.[120]

- **Principio protector del derecho laboral**

Para Bejarano[121] es el principio que traduce la inspiración primordial del derecho del trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del derecho se

120 "*No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía*". Sentencia constitucional Nº 2011-6221.

121 Bejarano, S, *Principios del Derecho Laboral*, 2012, disponible en: http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/principios-del-derecho-laboral.doc

preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, ésta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación bilateral: el trabajador. Así nació precisamente el derecho del trabajo; de ahí que históricamente las legislaciones hayan establecido este principio en sus leyes positivas.

Couture[122] estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. Por ello es que, en esta rama del Derecho se abandona la idea de la igualdad jurídica.

Expresa Pla[123] que mientras en el derecho común una preocupación constante parece ser la paridad jurídica entre contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes, para lograr a través de esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre partes. Es decir, el principio protector parte más bien de una desigualdad, para lograr la igualdad que supone el derecho civil.

La justificación de este principio se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se presenta como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios que compense su situación.

122 Couture, E, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958, disponible en: http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00914-fundamentos-del-derecho-procesal-civil-eduardo-couture.html

123 Pla, A, *Los Principios Generales del Derecho Laboral*, tercera edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1998

El principio protector deriva de la interpretación del artículo 17 del Código de Trabajo, el cual dispone:

> *"Para efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social".*

El principio protector contiene tres reglas específicas de aplicación en la materia, estas son: la regla del *in dubio pro operario*, la de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa, ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia de la Sala Segunda y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La regla del *in dubio pro operario* significa que entre dos o más sentidos de una norma habrá de optarse, en caso de duda, por el más conveniente para el empleado. Es decir, interpretar pro trabajador.[124] Es un criterio que debe utilizar el juez o el intérprete de la norma, con el fin de escoger entre varios sentidos que tenga la norma, aquél que más favorezca a los trabajadores. Esta última "regla" generalmente es confundida con el Principio Protector; pero en realidad sólo forma parte de aquél.[125]

Según la jurisprudencia laboral, sólo se puede recurrir a este principio en caso de duda, para determinar el sentido correcto cuando una norma o situación engendra en sí misma varios sentidos. No es posible utilizar el principio para corregir ni para integrar una

124 Arias Sosa, L, Los principales principios del derecho laboral individual, Revista Judicial Nº 105, setiembre 2012.

125 Porras, E, *Los principios generales del derecho del trabajo*, disponible en: http://www.clubensayos.com/Negocios/Pricipios-De-Derecho-Laboral/2011244.html (consultado 04 de mayo de 2015)

norma. La regla debe ser aplicada en casos de auténtica duda para valorar el verdadero alcance de la norma o de los hechos, escogiendo entre ellos el sentido que más le favorezca al trabajador. Además, esta regla puede servir para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios en razón de que la parte más débil y la que más difícil acceso tiene a las probanzas es el trabajador.

Por su parte, la segunda regla derivada del principio protector determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable al trabajador, aunque no sea la que corresponda de acuerdo a la jerarquía tradicional de las normas.

Esta regla le otorga una especial connotación al derecho laboral al romper con los esquemas más rígidos y tradicionales de la jerarquía de las normas. Por lo anterior, es aceptado en materia laboral, que una norma de inferior categoría sea aplicada en un caso concreto por encima de una contraria de rango jerárquicamente superior.

Este principio encuentra como límite las exigencias de orden público, por ello, se aplicará la norma más favorable salvo norma que lo prohíba de forma expresa. Sobre esta regla que flexibiliza el principio de jerarquía normativa, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

> *"Sobre ese aspecto resulta conveniente, efectuar algunas consideraciones de importancia, relativas al alcance y a la aplicación de la nor-*

ma más favorable. La regla, como una de las formas de expresión del "principio protector", se encuentra permeada del contenido de éste y cumple un papel fundamental en el logro de la igualdad sustantiva, real, de las partes en la relación laboral. Tiene como norte el amparo del trabajador, frente al patrono. Se aplica cuando para una misma situación jurídica, existen varias normas aplicables; y precisamente, su trascendencia práctica radica en la inversión que realiza al orden jerárquico normativo, en el ámbito del derecho laboral, con el fin de reducir la normal asimetría existente en la relación entre trabajador y patrono. (ver en tal sentido PLA RODRIGUEZ,AMERICO" Los principios del derecho del trabajo", tercera edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pag.99 y ss.). De tal manera que, si en el común de los casos, la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior, y, en normas de igual rango jerárquico, la de más reciente promulgación sobre la anterior; en el derecho laboral, se aplicará a cada caso particular, la norma que más favorezca al trabajador. Al respecto, señala el citado autor, lo siguiente: " El vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas laborales será ocupado por la norma más favorable al trabajador de entre todas las diferentes normas en vigor" (PLA RODRIGUEZ, AMERICO "Los principios del derecho del trabajo",op.cit., pag.101.). En atención a lo anterior, es característico en el derecho laboral, que por vía legislativa se tutele tan sólo un mínimo de derechos, los cuales regulan las

> *relaciones entre trabajador y patrono. Este mínimo representa el punto de partida y no puede ser disminuido. Por el contrario, las partes podrán ampliar los citados derechos acudiendo a las demás fuentes del derecho laboral (Vrb.gr. el contrato colectivo, la costumbre, etc.). Afirma, atinadamente, Pla Rodríguez que, en este último caso, no opera una derogación de la ley en el concepto usual del término; sino que sencillamente ésta deviene en inoperante; a manera de abrogación".* Sentencia Nº 145-2002 del 09 de abril de 2002.

Por último, la regla de la condición más beneficiosa para el trabajador pretende respetar los derechos adquiridos de los trabajadores. Conlleva a que una nueva norma que se promulgue no puede disminuir las condiciones más ventajosas adquiridas previamente por un trabajador.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable. La regla se encuentra íntimamente ligada con la idea de derechos adquiridos de los trabajadores, según los cuales, si una determinada situación ha sido dada conscientemente por el empleador por el transcurso de un tiempo razonable y ésta ha ingresado a su patrimonio, se reputarán como parte integral del contrato individual de trabajo y no podrán ser disminuidas por norma alguna aunque la misma sea de superior rango.[126]

126 *El principio in dubio pro operario y su aplicación en las relaciones de empleo público*, CIJUL en línea, disponible en: http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MzQwMA== (Consultado 04 de mayo de 2015.

- **Aplicación de la norma más favorable al imputado**

El principio de la aplicación de la norma más favorable es un elemento integrante del debido proceso, y por tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia constitucional.[127] Sin embargo, se trata de un principio de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

> *"[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella."*

A la vez, se encuentra regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal, el cual dice:

> *"Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue."*

El citado principio se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el

127 Entre otras, ver sentencia constitucional Nº 1998-0821.

juez -necesariamente- optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que se despenaliza la conducta. Al respecto ha expuesto la Sala Constitucional:

> *"Con relación a la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general, los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión. Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el artículo 34 de la Constitución Política que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable, la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado, como del texto del numeral 12 del Código Penal que indica: «Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.» El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores. El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del*

Derecho Penal obligan a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos. En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso, por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta". Sentencia constitucional Nº 1998-0821 del 10 de febrero de 1998.

- **Rol integrador de las fuentes materiales y de las formales no escritas**

Tal y como se desarrolló anteriormente, las fuentes materiales y las formales no escritas poseen una función informadora en la medida en que inspiran al legislador, sirviendo como base al ordenamiento jurídico; a la vez cumplen una función normativa, porque actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley; y además poseen una función interpretadora y delimitadora al operar como criterio orientador del juez o del intérprete a la hora de aplicar la norma a un caso concreto.

Tanto el Código Civil como la Ley General de Administración Pública le otorgan a las fuentes formales no escritas del ordenamiento jurídico funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas.

En el derecho privado, el uso y la costumbre rigen en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo. Por su parte, los principios generales del derecho son de aplicación en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.[128]

Tratándose del derecho público, la Ley General de la Administración Pública va más allá, disponiendo que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan, y ostentan rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo. Además, expresamente señala la prevalencia de las normas no escritas por sobre las escritas de rango inferior. [129]

Al efecto, la jurisprudencia constitucional ha expuesto:

> "*No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía*".[130] Sentencia constitucional Nº 2011-6221 del 13 de mayo del 2011.

128 Artículos 3 y 4 del Código Civil.
129 Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.
130 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, VOTO Nº 2011-6221 del 13 de mayo del 2011.

IV. Flexibilización de la jerarquía de las fuentes del derecho ambiental y aplicación de la regla de la norma más favorable al interés público ambiental

González Ballar afirma que la interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos, el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir de la *Pacha Mama*. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper - ampliar - los criterios clásicos de la interpretación jurídica.[131]

El derecho ambiental posee un carácter finalista. Dentro de sus objetivos se encuentra la tutela de bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables como lo son la vida, la salud y el equilibrio ecológico, a través de normas jurídicas que buscan "*proteger más y contaminar menos*", o sea, "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*",[132] por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Esos mismos criterios que permiten sustentar la idea de interpretación extensiva, facultan a la vez, flexibilizar la jerarquía de las fuentes del derecho ambiental, en virtud de que lo esencial para el operador jurídico es satisfacer el interés público ambiental, sea el deber

131 González Ballar, R, *Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

132 Prieur, M, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, independientemente del rango de la fuente a aplicar para lograr darle la mejor solución al problema o conflicto acaecido.

La primera razón por la cual sostener la posibilidad de rompimiento o bien flexibilización de la pirámide de fuentes del derecho ambiental, es su carácter de derecho humano previsto de manera expresa en la Constitución Política e integrado además en instrumentos internacionales, entre otros por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible, y la Declaración Río+20 del 2012.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales, se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia. Al efecto, por medio de la sentencia Nº 1994-2485, la Sala 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 mate-

ria 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.[133]

Partiendo del hecho que el derecho ambiental reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica,[134] sería posible afirmar que dichos instrumentos internacionales en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las previstas por la Constitución Política, primarían sobre ésta.

De igual forma, todos aquellos principios y valores constitucionales de carácter ambiental, muchos de ellos contenidos en instrumentos internacionales tanto de *hard law*[135] como de *soft law*, una vez reconocidos

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

134 Al respecto puede consultarse la sentencia constitucional Nº 1995-2313

135 Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan: 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.

por la propio jurisprudencia constitucional, tales como: protector, preventivo, precautorio, contaminador pagador, reparación in integrum, progresividad, no regresión, desarrollo sostenible, interés público ambiental, participación pública, entre otros, se elevan por encima de todo el ordenamiento jurídico hasta lo más alto de la escala jerárquica de las fuentes, poseyendo no únicamente funciones de integración, delimitación e interpretación, sino que además, se posicionan como parámetros de constitucionalidad, debiendo las demás normas jurídicas independientemente de su rango jerárquico, ajustarse a sus lineamientos bajo sanción de invalidez.

Además, a raíz del criterio hermenéutico "*pro homine*" derivado del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, le está permitido al operador jurídico integrar e interpretar la garantía constitucional del artículo 50 a la luz de instrumentos del derecho internacional no vinculantes, tales como declaraciones de principios de las Naciones Unidas o bien, resoluciones o recomendaciones de organismos y agencias internacionales ambientales y de derechos humanos, como por ejemplo el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Internacional del Trabajo, en el tanto otorguen mayor protección a los derechos fundamentales de las personas. De esta forma, documentos en principio no obligatorios, se posicionan como fuentes formales y adquieren el rango de la norma que integran o interpretan.

Lo anterior encuentra asidero en el hecho de que, siendo el derecho ambiental, en palabras de Ojeda Mestre, un "*hijo ilegítimo del derecho administrativo*", sería imposible obviar el vínculo que los une y sus implica-

ciones en cuanto al enriquecimiento del proceso y metodología de integración e interpretación normativa por medio del uso de fuentes no escritas, especialmente los principios generales del derecho.[136] De ahí que, en aplicación del artículo 7 de la Ley General de Administración Pública, estos escalan la pirámide normativa llegando a obtener el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, y ante ausencia de norma adquieren rango de ley.

Aunado a lo anterior, y en virtud de su estatus constitucional y carácter finalista, consideramos aplicable la regla de la norma más favorable a situaciones propias del derecho ambiental. De esta forma, cuando para una misma situación esté regulada por dos o más normas ambientales, debe aplicarse al caso concreto aquella que mejor favorezca el interés público ambiental, independientemente de su rango jerárquico, de tratarse de una norma de carácter general o especial, o bien, de su promulgación en el tiempo.

