





EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN
EN EL DERECHO AMBIENTAL



ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS

EL PRINCIPIO
DE NO REGRESIÓN
EN EL DERECHO
AMBIENTAL



1.ª edición, 2016

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2016, by Ángela María Amaya Arias

Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-295-2
Depósito legal: M-40146-2015

Preimpresión y producción:
Dagaz Gráfica, s.l.u.

Printed in Spain - Impreso en España

Índice

Prólogo	13
Índice de abreviaturas	21
Introducción	27
Capítulo 1. Los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental	33
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	33
II. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	34
1. <i>Finalidad y razón de ser de los Principios Generales del Derecho</i>	34
2. <i>Concepto</i>	41
3. <i>Naturaleza Jurídica y Ámbito de Aplicación</i>	45
A) <i>Eficacia</i>	49
B) <i>Funciones</i>	51
4. <i>Clases de Principios Generales del Derecho</i>	62
III. SURGIMIENTO Y VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	66
1. <i>Criterios identificadores de nuevos principios jurídicos</i>	68
A) <i>La Evidencia</i>	68
B) <i>Las instituciones</i>	69
C) <i>Acerca de los criterios para la identificación de los principios jurídicos</i>	71
2. <i>Vigencia de los Principios Jurídicos</i>	73
IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL	74
1. <i>Concepto</i>	74
2. <i>Antecedentes</i>	79

3. <i>Naturaleza Jurídica</i>	81
4. <i>Funciones</i>	86
V. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL	90
VI. CONCLUSIONES	93
Capítulo 2. Surgimiento y Fundamentos del Principio de No Regresión	99
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	99
II. SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN	99
1. <i>Primera Etapa: Surgimiento en el Mundo Académico</i>	99
2. <i>Segunda Etapa: El camino hacia Río+20</i>	100
3. <i>Tercera Etapa: «El Futuro Que Queremos»</i>	104
III. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN	106
1. <i>La finalidad del Derecho Ambiental y su interpretación como fundamento jurídico de la No Regresión</i>	108
A) Algunas expresiones del carácter finalista del Dere- cho Ambiental	109
B) La interpretación teleológica del Derecho Ambien- tal	112
2. <i>Las transformaciones del Derecho, algunas excepciones y su relación con la No Regresión en Derecho Ambiental</i>	122
A) Primera Excepción: Las cláusulas de protección de las reformas constitucionales	124
B) Segunda Excepción: Intangibilidad de ciertos dere- chos por razones de emergencia	127
C) ¿Es el Derecho Ambiental una excepción adicio- nal?	132
3. <i>El Principio de Progresividad de los Derechos Humanos y su aplicación al Derecho al Ambiente como fundamento del Prin- cipio de No Regresión en materia ambiental</i>	135
A) El Derecho al Ambiente como Derecho Funda- mental	139
B) El Principio de Progresividad y su relación con el Principio de No Regresión	148
4. <i>La inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso como fundamento del Principio de No Regresión</i>	159
IV. CONCLUSIONES	170

Capítulo 3. El Concepto de No Regresión en los Derechos Sociales	173
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.	173
II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.	174
1. <i>Se trata de mandatos jurídicamente vinculantes</i>	175
2. <i>Se trata de derechos subjetivos</i>	177
III. EL CONCEPTO DE REGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS SOCIALES.	181
IV. ALCANCE Y LÍMITES DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES; EL CONTENIDO ESENCIAL O IRREVERSIBLE.	190
1. <i>El fundamento del contenido esencial: la dignidad humana.</i>	192
2. <i>La determinación del contenido esencial: el caso concreto.</i>	196
3. <i>La consecuencia de la regresividad contra el contenido esencial: la inconstitucionalidad</i>	206
V. LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS MEDIDAS REGRESIVAS DE LOS DERECHOS SOCIALES.	210
1. <i>Recortes presupuestales y regresión en los Derechos Sociales</i>	211
VI. CONCLUSIONES	218
Capítulo 4. El Concepto de No Regresión en el Derecho al Ambiente	221
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.	221
II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	221
1. <i>¿Se trata de un derecho subjetivo?</i>	222
2. <i>¿Se trata de un mandato jurídicamente vinculante?</i>	225
III. EL CONCEPTO DE REGRESIVIDAD EN EL DERECHO AL AMBIENTE	227
IV. ALCANCE Y LÍMITES DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD EN DERECHO AL MEDIO AMBIENTE: ¿EXISTE UN NÚCLEO ESENCIAL O IRREVERSIBLE?	235
1. <i>El fundamento del contenido esencial: varias alternativas</i>	241
A) Primera alternativa: la salud humana	242
B) Segunda alternativa: la dignidad humana y la calidad de vida.	243