Al efecto cabe destacar que el principio protector, del cual deriva la regla de la norma más favorable tanto en el derecho laboral como penal, también se encuentra reconocido a nivel constitucional para el derecho ambiental. Al efecto ha expuesto la Sala Constitucional en las sentencias Nº 2008-1331 y Nº 2010-10749, entre muchas otras, lo siguiente:

> *"El principio de protección al medio ambiente no es una recomendación o una intención*

136 Al respecto se recomienda el artículo del profesor Rafael González Ballar denominado "El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental" en *Temas de Derecho Ambiental, Primera Edición*, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001.

> *que da la Constitución, sino que, por el contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente".*

Otro aspecto a tomar en cuenta para justificar la regla de la aplicación de la norma más favorable, y por tanto, la flexibilización de la jerarquía de la fuentes, es el reconocimiento a nivel constitucional y del derecho internacional ambiental del principio precautorio o *in dubio pro natura* cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades.[137]

Además de su amplio desarrollo a nivel jurisprudencial y del derecho internacional, este principio se encuentra expresamente contemplado a nivel legal a partir de la promulgación de la Ley de Biodiversidad en el año 1998, en su artículo 11 inciso 2:

> *Criterio Precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.*

137 Votos constitucionales Nº 2011-14596 y Nº 2011-16316.

A raíz del principio precautorio e in dubio pro natura, el Estado debe adoptar acciones anticipadas, necesarias para proteger y conservar el ambiente y la salud de las personas, cuando exista riesgo de afectación para aquellos[138], teniendo consecuencias en materia procesal en relación a la adopción de medidas cautelares,[139] así como en la carga de la prueba,[140] ésta última regu-

138 Voto Nº 90-F—S1-2011 de las 8:50 horas del 03/02/2011, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

139 *"…Tercero, y más importante, a raíz del principio indubio pro natura, el presupuesto de periculum in mora está expresamente regulado al hablar de un daño grave e irreversible y se redimensiona dicho presupuesto de aplicación sobreponiéndolo a falta de criterios científicos que puedan determinar el fumus bonis iuris o verosimilitud del buen derecho. Bajo esta inteligencia, aún en caso de duda de que se esté produciendo daño ambiental, deben dictarse las medidas más adecuadas para evitarlo" "…En virtud del principio precautorio, en caso de duda o de certeza científica sobre si se está cometiendo daño ambiental, es deber del juzgador agrario aplicar las medidas cautelares típicas o atípicas necesarias para evitar un menoscabo a los recursos naturales. Es la esencia de las medidas cautelares agroambientales".* TRIBUNAL AGRARIO, voto Nº 106-2008 de las 3:30 horas del 13 de febrero del 2008.

140 *"Una consecuencia procesal que produce la aplicación del principio precautorio, es la inversión de la carga de la prueba, aspecto que está expresamente regulado en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, que dispone: "La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental", norma que debe verse en estrecha relación el artículo 5 de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que "quién demanda debe probar", y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, "se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado" (sobre la carga dinámica de la prueba puede consultarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo del 2008). Esta posición es aceptada por la doctrina del derecho ambiental, que en ese sentido ha indicado lo siguiente: "En el proceso ambiental, especialmente en función del principio precautorio, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico (según la cual es principio "que todo el que alega un hecho como*

lada por el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, recayendo en cuanto a la demostración de ausencia de contaminación, degradación o afectación ambiental, en quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.

En tanto las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio *in dubio pro natura* aplicando aquella norma, escrita o no escrita, sustantivo o procesal, que mejor satisfaga los fines propios del derecho ambiental, sea la protección de la vida, salud y equilibrio ecológico, independientemente de que se cuente o no con plena certeza científica. En este mismo sentido, la Constitución Política de Ecuador en su artículo 395, dispone que en caso de duda respecto al alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza, mientras que la jurisprudencia brasileña ha expuesto: *"la legislación de amparo de los sujetos vulnerables y de los intereses difusos y colectivos, debe interpretarse de la manera que*

pretensión o defensa tiene la carga de probarlo") y cobra vida, en función de la precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado), por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la prueba. Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental imponen hablar de un "verdadero derecho procesal ambiental", sea considerado como una rama autónoma o no; y la complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas también inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho la conveniencia de contar con fueros especializados en la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva del principio de precaución". (Martínez, María Paulina. "El principio precautorio". En Protección Ambiental, Argentina, 2008, p. 122)." TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN IV, voto Nº 4399-2010 de las 10:40 horas del 14 de diciembre del 2010.

les sea más favorable y mejor pueda viabilizar, en el plano de la eficacia, la prestación jurisdiccional y la ratio essendi de la norma. La hermenéutica jurídico ambiental se rige por el principio in dubio pro natura".[141]

Al igual que como se expuso respecto a la materia laboral y penal, la regla de la condición más beneficiosa derivada del principio protector, la cual conlleva a que una nueva norma que se promulgue no puede disminuir las condiciones más ventajosas adquiridas previamente, también encuentra asidero en materia ambiental gracias al reconocimiento jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional, de los principios de progresividad y no regresividad o prohibición de retroceso del derecho ambiental.

Tratándose de derechos estrictamente ambientales la Sala Constitucional desarrolló, a partir del voto Nº 2012-13367, el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas, políticas ni aprobar ni modificar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas. Al efecto dispuso:

> *"V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos*

141 TRIBUNAL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE BRASIL, SALA SEGUNDA, *caso: Brasilit Industria e Comercio Ltda Y Otro C. Ministerio Público Del Estado De Río De Janeiro*, del 12 de setiembre del 2013.

ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad abso-

luta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección".

Nótese que los principios de progresividad y no regresión obligan al operador jurídico a interpretar y aplicar la normativa ambiental escogiendo aquella que más beneficie al ambiente, en la medida que lo haga considerando las reglas unívocas de la ciencia y técnica. El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias,[142] reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhausti-

142 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Votos constitucionales Nº 14293-2005, Nº 17126-2006, Nº 2063-2007, Nº 3684-2009, Nº 075-2010, Nº 21258-2010, entre otros.

vos y comprehensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

Por último, el derecho internacional ambiental también prevé como regla la aplicación de la norma más favorable. Al efecto cabe citar a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki, que prevén la superioridad de la norma que más beneficie al ambiente; de igual manera, 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.

A manera de cierre, es posible concluir que el estatus constitucional y carácter finalista del derecho ambiental, así como los principios protector, in dubio pro natura, progresividad, y no regresividad, obligan al operador jurídico a aplicar las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental, lo anterior independientemente de su rango o nivel jerárquico, de tratarse de una norma de carácter general o especial, o de su promulgación en el tiempo.

Bibliografía

Bejarano, Silvia, *Principios del Derecho Laboral*, inédito, 2012.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, edición actualizada, corregida y aumentada, 2010.

Cafferatta, Néstor, *Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental*, Nº 04, Asunción, 2009.

Cafferatta, Néstor, "Orden Público y Paradigma ambiental", en prensa, *ED Suplemento de Derecho Ambiental*, 2013.

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

COMISIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS, "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", CIDH, accesible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm

Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1958.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México,

disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf

González Ballar, Rafael, *Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Gonzalez Ballar, Rafael, "El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental", en *Temas de Derecho Ambiental*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2001.

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.

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

Peña Chacón, Mario, "Test de regresividad ambiental", en *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, Nº 6, Brasil, 2013.

Peña Chacón, Mario, *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Peña Chacón, Mario, "El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición

de Retroceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 8, mayo 2013.

Peña Chacón, Mario, "La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 7, febrero 2013.

Peña Chacón, Mario, Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en Revista de Direito Ambiental, RDA año 18, Nº 71, julio - setiembre Brasil, 2013.

Peña Chacón, Mario, "Gobernanza Territorial y principio de no regresión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Nº 9, agosto 2013.

Peña Chacón, Mario, "Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales", en *Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente*, volumen II, Nº 1, España, enero 2014.

Peña Chacón, Mario, *Hacia una nueva hermenéutica ambiental*, en Revista Justicia Ambiental Nº 6, Santiago, 2014.

Prieur, Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

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

Zeledón Zeledón, Ricardo, *Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario, por un derecho ambiental y un derecho alimentario*, inédito, 2012.

CAPÍTULO 5

RETROACTIVIDAD DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

RETROACTIVIDAD DE LA NORMATIVA AMBIENTAL[143*]

"Nadie tiene el derecho adquirido a contaminar ni puede alegar la existencia de una situación jurídica consolidada cuando estén de por medio intereses colectivos ambientales".

En trabajos anteriores hemos expuesto que el estatus constitucional y carácter finalista del derecho ambiental, así como los principios protector, *in dubio pro natura*, progresividad, y no regresividad, obligan al operador jurídico a aplicar las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental, lo anterior independientemente de su rango o nivel jerárquico, de tratarse de una norma de carácter general o especial, o de su promulgación en el tiempo.

En cuanto a este último aspecto y en virtud del principio de progresividad, la norma ambiental posterior debe ser más rigurosa que la promulgada con anterioridad, y por tanto, debe descartarse la regla de "*lex pos-*

143 *Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

terior derogat priori", en la medida que lo que se busca es precisamente mejorar los niveles de protección mediante la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Ahora bien, tratándose de la aplicación de la norma en el tiempo vale cuestionarse: ¿Es posible aplicar de forma retroactiva la normativa ambiental? ¿El principio constitucional de irretroactividad de la ley prohíbe esta posibilidad? ¿Existen derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas cuando está de por medio un derecho de incidencia colectiva como lo es el de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado?

El presente ensayo pretende darle respuestas a estas interrogantes aplicando las reglas de la hermenéutica ambiental, identificando aquellos supuestos donde es posible e incluso necesario la aplicación retroactiva de la norma ambiental.

I. Principio de irretroactividad de la Ley

El artículo 34 constitucional prohíbe la aplicación retroactiva de las normas jurídicas en aquellas situaciones donde se perjudique al administrado.

Al efecto dispone:

> *"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."*

En virtud de esta disposición constitucional, ningún acto administrativo o disposición normativa puede afectar o proyectar sus efectos sobre el pasado, concretamen-

te respecto de situaciones de hecho o situaciones jurídicas consolidadas o derechos patrimoniales adquiridos.

Se está ante una situación de retroactividad cuando la norma nueva se aplica a un supuesto de hecho ya acaecido y consumado en un momento anterior al de su entrada en vigencia, quedando prohibida la incidencia de la nueva normativa en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores.

Se trata de un principio que resulta de aplicación a toda la legislación, salvo casos excepcionales,[144] de manera que resulta de obligado acatamiento respecto de todas las normas jurídicas en general y no únicamente de las leyes de carácter formal.[145]

El artículo 34 constitucional no prohíbe irrestrictamente la retroactividad, sino únicamente aquella que pretende interferir con derechos patrimoniales adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, nacidas con anterioridad a la promulgación de la ley, o sea, aquellas con características de validez y eficacia perfeccionadas bajo el imperio de otras regulaciones, de forma que sus efectos y consecuencias no pueden ser variadas por nuevas disposiciones, excepto si conllevan beneficio para los interesados.[146]

Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha definido los alcances del principio constitucional de

144 Como excepciones se tiene la materia penal, cuando la nueva norma sustantiva es más favorable al imputado; materia laboral a favor del trabajador y como se verá más adelante en materia ambiental donde aplica la regla de la norma más favorable al interés público ambiental.

145 En ese sentido, consultar las sentencias constitucionales Nº 2001-00618 y Nº 1996-7043.

146 Sentencia constitucional Nº 1996-7046.

irretroactividad de la ley, dejando claro que no consiste en un derecho a que el ordenamiento jurídico se mantenga petrificado, invariable, incólume o inmutable.[147] En la sentencia Nº 2007-2765 la Sala Constitucional planteó así la distinción:

> *"En este caso, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en la certidumbre de que un cambio en el ordenamiento no puede tener la consecuencia de sustraer el bien o el derecho ya adquirido del patrimonio de la persona, o de provocar que si se había dado el presupuesto fáctico con anterioridad a la reforma legal, ya no surja la consecuencia (provechosa, se entiende) que el interesado esperaba de la situación jurídica consolidada. Ahora bien, específicamente en punto a ésta última, se ha entendido también que nadie tiene un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", es decir, a que las reglas nunca cambien".*

En esa misma línea jurisprudencial el voto constitucional Nº 2006-13330 del 6 de setiembre del 2006 dispuso:

> *"Sin embargo, se advierte, que en aplicación de este precepto constitucional, no se genera un "derecho a la inmutabilidad del ordenamiento", de manera que en modo alguno puede pretenderse la inmodificación del ordenamiento jurídico; con lo cual, no puede aspirarse a que una vez nacida a la vida jurídica, la regla que conecta el hecho con el efecto se mantenga, en*

147 Sentencia constitucional Nº 2008-01569.

tanto la misma puede ser modificada o incluso suprimida por norma posterior; sino –como se explicó– que si se ha producido el supuesto condicionante, una reforma normativa que cambie o elimine la regla no podrá tener la virtud de impedir que surja el efecto condicionado que se esperaba bajo el imperio de la norma anterior. Y esto es así porque, como se dijo, lo relevante es que el estado de cosas de que gozaba la persona ya estaba definido en cuanto a sus elementos y a sus efectos, aunque éstos todavía se estén produciendo o, incluso, no hayan comenzado a producirse. De este modo, a lo que la persona tiene derecho es a la consecuencia, no a la regla".

La regla constitucional de la irretroactividad de las normas opera únicamente cuando el legislador ignora o desconoce los efectos consolidados de situaciones jurídicas anteriores a la norma, pero no así sobre los efectos futuros de tales situaciones. Al respecto cabe citar el voto constitucional Nº 2007-4746:

"Del texto transcrito se tiene que en Costa Rica, el constituyente ha previsto la posibilidad de que las normas sean aplicadas incluso a casos anteriores a su entrada en vigencia, siempre y cuando dicha aplicación retroactiva no lesione derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas, procurando garantizar seguridad jurídica a las personas, de manera que cambios en el ordenamiento jurídico no impliquen una afectación de situaciones amparadas en las normas precedentes. Dicho principio constitucional informa todo el orde-

namiento jurídico y tiende a que los administrados estén en condiciones de saber cuáles actividades pueden llevar a cabo y cuales no, y las consecuencias de dichos comportamientos u omisiones. Propiamente en el plano de la normatividad administrativa, la regla consagrada en el artículo 34 constitucional implica que los actos administrativos y las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los administrados, no pueden ser revocadas unilateralmente en virtud de una disposición posterior, excepto si se siguen los rigurosos trámites para ello previstos y, si es el caso, se obliga a la Administración a indemnizar por los daños que una actuación legítima suya cause en una persona o grupo específico de éstas. Es claro que la Administración no queda eternamente sujeta a las reglas que dicta, pues siempre le cabe la posibilidad de revocar dichas normas y sustituirlas por otras más acordes con la realidad actual y que de mejor forman contribuyan a lograr su fin esencial: satisfacer el interés general. Por ello, la modificación reglamentaria de los requisitos o condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados es válida, e incluso su aplicación retroactiva lo es, a menos que –como se dijo- ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas".

A pesar que la Constitución Política establece como límites a la aplicación retroactiva de las normas los "*derechos adquiridos*" y las "*situaciones jurídicas consolidadas*", no llega a definirlos, razón por la cual es necesario acu-

dir a la propia jurisprudencia constitucional para lograr determinar y delimitar su significado y alcances:

> *"Es dable afirmar que, en términos generales, el primero -derecho adquirido- denota a aquella circunstancia consumada en la que una cosa –material o inmaterial, trátese de un bien previamente ajeno o de un derecho antes inexistente– ha ingresado en (o incidido sobre) la esfera patrimonial de la persona, de manera que ésta experimenta una ventaja o beneficio constatable. Por su parte, la «situación jurídica consolidada» representa no tanto un plus patrimonial, sino un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando éstos no se hayan extinguido aún. Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que –por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado– haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado). Desde esta óptica, la situación de la persona viene dada por una proposición lógica del tipo «si..., entonces...»; vale decir: si se ha dado el hecho condicionante, entonces la "situación jurídica consolidada" implica que, necesariamente, deberá darse también el efecto condicionado."*[148]

148 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto Nº 1997-02765, de las quince horas con tres minutos del 20 de mayo de 1997.

Una vez expuesto de forma somera los alcances, límites y restricciones del principio constitucional de irretroactividad de la ley, corresponde cuestionarse su aplicación frente a los derechos de incidencia colectiva de carácter ambiental.

II. Inexistencia de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas en materia ambiental

Por tratarse de un derecho humano y además, normativa de orden público[149], y por tanto de aplicación obligatoria e inmediata, la jurisprudencia constitucional ha sido conteste en considerar que en materia ambiental y de preservación de los derechos a la salud, a la vida y la seguridad de las personas, no es posible considerar la existencia de derechos adquiridos ni de situaciones jurídicas consolidadas.[150]

La Sala Constitucional ha reiterado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural es un derecho fundamental, de modo que frente a los intereses particulares, prevalece sin duda

149 "…es claro que la autorización previa de la municipalidad *no puede estimarse como una excepción de la aplicación de la normativa y exigencias ambientales, toda vez que las mismas son de orden público, en tanto derivan de la obligación constitucional que se impone al Estado –en un sentido amplio e integral– de la tutela ambiental, y el correlativo derecho de todas las personas a tener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derivado directo del artículo 50 constitucional, lo que las hace de acatamiento obligatorio, y no puede excepcionarse su aplicación bajo ningún supuesto, en tanto son expresión del principio constitucional ambiental de la utilización racional de los elementos y recursos que conforman el ambiente*". Sentencia constitucional Nº 2006-13330.

150 Al respecto ver las sentencias constitucionales Nº 2004-14576 y Nº 1993-2742, entre otras.

alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por lo anterior, estando de por medio el ambiente y la salud y por tratarse de normativa de orden público, la aplicación inmediata de la norma que tiene como fin su tutela y protección se impone por sobre otro tipo de normativa (comercial - industrial) que no gozan de dicho rango.[151]

De esta forma, no es posible alegar la existencia de derechos adquiridos ni de situaciones jurídicas consolidadas cuando estos se encuentran en contraposición del derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Cuando un derecho presuntamente adquirido pone en peligro la conservación o sostenibilidad de un derecho de incidencia colectiva de carácter ambiental, la Constitución Política protege y hace prevalecer el derecho fundamental al ambiental, en virtud de los posibles daños de difícil o imposible reparación

En múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional ha anulado actos declarativos de derechos otorgados a particulares, por ser violatorios al derecho fundamental al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incluso por la vía procesal del recurso de amparo, donde naturalmente y de haberlos, la sentencia también debe respetar derechos adquiridos legítimamente.

En respaldo de lo anterior, y a manera de ejemplos es posible citar el voto constitucional Nº 2008-18529 que anuló todos los permisos de construcción otorgados a propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del Parque Nacio-

151 Ver dictamen Nº C-2-2010 de la Procuraduría General de la República.

nal Marino Las Baulas sin que tuvieran la viabilidades ambientales; y en materia de protección de acuíferos, la sentencia constitucional Nº 2004-1923 que anuló los permisos municipales y demás autorizaciones donde particulares contaban con viabilidad ambiental expedida por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

Este mismo criterio también ha sido aplicado a situaciones patrimoniales consolidadas, incluso interlocutoriamente; tales como madera talada al amparo de actos anulados por violar el derecho al ambiente que la Sala Constitucional no ha permitido siquiera la movilización ni aprovechamiento alguno por parte de los permisionarios de una explotación forestal.[152]

Partiendo de la existencia de un orden público ambiental, propio de un Estado Social y Ambiental de Derecho, donde el interés público ambiental, por regla general, prevalece por sobre los intereses particulares, los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas no encuentran cabida cuando entran en conflicto y puedan afectar los derechos ambientales de incidencia colectiva; situación que en nada obstaculiza la posibilidad del respectivo reclamo de los posibles daños y perjuicios ocasionados.

Es posible afirmar entonces que nadie tiene el derecho adquirido a contaminar ni puede alegar la existencia de una situación jurídica consolidada cuando además estén de por medio intereses colectivos ambientales.

152 Sentencia constitucional Nº 2002-6446 y su aclaración y adición: voto Nº 2003-02862.

III. Retroactividad de la normativa ambiental

El estatus constitucional y carácter finalista del derecho ambiental, así como los principios protector, in dubio pro natura, progresividad, y no regresividad, obligan al operador jurídico a aplicar las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental, lo anterior independientemente de su rango o nivel jerárquico, de tratarse de una norma de carácter general o especial, o de su promulgación en el tiempo.

En cuanto a este último aspecto, en virtud del principio de progresividad, la norma ambiental posterior debe ser más rigurosa que la promulgada con anterioridad, y por tanto, debe descartarse la regla de "*lex posterior derogat priori*", en la medida que lo que se busca es precisamente mejorar los niveles de protección mediante la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Bajo esta lógica es absolutamente posible, e incluso en ocasiones necesaria, la aplicación retroactiva de la normativa ambiental, en la medida que esto conlleve mayores niveles de protección.

A continuación se expondrán, a manera de ejemplo, dos distintas situaciones donde se justifica la aplicación retroactiva de las normas ambientales.

- **Licencias ambientales**

El profesor Jordano Fraga[153] nos recuerda que de conformidad con la jurisprudencia española en ma-

153 Jordano Fraga, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, Nº 09, julio 2003, España.

teria de licencias de actividad no existen derechos adquiridos;[154] que sin licencia no hay derecho adquirido[155] y que las licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando.[156]

Señala este ilustre jurista español que las normas ambientales habitualmente miran al futuro (por ejemplo se someten a Evaluación de Impacto Ambiental las futuras actividades que se implanten), pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a Evaluación de Impacto Ambiental). Suele afirmarse en este sentido que las autorizaciones ambientales son actos condiciones con *rebus sic stantibus* incorporado. Muchas veces las normas llevan esa cláusula de progreso clásica de los servicios públicos, normalmente formulada en el derecho ambiental como Best Available Technnology (B.A.T). El Estado social lleva implícito ese poder transformador, pues de otro modo, ese deber de transformación de la sociedad (deber que en España ostenta rango constitucional) sería de imposible realización.[157]

Por su parte, Valls hace mención que la doctrina argentina viene citando desde hace más de un siglo el his-

154 STS de 22 de julio de 1996, Ar. 1996/6203

155 STS de 23 de marzo de 1992. Ar. 1992/3229

156 STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, y STSJ de Andalucía, de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo.

157 Jordano Fraga, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, Nº 09, julio 2003, España.

tórico fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina CXVIII, 278 y XXXI, 23, Podestá, Santiago y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios, de fecha 14 de mayo de 1887, que faculta aplicar la norma ambiental a situaciones creadas, sin violentar el principio de retroactividad, fundado en el deber de proteger la salud pública contra la cual no existen derechos adquiridos.[158]

La situación en Costa Rica es similar a los casos antes citados de España y Argentina. La jurisprudencia

158 SUMARIO: Código Civil, art. 2611. Leyes de la Provincia de Buenos Aires del 31 de mayo de 1822 y de 6 de septiembre de 1881. Ley 13, Título 32, Partida 3°**.** DOCTRINA DEL FALLO: **Antecedentes:** Los saladeristas de Barracas demandaron a la Provincia de Buenos Aires por la indemnización de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas ordenada por la ley de la Provincia de Buenos Aires del 6 de septiembre de 1881. **Doctrina:** "Que por ellas (N. del A: se refiere a las disposiciones administrativas sobre saladeros dictadas hasta la fecha de la ley que motiva el juicio), no se acuerda a los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan a reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas a que debe sujetarse y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida". "Que la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida, por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza y no solamente puede imponer el establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos totalmente inocuos". "Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado correspondiente (arts. 2611 del Código Civil)".

constitucional admite la aplicación de nueva normativa, y por consiguiente de nuevos requisitos en materia de salud y ambiente, respecto de actividades, obras y proyectos que operan desde antes de la entrada en vigencia de tales normas. En ese sentido la sentencia Nº 2004-14576 dispuso:

> *"Al respecto, estima la Sala que a pesar de que efectivamente se le está exigiendo al recurrente el cumplimiento de algunos requisitos que no fueron solicitados por la Administración años atrás, lo cierto del caso es que, por encontrarse de por medio el interés público de proteger la salud, la vida, la seguridad de las personas y el ambiente, no puede considerarse válido el argumento del recurrente en el sentido de que por tener veinte años de operar ahí puede continuar haciéndolo ya que precisamente la exigencia de esas nuevas condiciones y requisitos, tiende a preservar el ambiente y a garantizar el derecho a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas que habitan en el lugar que es una zona residencial. En ese sentido y como en otras ocasiones se ha afirmado, estima la Sala que en tratándose de materia ambiental y de la preservación de los derechos a la salud, a la vida o la seguridad de las personas, no solo no puede considerarse la existencia de derechos adquiridos sino que, además, el Estado siempre cuenta con la posibilidad de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades que desarrollen los individuos, aún cuando el inmueble o el tipo de labor que se realiza, sea anterior a la modificación de la*

ley que exige nuevas condiciones. Debe recordarse que esta Sala en cuanto al ambiente se refiere, ha manifestado que la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural es un derecho fundamental, de modo que frente al interés particular de un individuo a desarrollar una actividad, prevalecerá sin duda alguna, el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho éste que también le concierne a aquél individuo. A partir de lo dicho entonces, estima la Sala que el recurrente no puede alegar que ha derivado derechos adquiridos por haber disfrutado del ejercicio de una actividad que ahora no se ajusta a derecho y por el hecho de que no le hubieran exigido en el pasado el cumplimiento de determinados requisitos, pues el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de velar por el derecho que le asiste a toda persona de gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado así como también del derecho a la vida, a la salud o a la seguridad de las personas predomina sobre el interés privado de la explotación de la actividad de parqueo de cisternas que se ha estado desarrollando en una zona que en la actualidad no reúne las condiciones para ese tipo de labores, sobre todo si se toma en cuenta que, en todo caso, la actividad no cuenta con permiso sanitario de funcionamiento ni tampoco con patente municipal por lo que es evidente que el ejercicio de esa actividad ha estado al margen del ordenamiento jurídico. Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, en caso de que la

actividad deba ser clausurada con fundamento en las anteriores consideraciones, el individuo siempre cuenta con la posibilidad de que se le indemnice cuando ello sea procedente, lo cual, en todo caso, deberá ser determinado por la autoridad competente por cuanto se refiere a un aspecto de legalidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en la especie no se ha producido la violación alegada por la parte recurrente en concordancia con las consideraciones anteriormente señaladas".