C) Tercera alternativa: el desarrollo sostenible y las generaciones futuras	248
D) Cuarta alternativa: el deber de conservación de la naturaleza	254
2. <i>La determinación del contenido esencial: el caso concreto.</i>	258
3. <i>La consecuencia de la regresividad contra el contenido esencial: la inadmisibilidad</i>	260
V. LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS MEDIDAS REGRESIVAS DEL DERECHO AMBIENTAL	270
1. <i>Tendencias Desreguladoras y regresiones en el Derecho Ambiental.</i>	271
VI. CONCLUSIONES	283

Capítulo 5. El Campo de Aplicación del Principio de No Regresión	287
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	287
II. EL ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS REGRESIVAS: POSIBILIDADES	287
1. <i>Como elemento de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad.</i>	288
A) Juicio de Razonabilidad	291
B) Juicio de Proporcionalidad	299
2. <i>Como un juicio de regresividad autónomo</i>	303
III. EL ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS REGRESIVAS: CRITERIOS	309
1. <i>Análisis de la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado</i>	312
A) Aspecto Formal	312
B) Aspecto Material.	313
2. <i>Análisis de la norma que reduce el nivel de protección ambiental alcanzado</i>	319
A) Aspecto Formal	319
B) Aspecto Material.	320
3. <i>Análisis de la justificación y admisibilidad de la norma que reduce el nivel de protección ambiental alcanzado</i>	322
A) Existencia de una norma que permita la regresión	323
B) Finalidad de la medida regresiva	328
C) Necesidad de la medida regresiva	330
D) Proporcionalidad de la medida regresiva	331

E) Otros criterios	333
4. <i>Breve referencia a los criterios de la ciencia y la técnica como elementos esenciales del análisis de las medidas regresivas</i> . . .	334
IV. CONCLUSIONES	342
Capítulo 6. Regulación Ambiental y Principio de No Regresión.	347
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	347
II. LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS Y EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN	348
1. <i>España</i>	351
A) Marco Normativo	353
B) Elementos de garantía y protección	356
C) Práctica jurisprudencial	365
2. <i>Colombia</i>	370
A) Marco Normativo	370
B) Elementos de garantía y protección	375
C) Práctica jurisprudencial	382
III. EL URBANISMO Y EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN	385
1. <i>España</i>	386
A) Marco Normativo	386
B) Elementos de garantía y protección	394
C) Práctica jurisprudencial	398
2. <i>Colombia</i>	411
A) Marco Normativo	411
B) Elementos de garantía y protección	422
C) Práctica jurisprudencial	425
IV. LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS Y EL PRINCIPIO DE NO DETERIORO	436
1. <i>El buen estado de las aguas como objetivo de la DMA</i> . . .	437
2. <i>El Principio de No Deterioro</i>	439
3. <i>La Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de enero de 2015</i> .	444
V. LAS EVALUACIONES AMBIENTALES Y EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN	448
1. <i>España</i>	449
A) Evaluación Ambiental Estratégica de planes y programas	450

B) Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de obras y actividades	452
2. <i>Colombia</i>	463
A) Evaluación Ambiental Estratégica.	463
B) Estudio de Impacto Ambiental	465
VI. CONCLUSIONES	469
Epílogo. Naturaleza Jurídica del Principio de No Regresión	473
Conclusiones Generales	485
Referencias bibliográficas	491
JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.	512
<i>Corte Constitucional</i>	512
<i>Consejo de Estado</i>	515
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	516
<i>Tribunal Constitucional</i>	516
<i>Tribunal Supremo</i>	517

Prólogo

1. El principio de no regresión en materia ambiental ha alcanzado una apreciable posición en el debate jurídico a partir de los trabajos del profesor Michel Prieur desarrollados sobre todo en torno a la celebración de la Conferencia Río + 20, en 2012. El citado profesor movido, sin duda, por la lamentable situación ambiental que es posible advertir en general —y sin perjuicio de observar excepciones sectoriales o territorialmente limitadas—, llevó a cabo un meritorio esfuerzo por dotar a dicho principio de un marco y fuerza jurídica capaz de poner freno a medidas normativas y administrativas que supusieran un retroceso, una vuelta atrás en los niveles de protección ambiental alcanzados en determinados sectores o ámbitos. El impacto e influencia de su actuación ha sido muy notable, sobre todo en distintos países latinoamericanos donde existen variados trabajos doctrinales sobre el particular tributarios en buena medida de la obra de Prieur, y donde, sobre todo, diversas sentencias aduciendo expresamente dicho principio, han puesto fin a determinadas medidas estatales que supondrían objetivamente esa marcha atrás que se trata de proscribir.