En un sentido similar, en el voto Nº 2006-4746 la Sala Constitucional dejó claro que la modificación de los requisitos o condiciones en que puede ser llevada a cabo una actividad por parte de los administrados es válida, e incluso su aplicación retroactiva lo es, a menos que ello provoque el desconocimiento de derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas. De este fallo es posible destacar el siguiente extracto:

"Precisamente, en materia de salud pública los permisos son otorgados por períodos cortos con la intención de que el control que ejerza el Estado (a través del Ministerio de Salud) de las actividades potencialmente lesivas de la salud pública, sea un control constante y efectivo. Al acudir la amparada a solicitar prórroga de su permiso, en el fondo lo que hizo fue requerir una nueva licencia, por lo que en ese momento la Administración no solo podía, sino que además debía, exigirle el cumplimiento de toda la normativa vigente a la fecha de su nueva solicitud. En razón de lo anterior, esta Sala

estima que en la especie no ha ocurrido una aplicación de las normas referidas contraria a la regla contenida en el artículo 34 constitucional, sin perjuicio de la posibilidad que conserva la amparada de acudir a la vía administrativa o a la jurisdicción común a reclamar en caso de que considere encontrarse ante un supuesto de responsabilidad por actividad lícita de la Administración, prevista en los artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública".

La jurisprudencia constitucional reconoce el poder-deber de la Administración de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades en aras de preservar los derechos de incidencia colectiva, sin que sea relevante la fecha en que ha iniciado la actividad, obra o proyecto de que se trate. Este ha sido el criterio sostenido por la Sala Constitucional a partir de la resolución Nº 1993-2742:

"Del informe rendido -que se tiene dado bajo juramento- y de la documentación a él acompañada se desprende que la nueva orden de desalojo emitida por el codemandado Inspector Sanitario de Curridabat, de conformidad con lo ordenado en resolución N° DM 1544-92 -de lo que se reclama-, se basa no sólo en el incumplimiento de parte de la empresa recurrente de anteriores Ordenes Sanitarias para que evacuaran sanitariamente las aguas pluviales y desechos sólidos (aceites) de su propiedad para evitar filtraciones a las propiedades de sus vecinos -de lo que éstos se quejaban- y

para proteger la Salud Pública, sino en el hecho de operar sin el debido Permiso Sanitario de Funcionamiento, que tenía que solicitar al Departamento de Ingeniería Sanitaria lo cual se negó a hacer -pese a la advertencia en tal sentido se le hizo desde el ocho de agosto de mil novecientos ochenta y ocho por medio de la Orden Sanitaria N° 17343-A-, sin que pueda alegarse -como se pretende que la Ley General de Salud entró en vigencia con posterioridad a la construcción y operación de las instalaciones de la recurrente por lo que ésta tenía derechos adquiridos, pues no sólo dicha ley es de orden público y, por ende, oponible a los intereses particulares, sino que en detrimento de la salud pública no existen derechos adquiridos no situaciones jurídicas consolidadas, de manera tal que toda empresa debe adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en esta materia establezca el Estado, sin importar -como en este caso- que aquella haya estado operando antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, a la que en todo caso, deberá adecuarse dentro de un plazo razonable. De modo que lo actuado por los recurridos no resulta arbitrario, pues además de serlo dentro del ámbito de las facultades y competencias otorgadas por la Ley, lo fue para poner a derecho una situación irregular, situación que no remedió la recurrente a pesar de habérsele otorgado al efecto un plazo más que suficiente…".

De las votos antes expuestos se deduce la inexistencia de derechos adquiridos en materia de licencias

y permisos ambientales, siendo que todo tipo de actividades, obras o proyectos en ejecución deben ir adaptándose a la legislación ambiental que se vaya promulgando en el tiempo, normativa que a raíz del principio de progresividad, debe ser cada vez más estricta buscando "proteger más" y "contaminar menos".

Debe tenerse claro que la prohibición de retroactividad contenida en el numeral 34 constitucional no se encuentra en contraposición con el poder-deber conferido a la Administración Pública de velar de modo continuado y progresivo por el cumplimiento del orden público ambiental, por ello ante el incumplimiento de las prevenciones ambientales reglamentarias exigibles a cualquier tipo de concesión o licencia para explotación de una determinada actividad, obra o proyecto que pueda ser calificada de peligrosa, nociva o molesta para el ambiente o la salud, o bien, el riesgo o la constatación de una situación de peligro sobrevenido, justifican e imponen una actuación de fiscalización preventiva por parte de las autoridades competentes, que puede llegar a hacer cesar la actividad originariamente permisible e incluso cancelar la concesión otorgada.

- **Ordenamiento territorial**

El ordenamiento territorial es la expresión espacial de las políticas sociales, ambientales y económicas. Es también un ejercicio administrativo y una política de Estado, basada en la toma de decisiones coordinadas y articuladas, con el fin de garantizar un desarrollo adecuado de los asentamientos humanos, la gestión inte-

gral de los recursos naturales y el desarrollo económico en el territorio.[159]

Por su parte, un Plan Regulador según la Ley de Planificación Urbana, es el instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas.

La jurisprudencia constitucional ha entendido por plan regulador: *"mecanismos amplios de planificación por medio de los cuales, los gobiernos locales deciden acerca del mejor uso que debe ser dado a la tierra, así como al diseño de los servicios públicos, vías locales de comunicación, vivienda y renovación urbana, entre otros. En tal sentido, estos planes constituyen mecanismos de política municipal que permiten planificar el tipo de desarrollo que se desea para cada cantón, en atención de los derechos e intereses de sus habitantes y de los valores de rango constitucional que informan toda actuación pública"* Voto Nº 2007-9120.

La Sala Constitucional en el voto Nº 2006-13330 estimó que los planes reguladores locales por su contenido, eficacia y obligatoriedad general, son *"verdaderas normas jurídicas o leyes en sentido material, toda vez que reconoce derechos y establece obligaciones para los titulares y poseedores de los inmuebles ubicados en la circunscripción territorial del respectivo cantón"*.

159 Definición contenida en la Política Nacional de Ordenamiento Territorial (PNOT) 2012-2014, oficializada por medio del decreto ejecutivo Nº 37623-PLAN-MINAET-MIVAH publicado en el Diario Oficial La Gaceta Nº 89 del 10 de mayo de 2013.

Tratándose por tanto de normas jurídicas en sentido formal, los planes reguladores no podrían, bajo ningún motivo excepcionarse de la aplicación del principio de irretroactividad de la ley.

De esta forma, los planes de ordenamiento territorial, una vez promulgados, surten efectos hacia futuro, debiéndose resguardar todas aquellas situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigencia. De ahí que toda actividad, obra o proyecto desarrollado con antelación y que se encuentre en operación, conserva el estatus obtenido (uso de suelo) bajo la anterior normativa, no obstante la posible disconformidad posterior establecida mediante el nuevo plan de ordenamiento territorio, en la medida que constituye una situación jurídica consolidada que calificaría tácitamente como una "*autorización de un uso no conforme*".

Ahora bien, no resulta posible la aprobación de actividades, obras o proyectos que califiquen como de nuevas y que sean contrarias al plan de ordenamiento territorial vigente, no obstante hubieran sido aprobadas inicialmente a la luz de la anterior normativa, siendo imposible alegar en este supuesto, la existencia de derechos adquiridos, rigiendo en forma absoluta las nuevas normas ambientales y urbanísticas las cuales despliegan sus efectos sobre situaciones realizadas con antelación a su puesta en vigencia.

Además, la autorización previa de uso de suelo no puede estimarse como una excepción de la aplicación de la normativa y exigencias ambientales, toda vez que las mismas son de orden público, en tanto derivan de

la obligación constitucional que se impone al Estado –en un sentido amplio e integral– de la tutela ambiental, y el correlativo derecho de todas las personas a tener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como derivado directo del artículo 50 constitucional, lo que las hace de acatamiento obligatorio, y no puede excepcionarse su aplicación bajo ningún supuesto, en tanto son expresión del principio constitucional ambiental de la utilización racional de los elementos y recursos que conforman el ambiente.[160]

- **Sitios contaminados**

Como es bien sabido, la contaminación de suelos por actividades industriales o de otra naturaleza (industriales, comerciales, de servicios, actividades agropecuarias o agroindustriales) suele producirse en largos periodos de tiempo y cuando esto ocurre, existe la obligación de saneamiento y recomposición, responsabilidad de carácter objetiva que recae generalmente sobre el tenedor actual del terreno contaminado, y que incluye los daños acaecidos en virtud de todas aquellas actividades realizadas sin su conocimiento, o bien con anterioridad a la adquisición del inmueble contaminado.

En el derecho comparado la norma de referencia respecto a la responsabilidad por suelos contaminados es la C*omprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA) de los Estados Unidos, la cual en su sección 107 establece expresamente la retroactividad de sus efectos normativos. En la jurisprudencia norteamericana varios fallos descartan que la aplicación retroactiva de la CERCLA violente las reglas del *due process* al

160 Sentencia constitucional Nº 2006-13330 del 6 de setiembre del 2006.

establecer la responsabilidad de saneamiento de sitios contaminados por conductas acontecidas antes de la aprobación de la CERCLA.[161]

En el caso costarricense se cuenta actualmente con el decreto ejecutivo Nº 37757-S publicado en la Gaceta Nº 132 del 10 de julio de 2013 - Reglamento sobre Valores guía en suelos para descontaminación de sitios afectados por emergencias ambientales y derrames - el cual establece el listado de sustancias químicas y los valores guía a partir de los cuales se podrían provocar alteraciones perjudiciales a la calidad del suelo, a fin de evitar daños a la salud pública y al ambiente; así como los procedimientos administrativos para la gestión del riesgo en casos de contaminación de suelo y medios con los que éste tenga contacto, incluyendo una serie de reglas especiales respecto a la responsabilidad por daño ambiental y el consecuente deber de saneamiento de suelos en situaciones relativas a sitios contaminados abandonados, donaciones y transferencias de inmuebles contaminados, cambios de uso de suelo y situaciones de contaminación en sitios ocupados trazable a ocupantes anteriores o actividades externas.

Debe tenerse presente que en materia de suelos contaminados se parte de la hipótesis de la persistencia de la polución y de sus potenciales efectos nocivos, por ello el acto declarativo de sitio contaminado, así como la obligación de saneamiento, subsisten mientras sigan activos los productos o sustancias depositada en el inmueble contaminado, independientemente de la época en que éstos fueron introducidos.

161 Al respecto ver Unites States v. South Carolina Recycling & Disposal, Inc., 653 f..Supp 984 8 D.S.C 1984; Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co., Inc 810 F. 2d 726 (8 Cir. 1986); State of New York v. Shore Realty Corp, 759 F. 2d 1032 (2d Cir. 1985).

Ahora bien, partiendo del hecho de que el ordenamiento jurídico costarricense permite la aplicación retroactiva de la normativa ambiental, y tomando en cuenta que no existe el derecho adquirido a contaminar el suelo con peligro para el ambiente y la salud de las presentes y futuras generaciones, el reglamento sobre contaminación de suelos antes citado puede y debe aplicarse a situaciones acontecidas con anterioridad a su puesta en vigencia, en la medida que la recomposición del ambiente es una obligación constitucional preexistente a la puesta en vigencia del reglamento de rito, sustentada en el numeral 50 constitucional que contiene el deber estatal y de los particulares de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de fijar las responsabilidades y las sanciones correspondientes, reforzada además, entre otras, por la Ley Orgánica del Ambiente de 1995 como en la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos del año 1998, y la Ley de Gestión Integral de Residuos del 2010.

En este sentido coincidimos plenamente con Jordano Fraga en cuanto a que si se afirma *ex novo* el deber de descontaminar suelos no se está creando *ex novo* la responsabilidad con carácter retroactivo, sino especificando un procedimiento en el que se otorgan poderes a la Administración (con la eventual supervisión, en su caso, de los tribunales).[162]

Con el fin de responder las interrogantes expuestas en la parte introductoria de este artículo, y a mane-

162 Jordano Fraga, J, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, Nº 09, julio 2003, España.

ra de conclusión, puede afirmarse que en virtud de la inexistencia de derechos patrimoniales adquiridos y de situaciones jurídicas consolidadas frente a derechos de incidencia colectiva, es posible y en ocasiones necesaria, la aplicación retroactiva de la normativa ambiental sin que ello violente el principio contenido en el numeral 34 constitucional.

Bibliografía

Baño León, José María, "Los suelos contaminados: obligación de saneamiento y derecho de propiedad", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Nº 02, 2002.

Franco, Horacio J., "Pasivos Ambientales y realidad económica", *Revista Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Nº 33, 2013.

Jordano Fraga, Jesús, "El Derecho Ambiental del siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho", *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, Nº 09, julio 2003.

Peña Chacón, Mario, "Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales", *Revista Monfrague*, Desarrollo Resiliente, volumen II, Nº 1, enero 2014, accesible en: http://monfragueresiliente.com/numero3/indice3.html

Peña Chacón, Mario, "Hacia una nueva hermenéutica ambiental", en *Lex, Difusión y Análisis*, año XII, Nº 222, México, diciembre 2013.

Peña Chacón, Mario, "Aplicación de la regla de la norma más favorable", *Biblioteca Jurídica digital Maes-*

tría Derecho Ambiental, Universidad de Costa Rica, enero 2014, accesible en: http://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2014/01/aplicacic3b3n-de-la-regla-de-la-norma-mc3a1s-favorable-en-el-derecho-ambiental-1.pdf

Valls, Mario Francisco, *Derecho Ambiental*, Iera Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

CAPÍTULO 6

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL[163*]

El carácter finalista del derecho ambiental, su condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión y precautorio, obligan un nuevo enfoque hermenéutico donde el exégeta deberá tener como norte su espíritu, finalidad y en especial, su objetivo primordial de tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico, en armonía con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado previsto en el numeral 50 constitucional.

El operador jurídico debe buscar aquella interpretación que permita aplicar la norma para "*proteger más y contaminar menos*", "*aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación*" sin perder de vista la necesidad de un "*uso racional de los recursos naturales*" que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

163 *Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

Ante esta realidad, la técnica de las sentencias interpretativas y el método de interpretación conforme al bloque de constitucionalidad se constituyen en herramientas procesales fundamentales con las que cuenta el juez constitucional que le permiten viabilizar, en el plano de la eficacia, la prestación jurisdiccional y la *ratio essendi* de la normativa ambiental.

I. Sentencias Interpretativas Constitucionales

El artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece como objeto de esta jurisdicción garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Además, el numeral 13 de la citada norma le otorga a la jurisprudencia y precedentes constitucionales fuerza vinculante *erga omnes*, salvo para sí misma.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su numeral 8 inciso primero, prohíbe a los funcionarios judiciales aplicar leyes y otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al Derecho Internacional o Comunitario, ni interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

De los artículos antes expuestos es posible derivar el principio de supremacía o prioridad jerárquica y cualitativa de la Constitución Política, así como su carácter normativo, el cual obliga interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de conformidad con las normas,

principios, valores y jurisprudencia constitucionales, elementos que se convierten en parámetros hermenéuticos que fijan la constitucionalidad de las demás normas que integran el sistema jurídico.

De esta forma y en palabras de Arguedas Ramírez,[164] la Sala Constitucional actúa, en el sistema costarricense, como intérprete supremo de las normas que integran el bloque de constitucionalidad y de las restantes de rango inferior cuando su interpretación resulte imprescindible para dar cabal cumplimiento (plenitud) a cualquiera de la funciones propias del órgano de la jurisdicción constitucional.

En aplicación de las facultades otorgadas tanto por la Ley de Jurisdicción Constitucional como por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Constitucional mediante la técnica de las sentencias interpretativas, dispone la interpretación constitucionalmente válida de las normas jurídicas, descarta todas aquellas que considere que violentan las normas, principios, valores y jurisprudencia constitucionales, o bien afirma expresa o implícitamente la constitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de un texto legal.[165]

Por medio de la técnica de las sentencias interpretativas, la Sala Constitucional reafirma la constitucio-

164 Arguedas Ramírez, C, "La interpretación judicial y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica", *Revista de Estudios Constitucionales*, volumen 1, Nº 1, Chile, 2003, disponible en: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010120

165 Arce Gómez, C, *tesis doctoral Sala Constitucional legislador positivo*, disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan047691.pdf

nalidad de la norma sujeta a impugnación, o bien de una parte de ella, señalando cuál es la interpretación y aplicación conforme con el derecho de la Constitución. Se salva, efectivamente, la constitucionalidad de la norma en cuanto tal, pero a condición de que se interprete y aplique de una determinada forma, sea la que la Sala Constitucional fija.[166]

Rubio Correa[167] señala que este tipo de sentencias están referidas al contenido normativo de las disposiciones de rango de ley que puedan tener más de una interpretación posible. De estas varias interpretaciones, una debe ser acorde con la Constitución y las otras no lo serán. Así pues, una sentencia interpretativa es aquella que elige la interpretación constitucional de una disposición y la establece como obligatoria, señalando que las otras interpretaciones son inconstitucionales.

Para Arce Gómez,[168] las sentencias interpretativas constituyen un procedimiento por medio del cual los tribunales constitucionales dejan de cumplir con su función de legislador negativo y tienden a asumir una función de legislador positivo, sea, la de un tribunal creador de normas. Por medio de este instrumento procesal, el juez constitucional puede terminar sustituyendo a la Asamblea Legislativa en su función de creador de normas primarias con eficacia *erga omnes*.

166 Solano Carrera, L, "A veinte años de la Sala Constitucional: reflexiones sobre impactos, riesgos y desafíos", *Estado Nación*, disponible en: http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info15cap7.pdf

167 Citado por Arce Gómez, C, "La Sala Constitucional como legislador positivo", *Tesis para optar grado doctoral de la Universidad Estatal a Distacia,* disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan047691.pdf

168 Arce Gómez, C, *Op. Cit.*

En esa misma línea, Hernández Valle[169] explica que esta técnica interpretativa, bajo determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía los tribunales constitucionales podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Constitución, introducir normas *ex novo* en el ordenamiento jurídico.[170]

De la mano con la técnica de las sentencias interpretativas constitucionales se encuentra el método de interpretación conforme con la Constitución. Este método interpretativo deriva del carácter normativo y rango superior y supremo dentro del ordenamiento jurídico que ostenta la Constitución Política.

El método de interpretación conforme implica que ante varias posibles interpretaciones de una norma jurídica, el juez constitucional debe escoger aquella que mejor armonice con el derecho de la Constitución, absteniéndose en la medida de lo posible, de declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Para González Ballar,[171] la supresión de una ley o parte de ella del ordenamiento jurídico constituye un "*trauma*" en el sistema, situación que impone al juez constitucional una actitud madura frente al conflicto planteado. La posibilidad de instaurar "*interpretaciones*

169 Hernández Valle, R, "La interpretación constitucional en Costa Rica", *Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM*, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2701/27.pdf

170 Por no ser el objeto de este estudio, dejaremos que sean los constitucionalistas los que discutan y polemicen respecto al rol de legislador positivo de la Sala Constitucional.

171 González Ballar, R, y otros, *La Sala Constitucional, entre el ser y el deber ser. Perfilando un nuevo juez constitucional*, obra pendiente de publicación.

conformes", es una de las herramientas dogmáticamente reconocidas para mantener la regularidad constitucional sin la gravosa sentencia de inconstitucionalidad; pista que lleva a establecer que el operador jurídico debe encausar su análisis bajo un derrotero: la afectación flagrante, directa y gravosa del texto normativo frente al bloque de constitucionalidad, guías que, de toda suerte, son una garantía de tutela de los derechos fundamentales de los sujetos.

Jinesta Lobo[172] señala que el método de interpretación conforme se sustenta en una doble presunción: subjetiva de que el legislador realizó su función dentro de los límites constitucionales (*favor legislatoris*): y objetiva de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (*favor legis*). Esta última supone que la norma o acto no adolece de ningún vicio que lo invalide y su fundamento radica en la necesidad de conservar el Derecho. Para este autor, el método de interpretación conforme surge del principio *favor legitimatis*, que pretende conservar el derecho para evitar el denominado *horror vacui* producido por la anulación de una ley, asegurar la supremacía de la Constitución y respetar la seguridad jurídica. También encuentra fundamento en otros principios tales como el de jerarquía normativa, seguridad jurídica entroncado con los de unidad y coherencia, los que suponen una interpretación coordinada del ordenamiento jurídico para evitar antinomias. También juega un rol importante el principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, a efecto de evitar lagunas.

172 Jinesta Lobo, E, "Interpretación y aplicación directa del derecho de la Constitución por el juez ordinario", *Revista Ivstitita*, año 10, Nº 118-119, octubre-noviembre 2006.

En virtud de que el bloque de constitucionalidad se encuentre compuesto también por el derecho internacional y comunitario, el juez constitucional está obligado a integrar el criterio de interpretación conforme de las normas constitucionales e infra constitucionales a la luz del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.

Según explica Ferrer Mac-Gregor[173], la cláusula de interpretación conforme contiene un "*principio de armonización*" entre la Constitución Política y el derecho internacional. Lo anterior significa que el juez constitucional debe procurar una interpretación que permita "*armonizar*" la "*norma nacional y la internacional*". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. De ahí que esta cláusula cumple con una función hermenéutica de armonización.

A las sentencias interpretativas que llegan a sustituir la voluntad del legislador, y que por tanto se convierten en sentencias normativas, Hernández Valle[174] las clasifica en dos clases: las aditivas y las sustitutivas, y éstas últimas las divide a su vez en las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigencia normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.

173 Ferrer Mac-Gregor, E, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, accesible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf

174 Hernández Valle, R, *La problemática de las sentencias normativas, en La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, San José, EUNED, 1996.

En cuanto a las aditivas Hernández Valle[175] expone que son aquellas que se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales textos o normas no dicen y debieran decir. Respecto a este tipo de sentencias, los tribunales constitucionales tienen dos opciones: crear la norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.

Respecto a las sustitutivas, el autor antes citado manifiesta que se trata de sentencias que innovan el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con efectos erga omnes. La característica de las sentencias estimatorias sustitutivas, radica en que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario pues crea normas jurídicas con eficacia erga omnes que sustituyen las declaradas inconstitucionales, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional le introduce una nueva normativa en sustitución de la anulada. Por su parte, las sentencias constitucionales sustitutivas que ponen en vigencia normas derogadas, se producen en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que debe ser colmado mientras el legislador dicta la correspondiente normativa sustitutiva.

175 Hernández Valle, R, *Ibid.*

II. Sentencias Interpretativas en materia ambiental

En materia ambiental han sido múltiples las sentencias interpretativas constitucionales que, aplicando el criterio de interpretación conforme, han mantenido la vigencia de normas jurídicas impugnadas armonizándolas con los valores, principios y normas constitucionales, especialmente a la luz del artículo 50 constitucional y el derecho internacional.

Como muestra de lo antes expuesto, mediante la resolución Nº 2012-1283, el tribunal constitucional costarricense declaró la constitucionalidad de los artículo 21 y 29 del Decreto Ejecutivo Nº 35884-MINAET - Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas - siempre que se interprete que el transcurso de la audiencia sin pronunciamiento de los entes respectivos, no significa su conformidad ni mucho menos un criterio favorable. De esta forma, la Sala Constitucional mantiene y protege su propia línea jurisprudencial respecto a la prohibición de la aplicación de la figura del derecho administrativo del silencio positivo en materia de medio ambiente. Sobre el particular dispuso:

> *"En relación con segundo aspecto –aplicación del silencio positivo-, el párrafo final del artículo 17 indica: "(…) Las citadas instituciones deberán contestar en un plazo máximo de 10 días hábiles improrrogable de su notificación, de lo contrario se deberá continuar con el trámite correspondiente." En primer lugar es oportuno indicar que la norma no indica que*

la falta de respuesta suponga la verificación del silencio positivo; lo que señala es que el trámite continuará. El hecho de que el trámite continúe, no significa que opere el silencio positivo, es decir, que se acoja o apruebe la solicitud en trámite. En ese sentido, este Tribunal ha indicado en varias sentencias (Nº 5745-1999 y Nº 5245-2002 entre otras) que el principio del silencio positivo no opera de pleno derecho cuando se trata de procedimientos o actuaciones donde esté en juego la protección del medio ambiente. Si la Administración omite pronunciarse sobre una solicitud o permiso para realizar una determinada actividad, debido a la particular importancia y trascendencia del tema ambiental, prevalece el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de tutelar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre el interés privado de terceros. Es claro que los asuntos ambientales tienen la particularidad, sobre otros de puro derecho que, generalmente, para su conocimiento y resolución se requiere análisis técnicos, evaluaciones, estudios fácticos, lo que no siempre es posible realizar en un período de un mes".

Por su parte, a través del voto Nº 2009-17155 la Sala Constitucional dispuso la constitucionalidad del artículo 6 del Código de Minería respecto a la declaratoria de utilidad pública de la actividad minera, siempre y cuando sea interpretada a la luz del artículo 50 constitucional. Por medio de esta resolución el tribunal constitucional mantiene y consolida su línea de jurispru-

dencia respecto a la obligación de exigir evaluación de impacto ambiental a todas aquellas actividades, obras o proyectos que puedan tener un impacto negativo sobre el ambiente. Al efecto manifestó:

> *"Así las cosas, quedó claro para el legislador, que si bien su intención era incentivar una actividad económica que estaba abandonada en nuestro país por una deficiente legislación, no se dejaba de lado la importancia de prevenir cualquier daño que se produjera al ambiente y por ello se exigió un estudio previo a cualquier exploración o explotación minera. Como se indicó anteriormente, la Sala reconoce la necesidad de una inter-relación equilibrada entre los elementos críticos del desarrollo económico (turismo, inversión, empleo, infraestructura, finanzas sanas y sistema tributario) de la política social (educación, salud, seguridad) y de la protección medioambiental. Sin embargo, la responsabilidad consiste en equilibrar la protección del ambiente, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, que justifique la intervención del Estado. Lo anterior, por cuanto una protección excesiva del ambiente que anule toda actividad económica, puede hacer incurrir a los particulares en costos desproporcionados e innecesarios, tornando algunas actividades productivas en ruinosas y generando pobreza y desempleo, lo cual impactaría negativamente a la gente. Pero de igual modo, una actividad económica descontrolada e irresponsable puede producir un daño irreversible en el ecosistema, razón por la cual*

se impone la aplicación del principio "in dubio pro natura", en el sentido de que si existe duda sobre si una actividad produce o no daños al ambiente, debe priorizarse en su protección y en consecuencia, limitarse o prohibirse dicha actividad. No obstante, la determinación de esa duda, no puede, ni debe, quedar al arbitrio de los grupos sea cual sea, sino de estudios técnicos, pues este aplicará cuando haya peligro de daño grave o irreversible en el ambiente. Precisamente el artículo 3 del Código de Minería, dispone que todo permiso de exploración o concesión de explotación requiere de previo el análisis y la aprobación del estudio o evaluación de impacto ambiental. Lo anterior, por cuanto sin duda alguna los efectos que produce un proyecto minero requieren de una evaluación de impacto ambiental por las consecuencias que se suelen producir en el desarrollo de la industria minera, y esta evaluación previa determinará si el proyecto es ambientalmente viable. En consecuencia de lo expuesto, la declaratoria de utilidad pública de una actividad como la minería, no resulta inconstitucional per se, siempre y cuando sea interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 de nuestra Constitución Política según los términos expuestos".

Ahora bien, siguiendo la clasificación propuesta por Hernández Valle desarrollada en la sección primera de este trabajo, se expondrán y analizarán a continuación sentencias interpretativas-normativas en materia ambiental que califican tanto de aditivas como de sustitutivas.

- **Sentencias aditivas**

En un primer orden de ideas se encuentran las sentencias normativas aditivas, sea aquellas relacionadas con la inconstitucionalidad por omisión. En relación a ellas, la Sala Constitucional a través del voto Nº 2003-10421 expuso:

> *"Este Tribunal, en el ejercicio del control de constitucionalidad, ha aplicado el principio de conservación de las normas, para dictar sentencias anulatorias cuando la infracción constitucional sea insuperable, sea por la confrontación del texto de la norma, de sus efectos, de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales (art. 3). En la medida en que la constitucionalidad de la norma sea superable mediante su interpretación conforme o por otro medio, puede y debe evitarse la drástica solución anulatoria. El legislador no dispuso regulaciones concretas sobre las sentencias estimatorias en los casos en que la violación constitucional haya sido declarada por causa de una omisión, por lo que la Sala, en algún caso, ha aplicado analógicamente el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, referido al amparo, el cual dispone que "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" (v. sentencia Nº 1463-90 de 14:30 hrs. de 30 de octubre de*

1990). Sin embargo, la Sala considera que dicha disposición, si bien resulta aplicable a los casos en que ha existido una omisión de reglamentar, determinada en la vía del amparo o de la acción de inconstitucionalidad, no lo es, necesariamente, en casos como el presente, en que la sentencia estimatoria de la acción detecta una omisión normativa, o un vacío, que incluso puede ser consecuencia de un error del que dicta la norma, la cual es, precisamente, la causa de la inconstitucionalidad y que puede ser subsanado por otros medios. En efecto, el legislador dejó en manos del Tribunal la solución a las omisiones inconstitucionales y a las inconstitucionalidades por omisión, para lo cual el Tribunal ha de disponer lo procedente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual, a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del derecho constitucional, así como los del derecho público y procesal generales o, en su caso, los del derecho internacional o comunitario y, además, por su orden, la Ley General de la Administración Pública, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Códigos Procesales. Como la inconstitucionalidad radica en la omisión dicha, no así en el contenido de las normas mismas, tampoco no cabe aplicar los efectos anulatorios previstos en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional porque dicha omisión no puede tener como consecuencia una sentencia anulatoria, ya que es obvio que a las omisiones no es aplicable anu-

lación alguna, sino que la omisión sólo debe ser reparada o satisfecha".

Bajo el anterior fundamento jurídico y ante acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 128, 129, 140, 141, 152 y 153 del Reglamento al Código de Minería, Decreto Ejecutivo Nº 29300-MINAE, la Sala Constitucional determinó que se encontraba ante una infracción constitucional por omisión disponiendo al efecto:

"A pesar de la simplicidad del argumento constitucional de fondo del cual se deriva la inconstitucionalidad señalada, el asunto entraña una particular situación, desde el punto de vista de los efectos de la sentencia, ya que una aplicación pura y simple de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional conduciría a la drástica solución de disponer la anulación de los artículos 129 y 153 del Decreto; sin embargo, ninguno de los requisitos contemplados en esas disposiciones es impugnado, ni la Sala encuentra inconstitucionalidad alguna. Lo que ocurre, desde el punto de vista de la estructura normativa, no es que dichos artículos sean inconstitucionales, sino que faltó disponer la norma que dice que para la aprobación de los proyectos menores y específicos previstos en los artículos 128 y 152 del Decreto es necesario el estudio de impacto ambiental, la cual existe en el ordenamiento, derivada del artículo 50 constitucional, de los instrumentos internacionales citados supra y de la jurisprudencia de la Sala, con lo cual, ha de interpretarse, en la misma forma que este

> *Tribunal lo ha hecho en la vía de amparo, que es obligatorio el estudio de impacto ambiental para otros casos concretos, igualmente, para los procedimientos menores y específicos.*

En virtud de lo anterior, la Sala Constitucional declaró con lugar la acción, únicamente en cuanto a la inconstitucionalidad de la omisión de exigir evaluación de impacto ambiental y su correspondiente aprobación por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental como requisito previo a las solicitudes de permisos mineros para proyectos menores y específicos.[176]

También es posible citar el voto constitucional Nº 2007-3923 que declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídico "*bosque*" del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente, específicamente por dejar por fuera del concepto "*bosque*" aquellos ecosistemas forestales todas aquellas especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas. En lo que interesa expuso la Sala:

> *"Ciertamente la reforma a esta ley, que se produjo mediante ley Nº 7575 de 5 de febrero de 1996, tuvo como fin el promover e incentivar la reforestación en nuestro país, para lo cual intentó librar de trámites innecesarios la corta de determinado tipo de árboles. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que al haber pasado la ley de una definición amplia de bosque, con mayor cobertura de protección, a*

176 Al respecto ver los votos constitucionales Nº 2002-1221 y Nº 2003-6312.

una tan restringida en cuanto a especies y superficie, hace que la protección dada con anterioridad al ambiente, haya sido disminuida sin una justificación razonable, que vaya más allá de la necesidad de reforestar y eliminar las trabas administrativas, como un incentivo de esta actividad, pero sin asegurar previamente, que está en su ejecución, no pusiera en peligro el ambiente. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito compromisos internacionales de protección al ambiente y uno de los principios que debe resguardar es el principio precautorio ya citado, según el cual, la prevención debe anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, este principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Sin duda alguna, para ello se requiere de una posición preventiva, activa y alerta por parte de la administración, pues una conducta posterior y únicamente sancionatoria, haría nugatoria cualquier acción efectiva que se pretenda a favor del ambiente, donde una vez producido el daño, difícilmente puede ser restaurado y sus efectos nocivos pueden afectar no sólo a nivel nacional, sino mundial. Y es que este, es uno de los principios rectores

en materia ambiental, la prevención. Con ello no se trata tampoco de evitar el desarrollo y detener el progreso y la economía, sin embargo se debe procurar un equilibrio que le permita al ser humano desarrollarse, pero también vivir y disfrutar ese desarrollo, al cual tienen derecho no sólo las generaciones actuales, sino también las venideras. (…) Según el análisis practicado al artículo impugnado, el legislador modificó el concepto de bosque a partir del cual se desarrolla la protección, restricciones y permisos otorgados en la Ley Forestal -como es el caso del artículo 28 en cuestión "Excepción de permiso de corta"-, de tal manera que, restringió sin fundamento técnico, el concepto anterior de bosque existente en la ley previo a su reforma. De modo que fueron dejadas sin protección vía ley, las especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas que constituyeran bosque, trayendo como consecuencia, que a través del artículo 28 impugnado, no se requiera de permiso para talar, ni siquiera de inspección previa, que permita asegurar que se trata del supuesto que la norma quiso incentivar, toda plantación forestal, sistema agroforestal o cualquier árbol plantado, quedando expuestas áreas que por su ubicación, cantidad y la función que han ejercido durante muchísimos años, amerita la conservación y regulación de su tala, independientemente de la naturaleza de su especie y de la naturaleza del terreno donde se ubique. Así las cosas, esta Sala considera de conformidad con lo expuesto, que en este caso, se produce una inconstitucionalidad por omisión relativa".

Ante la señalada omisión relativa, la Sala Constitucional dejó claro su competencia para declarar su inconstitucionalidad, pero dispuso que una violación de esta naturaleza debe ser subsanada por la Asamblea Legislativa, extendiendo la aplicación de la ley a los casos no contemplados expresamente por ella incluyendo las especies y áreas que quedaron desprotegidas en el concepto de bosque actual, así como tomar medidas de prevención y control sobre las áreas en las que son permitidas la tala. Por ello, estimó que el artículo 28 cuestionado lesionó el artículo 50 de la Constitución Política, pero a fin de no violentar el principio de separación de poderes, procedió a otorgar un plazo prudencial a la Asamblea Legislativa para la subsanación de la violación indicada.

Como puede observarse, en las dos situaciones antes expuestas y por tratarse de inconstitucionalidades por omisión, la Sala Constitucional mantuvo la vigencia de las normas impugnada por medio de sentencias interpretativas.

En el primer caso bajo análisis, mediante una interpretación conforme a la Constitución, la Sala Constitucional exige la evaluación de impacto ambiental a proyectos mineros menores y específicos, ratificando su línea jurisprudencial y evitando con ello una regresión respecto a su propia jurisprudencia. En el segundo, ante la reducción del nivel de protección ambiental obtenido previamente mediante la ley forestal derogada, y tal y como exigen los principios precautorio, objetivación, progresividad y no regresión ambiental, el tribunal constitucional opta por declarar la inconstitucionalidad por omisión de la definición de bosque con-

tenida en la actual ley forestal, otorgándole plazo a la Asamblea Legislativa con el fin que modifique dicha definición, situación aún pendiente por parte del órgano parlamentario.

- **Sentencias sustitutivas**

Las sentencias estimatorias sustitutivas son aquellas que introducen nuevas normas mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original.

Muestra de ello es la sentencia constitucional Nº 2011-16938 que declaró la inconstitucionalidad de varias frases de los artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo Nº 35803-MINAE - Criterios Técnicos para la identificación, clasificación y conservación de humedales - estableciendo en ambos casos una nueva forma constitucional de lectura para dichos artículos, al efecto, la Sala Constitucional dispuso:

> *"El Patrimonio Natural del Estado es un bien jurídico, definido e individualizado en nuestro ordenamiento jurídico, cuyos terrenos que lo conforman según la legislación ambiental, no necesitan de una declaratoria de área silvestre protegida para ser objeto de protección por parte de la Administración. Lo anterior no obsta la obligación de la Administración competente de darles las clasificaciones que científica y técnicamente correspondan, para su debida protección y preservación como áreas silvestres protegidas. Esto es materia de interés público y*

nacional que urge y no puede quedarse indefinidamente sin resolver. Con base en lo expuesto se declara inconstitucional del artículo 2 del Decreto Ejecutivo Nº 35803-MINAET la frase "son aquellos que cuenten con una declaratoria de Area Silvestre Protegida"; en adición, para que la norma preserve su sentido se elimina la conjunción "que", luego de la palabra "continentales". También se declara inconstitucional del artículo 3 del Decreto supracitado la frase "son aquellos que cuenten con una declaratoria como Área Silvestre Protegida"; en adición, para que la norma preserve su sentido también se elimina la conjunción "que", luego de la palabra "marinos". De esta manera se preserva la voluntad del Poder Ejecutivo en el sentido que los citados humedales forman parte del Patrimonio Natural del Estado. En relación con el ordinal 3° se deja la frase "los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación", porque todos los ecosistemas de humedales marinos son áreas inalienables de la zona marítimo terrestre, de dominio público y bienes de la nación, por lo que solo pueden ser administrados por el Estado a través de los órganos que indique la ley. Por consiguiente, los artículos supracitados deberán leerse de la siguiente forma:

"Artículo 2°- Ecosistemas de Humedales Continentales. Los ecosistemas de humedales continentales forman parte del Patrimonio Natural del Estado".

"Artículo 3°- Ecosistemas de Humedales Marinos. Los ecosistemas de humedales marinos

forman parte del Patrimonio Natural del Estado, los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación".

Por su parte, y siempre dentro de las sentencias sustitutivas que introducen nuevas normas, es posible citar el voto constitucional Nº 2012-5593 que eliminó la palabra "*privada*" del artículo 24 del Decreto Ejecutivo Nº 31136-MINAET - Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo- debiendo interpretarse que la audiencia allí establecida y llevada a cabo por el Tribunal Ambiental, una vez concluida la etapa de investigación, es pública, salvo resolución razonada en contrario:

"El Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo regula el procedimiento que se da ante dicho Tribunal, en tanto órgano administrativo desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía y con ocasión de una denuncia ambiental. Según el artículo 24 de dicho reglamento, luego de concluida la etapa de investigación el Tribunal dicta la apertura del procedimiento administrativo citando a las partes a una audiencia, la cual se dice es "oral y privada". Sin embargo, en atención a que no se está en una etapa preliminar de investigación sino que ya la investigación ha concluido, y en atención al derecho de participación ciudadana en materia ambiental, resulta inconstitucional que se establezca –igual que en el resto de procedimientos administrativos que no tratan materia ambiental- que dicha

audiencia será "privada". Antes bien, la regla en esta materia debe ser la audiencia pública, y la excepción, que mediante resolución fundamentada se declare su privacidad. Extrapolando lo que sucede en otra clase de procedimientos donde los juicios son públicos, y guardando las distancias del caso –sea el proceso contencioso administrativo según el artículo 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo o el proceso penal según el artículo 330 del Código Procesal Penal-, el Tribunal Ambiental Administrativo puede igualmente decretar, mediante resolución motivada, que parte de la audiencia se desarrolle de forma privada. Esto es así, pues, a diferencia de otro tipo de procedimientos administrativos donde la regla es la privacidad de las audiencias, en este caso nos encontramos con una materia donde el lesionado o la víctima es toda la comunidad, así que no puede dársele el mismo tratamiento en cuanto a este aspecto. Recuérdese, en los términos dichos en el considerando anterior, que la lesión al derecho fundamental al ambiente lo sufre tanto un individuo en particular como toda la comunidad, así que toda persona debe tener el derecho de poder participar en este tipo de procedimientos administrativos ante el Tribunal Ambiental Administrativo, por lo menos, teniendo el derecho de asistir a las audiencias. La participación comunal en la toma de decisiones en materia ambiental forma parte del debido proceso sustantivo al que debe sujetarse dicho Tribunal, y a la vez es una forma de expresión de la democracia participativa y

una forma de hacer respetar las garantías establecidas en el artículo 50 de la Constitución Política. Así entonces, el hecho de que el artículo impugnado establezca la privacidad de la audiencia, implica una afrenta al derecho de participación en materia ambiental, consagrado en nuestra Constitución Política. Conclusión.- Dado que la privacidad de la audiencia establecida dentro del procedimiento ordinario administrativo del Tribunal Ambiental Administrativo resulta incompatible con el derecho de participación ciudadana, especialmente en asuntos ambientales, procede la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra "privada" contenida en el artículo 24 del Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo. Por lo tanto esta acción se declara con lugar, se anula la palabra "privada", debiendo interpretarse que la audiencia allí establecida y llevada a cabo por ese Tribunal, una vez concluida la etapa de investigación, es pública, salvo resolución razonada en contrario. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efectos de no afectar los procedimientos administrativos ya llevados a cabo, se dimensionan los efectos de tal declaratoria en el sentido de que surte efectos generales a partir de la fecha de esta resolución".

Como puede observarse, en las dos situaciones antes analizadas el tribunal constitucional opta por declarar la inconstitucionalidad, ya sea de frases o bien de palabras dentro de una norma jurídica de carácter am-

biental, las cuales en lo demás, mantienen su vigencia. Sin embargo son modificadas por los jueces constitucionales en su rol de legislador positivo, adquiriendo con ello una nueva connotación y sentido a la luz del derecho de la Constitución.

Por su parte, y tratándose de sentencias sustitutivas que ponen en vigencia normas derogadas, vale la pena citar el voto constitucional Nº 1993-3459 del 20 de agosto de 1993, que vía interpretación, declaró la vigencia de la Ley de Cercas Divisorias y Quemas Nº 121 del 26 de octubre de 1909. Dicha sentencia si bien ratificó la derogatoria del artículo 5 párrafo 5, en cuanto a la responsabilidad penal debido a la promulgación de los Códigos Penales de 1924, 1941 y 1979, lo cierto del caso es que mantuvo la vigencia de los demás artículos aplicables a cualquier otro tipo de responsabilidad. Al efecto dispuso la Sala Constitucional:

> *"Esta Sala participa en un todo de las conclusiones a que llega la Procuraduría General de la República en la contestación que presentó a la audiencia que le fue conferida, pues resulta indudable que la sucesión de leyes en el tiempo, referidas a "quemas de maleza, rastrojos y otros productos de la tierra" y la derogatoria genérica contenida en los códigos Penales de 1924, 1941 y 1970, en relación con las leyes punitivas referidas a los hechos previstos en esos ordenamientos, han producido la derogatoria de la norma consultada. En la norma consulta se reprime a quien hiciere "quemazones en los campos" y en el artículo 555 inciso 21° del Código Penal de 1924, se reprimió con multa*

menor o arresto en sus grados cuarto a sexto, al que infringiere las reglas para la quema de maleza, rastrojos u otros productos de la tierra. La capacidad de subsunción de la conducta de quemar los campos, en ambas normas, es idéntica, razón por la que operó a esa fecha la derogatoria contenida en el artículo 561 del citado Código, al disponerse: "Quedan derogadas todas la leyes punitivas referentes a los hechos previstos y penados en este Código, aún las que hayan especializado la represión de determinados delitos. En el Código de Policía de 1941, en el artículo 161, se dispuso el castigo, con arresto de uno a sesenta días o multa de dos a ciento veinte colones, (inc.1º.) a los que contravinieren las disposiciones encaminadas a prevenir incendios o a evitar su propagación y (inc. 3º.) a quien infringiere las reglas sobre quema de malezas, rastrojos u otros productos de la tierra, disponiéndose a la vez, en el artículo 173 de ese Código, la derogatoria de las disposiciones de carácter punitivo, de todas las leyes referentes a los hechos previstos en ese ordenamiento legal. También en el artículo 403 del Código Penal vigente se penaliza con tres a treinta días multa, al que contraviniere las disposiciones encaminadas a prevenir incendios o a evitar su propagación (inc. 1º.) y a quien infringiere las reglas sobre quema de malezas, rastrojos u otros productos de la tierra (inc. 2º.) y en el 414, se deroga expresamente el Código Penal y de Policía, ambos de 21 de agosto de 1941 y todas las disposiciones legales que los adicionan y reforman, quedan-

> *do igualmente derogadas en sus disposiciones de carácter punitivo, todas las leyes referentes a los hechos previstos y penados en ese Código.*

De manera similar, por medio de la resolución Nº 2008-12109, la Sala Constitucional dispuso la vigencia del decreto ley Nº 65 del 28 de julio de 1888, por medio del cual el legislador ordenó proteger una de la zonas en las que se encuentran las nacientes de agua que abastecen a los habitantes de las provincias de Heredia, Alajuela y parte de San José. En esa ocasión, la Sala Constitucional expuso:

> *"Partiendo de lo externado en los considerandos anteriores, esta Sala considera que en el caso concreto se constata una violación a lo dispuesto por el artículo 50 constitucional, la cual es achacable al Estado y a las municipalidades recurridas. En lo que respecta al Estado Costarricense, se tiene por probado que a lo largo de los años, éste no ha realizado las labores correspondientes a efecto de delimitar la zona comprendida por la ley Nº 65 de mil ochocientos ochenta y ocho, con el fin de garantizar que en dicho lugar no se llevara a cabo ningún tipo de actividad humana y cumplir así con la pretensión que tenía el legislador al momento de dictar la norma de cita. Dicha inercia se mantiene incluso hasta la actualidad, pues el Ministerio de Ambiente y Energía, como autoridad encargada de velar por los recursos naturales del país, ha incumplido con su labor de delimitar y vigilar en forma efectiva, la franja de terreno establecida por la ley Nº 65, ello a*

pesar de que el legislador afectó dicha zona al dominio público con el fin de crear un área libre de cualquier tipo de injerencia de particulares, intención que no se ha cumplido a la fecha, ya que en los autos consta que incluso se han otorgado permisos de construcción en el terreno de cita. En el caso de las municipalidades accionadas, se deduce de la prueba aportada al expediente que dichas corporaciones han otorgado permisos de construcción en la zona comprendida por el decreto ley Nº 65, situación que vulnera no sólo el deseo que tenía el legislador al momento de promulgar la norma de cita, sino que además violenta lo dispuesto por el artículo 50 constitucional, en razón de lo expuesto anteriormente. Conviene mencionar, que si bien en la ley Nº 65 no se establece claramente el grado de limitación al que estaba sometida la zona establecida por dicha ley, lo cierto es que en aplicación del principio de indubio pro natura, y tomando en cuenta el espíritu de la norma de cita, esta Sala considera que debe entenderse que dicha protección es total, por lo que no puede otorgarse ningún tipo de permiso o concesión en dicha franja de terreno. Asimismo, estima este Tribunal que ninguna de las autoridades recurrida puede alegar desconocimiento de lo dispuesto por la ley Nº 65, pues si bien ha transcurrido más de un siglo desde que la misma fuera creada, lo cierto es que dicha norma mantiene aún su vigencia, tal y como se deduce de la Opinión Jurídica Nº OJ-118-2004 de la Procuraduría General de la República. Así, en razón de lo ex-

> *puesto anteriormente, lo procedente es acoger el recurso en cuanto a este extremo, ordenando al Ministerio recurrido coordinar lo correspondiente con el Instituto Geográfico Nacional para delimitar físicamente la zona comprendida por la ley antes citada, para luego recuperar los terrenos que se encuentren ahí y que estén siendo ocupados por particulares; y a las municipalidades accionadas abstenerse de otorgar cualquier tipo de permiso dentro del perímetro establecido por la ley Nº 65".*

En cuanto a estas últimas dos sentencias debe considerarse además que en virtud de la obligación estatal de cumplir y hacer cumplir de manera sostenida y recurrente la legislación ambiental, su incumplimiento e inobservancia sistemática además de producir ineficacia, constituye un tipo especial de regresión ambiental.[177] De esta forma, el órgano constitucional al determinar la vigencia de dichas normas y su carácter vinculante, cumple con su obligación constitucional respecto a garantizar el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

A manera de conclusión general sería posible afirmar que la técnica de las sentencias interpretativas se posiciona como un instrumento esencial e imprescindible con el que cuenta el juez constitucional para garantizar el orden público ambiental y con ello mejorar la efectividad del derecho ambiental.

177 Al respecto puede consultarse el artículo de este mismo autor denominado "Test de Regresividad Ambiental", *Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA)* Nº 6, Brasil, 2003, accesible en la siguiente dirección: http://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2013/12/rida_vol_ii_n06_set-dez_2013.pdf

Bibliografía

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

Arguedas Ramírez, Carlos Manuel. La interpretación judicial y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Revista *de Estudios Constitucionales*, volumen 1, Nº 1, 2003, Chile, 2003.

COMISIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *CIDH*, accesible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, *El nuevo paradigma para el juez mexicano*, accesible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf

González Ballar, Rafael. Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

González Ballar, Rafael. El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

Hernández Valle, Rubén. *La interpretación constitucional en Costa Rica*, Biblioteca Jurídica UNAM, 1996.

Hernández Valle, Rubén. *La problemática de las sentencias normativas, en La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, EUNED, San José, 1996.

Jinesta Lobo, Ernesto. Interpretación y aplicación directa del derecho de la Constitución por el juez ordinario, en *Revista Ivstitita*, año 10, Nº 118-119, octubre-noviembre 2006.

Peña Chacón, Mario. Test de regresividad ambiental, *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, Nº 6, Brasil, 2013.

Peña Chacón, Mario. *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Peña Chacón, Mario. Hacia una nueva hermenéutica ambiental, en Lex, Difusión y Análisis, año XII, Nº 222, México, diciembre 2013.

Solano Carrera, Luis Fernando. A veinte años de la Sala Constitucional: reflexiones sobre impactos, riesgos y desafíos, *XV Informe del Estado del Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 2010.

CAPÍTULO 7

DERECHOS ADQUIRIDOS DE BUENA FE Y SUS IMPLICACIONES AMBIENTALES

DERECHOS ADQUIRIDOS DE BUENA FE Y SUS IMPLICACIONES AMBIENTALES[178*]

No se violan derechos adquiridos cuando están en contra del derecho al ambiente y, específicamente, cuando un derecho presuntamente adquirido se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva; si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, la Constitución protege el derecho ambiental, por razón de los daños irreparables al ambiente.

A la luz de la sentencia constitucional Nº 2013-10540 de las quince horas cincuenta minutos del siete de agosto de 2013, específicamente el voto salvado de los magistrados Fernando Cruz Castro y Gilbert Armijo Sancho, es posible una nueva interpretación, conforme a los principios del derecho ambiental, respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental.

178* Este artículo fue redactado dentro del Proyecto de Investigación denominado "*Gobernanza Territorial y Principio de No Regresión Ambiental*" inscrito ante la Vicerrectoría de Investigación y el Centro de Investigación y Estudios Políticos José María Castro Madriz (CIEP) bajo el código 833-B3-203.

I. Sistema costarricense de control de la constitucionalidad

En el sistema costarricense de control de constitucionalidad, las normas inconstitucionales son nulas desde su origen. Esa nulidad *ex tunc* está prevista en el párrafo primero del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el cual dispone:

> *La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.*

Lo anterior tiene como principal consecuencia que las normas inconstitucionales son inconstitucionales desde su promulgación y, bajo esa inteligencia, su anulación acarrea, cual efecto dominó, la de todos y cada uno de los actos o contratos posteriores dictados con fundamento en esas normas, en virtud que comparten el mismo vicio de inconstitucionalidad desde su nacimiento.

Reforzando lo aquí expuesto, el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone al efecto:

> *La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.*

Como consecuencia de lo anterior, los actos de aplicación nacidos al amparo de una norma declarada inconstitucional, son tan nulos como la norma de la cual devienen y, en consecuencia, en principio, no es posible alegar derechos adquiridos al respecto.

II. Graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en la sentencia constitucional de anulación, el juez constitucional podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que ésta produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social. El ejercicio de esta potestad, a raíz de sus implicaciones, debe fundamentarse, tanto como la sentencia misma.

En igual sentido, el numeral 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estatuye que, entre otros casos, la disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, cuya reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe. Tanto el artículo 91 como el 93 antes expuestos, se sustentan en principios elementales de justicia y seguridad jurídica.

De esta forma y en principio, una sentencia declarativa de inconstitucionalidad debe respetar los derechos adquiridos de buena fe, lo que constituye una excepción a la regla del acatamiento obligatorio a los efectos *ex tunc*.

III. La problemática de la no afectación a derechos adquiridos de buena fe en materia ambiental

Fernández Fernández[179] afirma que, en la práctica, el control constitucional a posteriori no es una garantía de respeto al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política. Lo anterior debido al alcance que se le ha dado a la no afectación a derechos adquiridos de buena fe que regulan tanto el párrafo primero del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como los numerales 130 y 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo.[180]

La no afectación de derechos adquiridos de buena fe generalmente ha sido interpretada como una incolumidad de los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones administrativas otorgadas con base en la normativa declarada inconstitucional o ilegal. Como

179 Fernández Fernández, E, *Reflexiones sobre el principio de no regresión ambiental en el derecho costarricense*, en obra El principio de no Regresión Ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013, accesible en: http://www.regionalcentrelac-undp.org/images//Communications/Doc_CR_Principio_No_Regresi%C3%B3n_Ambiental.pdf

180 "La anulación de un acto administrativo de alcance general producirá efectos erga omnes, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas. La sentencia firme será publicada íntegramente en el diario oficial La Gaceta, con cargo a la administración que la haya dictado". Artículo 130 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo." "La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o la norma, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Si es necesario para la estabilidad social y la seguridad jurídica, la sentencia deberá graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia." Artículo 131 Código Procesal Contencioso Administrativo.

consecuencia de lo anterior, la regla ha sido que las entidades estatales omiten iniciar de oficio los respectivos procesos de lesividad con el fin de anular las autorizaciones que fueron otorgadas durante la vigencia de la normativa que posteriormente fue declarada inconstitucional o ilegal.

A raíz de lo anterior, Fernández Fernández[181] expone que tratándose de materia ambiental, de la cual dependen directamente la vida y la salud de las personas, se hace imperioso que tanto en la jurisdicción constitucional como en la contenciosa administrativa, se dimensionen los efectos de sus sentencias, indicando qué es lo que puede considerarse como un "*derecho adquirido de buena fe*", y además, ordenando a la o las Administraciones que hayan otorgado autorizaciones con base en la normativa declarada inconstitucional o ilegal, el inicio de los procedimientos correspondientes para su anulación, todo sin perjuicio de las indemnizaciones que en derecho correspondan.

IV. Una nueva visión respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad en materia ambiental

Tomando en cuenta la problemática expuesta en el acápite anterior, y en especial, la sentencia constitucio-

181 Fernández Fernández, E, *Reflexiones sobre el principio de no regresión ambiental en el derecho costarricense*, en El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano, PNUD, 2013, accesible en: http://www.regionalcentrelac-undp.org/images//Communications/Doc_CR_Principio_No_Regresi%C3%B3n_Ambiental.pdf

nal Nº 2013-10540 de las quince horas cincuenta minutos del siete de agosto de 2013, específicamente el voto salvado de los magistrado Armijo y Cruz, es posible una nueva interpretación, a la luz de los principios del derecho ambiental, respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando están de por medio derechos colectivos de carácter ambiental.

Para los magistrados redactores del voto salvado, si bien es cierto que la sentencia anulatoria puede graduar y dimensionar en el espacio, tiempo o materia su efecto retroactivo, lo cierto del caso es que dicha graduación o dimensionamiento no puede equivaler a que la sentencia no se haya dictado, o a que el derecho o interés lesionado que da lugar a la interposición de la acción quede desprotegido, máxime estando de por medio el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

V. Derechos adquiridos de buena fe versus derechos colectivos ambientales, hacia una nueva interpretación a la luz de los principios del derecho ambiental

La tesis relevante expuesta en el voto salvado de comentario, criterio compartido en su totalidad por el autor de este artículo, es que no se violan derechos adquiridos cuando están en contra del derecho al ambiente y, específicamente, cuando un derecho presuntamente adquirido se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva; si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, la Cons-

titución Política protege el derecho ambiental, por razón de los daños irreparables al ambiente.

Para darle sustento jurídico a la tesis antes desarrollada, el voto salvado de comentario hace alusión a que la misma Sala Constitucional ha anulado numerosos actos declarativos de derechos otorgados a particulares, por violatorios del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incluso en recursos de amparo, donde naturalmente y de haberlos, la sentencia también debe respetar derechos adquiridos legítimamente.

En respaldo de lo anterior mencionan, a manera de ejemplos, la anulación de todos los permisos de construcción otorgados a propiedades ubicadas dentro de la zona de amortiguamiento (banda de 500 metros) del Parque Nacional Marino Las Baulas sin que tuvieran la viabilidades ambientales (sentencia Nº 2008-018529 de ocho horas y cincuenta y ocho minutos del dieciséis de diciembre del dos mil ocho); y en materia de protección de acuíferos, la anulación de permisos municipales y demás autorizaciones donde particulares contaban con viabilidad ambiental expedida por Secretaría Técnica Nacional (sentencia Nº 2004-01923 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil cuatro).

Este mismo criterio también ha sido aplicado en casos con situaciones patrimoniales consolidadas, incluso interlocutoriamente; tales como madera talada al amparo de actos anulados por violar el derecho al ambiente que la Sala Constitucional no ha permitido siquiera la movilización ni aprovechamiento alguno por parte de los permisionarios de una explotación forestal. (sen-

tencia Nº 6446-2002 del dos de julio de dos mil dos y su aclaración y adición por voto Nº 2003-02862 de nueve de abril del dos mil tres).

VI. Posibilidad de reclamo de daños y perjuicios

Ante la lógica del proceso constitucional y sus principios, el carácter declarativo y retroactivo de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad frente al cual no cabría invocar derechos adquiridos de buena fe, en nada obstaculiza la posibilidad de los titulares de derechos subjetivos de reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El voto salvado de comentario nos recuerda que no se debe confundir la imposibilidad de invocar derechos adquiridos de buena fe, con la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, que a todas luces sería lo procedente para todos aquellos casos donde están de por medio la salvaguarda de derechos colectivos de carácter ambiental, lo anterior en virtud que los daños ambientales generalmente son de difícil o imposible reparación en espacio y tiempo.

Conclusiones

Partiendo de la existencia de un orden público ambiental, propio de un Estado Social y Ambiental de Derecho, donde el interés público ambiental, por regla general, prevalece por sobre los intereses particulares, los derechos adquiridos de buena fe durante la vigencia de una norma jurídica declarada inconstitucional no encuentran cabida cuando entran en conflicto y puedan

afectar los derechos ambientales de incidencia colectiva; situación que en nada obstaculiza la posibilidad del respectivo reclamo de los daños y perjuicios ocasionados.

Debemos tener en cuenta que si bien, el numeral 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone la posibilidad de graduación y dimensionamiento en el espacio, el tiempo o la materia, del efecto retroactivo de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, facultando al juez constitucional a dictar las reglas necesarias para evitar que se produzcan graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, lo cierto del caso es que, estando de por medio el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, casi que por regla general, esas graves dislocaciones las sufre la colectividad como un todo al estar de por medio la afectación a un interés difuso.

Lo resuelto por los magistrados Cruz y Armijo en su voto salvado no sobrepasa el ejercicio normal de las potestades que les otorga la Ley de Jurisdicción Constitucional, siendo su fundamentación totalmente conteste con la doctrina, los principios del derecho ambiental, así como con las obligaciones internacionales contraídas por Costa Rica al suscribir declaraciones y tratados ambientales.

Bibliografía

Fernández Fernández, Edgar, *Reflexiones sobre el principio de no regresión ambiental en el derecho costarricense*, en El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano, PNUD, 2013, accesible en: http://www.regionalcentrelac-undp.org/images//Communications/Doc_CR_Principio_No_Regresi%C3%B3n_Ambiental.pdf

Peña Chacón, Mario, *Gobernanza Territorial y Principio de no Regresión*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Nº 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=270