2. De todo ello va a encontrar muy adecuada información y tratamiento crítico el lector del libro que tengo el gusto de prologar. En su origen fue una tesis doctoral elaborada de forma paciente e intensa durante casi cinco años de estancia de la profesora Amaya Arias en la Universidad de Zaragoza y en los que cursó primero un Máster en Especialización e Investigación en Derecho, dentro de la línea de Derecho de Aguas y del Medio Ambiente, y con posterioridad desarrolló su trabajo doctoral —que dirigí con plena satisfacción— y que defendió brillantemente en junio de 2015 ante un tribunal de sobresalientes especialistas (los profesores Luciano Parejo, Blanca Lozano y Sergio Salinas, en estos nuevos tribunales

de «tres» a los que venimos abocados por las urgencias económicas). Muchos años de trabajo continuado disfrutando primero de una beca de la Fundación Carolina y más tarde de la Universidad Externado de Colombia, institución universitaria de primer orden en Latinoamérica y donde profesaba y profesaba en Derecho Ambiental.

Explicar los orígenes doctorales de este libro me parece necesario para comprender plenamente su configuración, sus características y, sobre todo, lo que hay detrás del mismo con esa referencia que he hecho a un trabajo realizado con dedicación exclusiva y llevado a cabo en el momento inicial de una carrera profesional en el que la curiosidad y la intensidad en la dedicación al estudio rivalizan en el primer puesto de la actividad intelectual.

El lector podrá comprobar que el desarrollo de la investigación y las conclusiones a las que llega están completamente alejadas de cualquier demagogia, tan fácil en estos tiempos y en estos temas en los que el nivel de las proclamas al viento suelen ir en proporción inversa a la calidad de la reflexión jurídica. Igualmente la doctora Amaya nos ofrece en su trabajo la contemplación de las múltiples caras que la realidad, tan poliédrica siempre, nos presenta en los temas ambientales (en realidad, en cualquier tema serio de investigación).

La investigación se realiza tomando como objeto de trabajo los derechos español y colombiano, pero usando igualmente materiales procedentes de otras culturas jurídicas (la cita de Prieur, autor continuamente presente en la investigación, es oportuna para avalar lo que se indica) no siendo, en modo alguno, un ejercicio de derecho comparado sino centrado unidimensionalmente en un principio jurídico que tiene una configuración básica común (el tronco de un árbol, por ejemplo) pero puede presentar matizaciones en distintos derechos (el porte y tamaño de sus ramas). En esos términos el lector notará que la doctora se muestra buena conocedora del desarrollo del derecho español, lo que tiene especial mérito cuando su formación ha sido, obviamente, colombiana y desarrollada en unos presupuestos jurídicos que parten de una Constitución como la de 1991 justamente apellidada como «Constitución ecológica» y texto donde el derecho al medio ambiente es calificado como «fundamental» (en nuestra terminología) con todas las consecuencias

normativas y procesales que es fácil imaginar y que el lector podrá contemplar en el libro; entre ellas —y ese es el contraste fácil con el derecho español— la posibilidad de someter a los tribunales, y hasta el nivel más alto posible, las consecuencias a deducir de la proclamación de tal derecho fundamental, entre ellas las que puedan afectar al principio de no regresión, incluido en aquél país dentro del contenido de tal derecho.

3. La evolución del derecho español en relación al principio de no regresión es hasta ahora bastante limitada, si bien se encuentran ya algunas aportaciones normativas y jurisprudenciales que la autora examina, sopesa y critica detenidamente en su investigación. Pero estamos ante un tema abierto y en el que, sin duda, se van a producir muchas novedades en el futuro dados los apremiantes problemas ambientales que se deben resolver y el papel importante que el principio de no regresión (o no deterioro según los sectores del ordenamiento que se examinen, o *stand-still* en la feliz fórmula inglesa) puede jugar.

Uno de estos desarrollos puede ser encontrado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 2015 por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y todavía no publicada en el Boletín Oficial del Estado en el momento en que se redactan estas páginas. Sentencia en la que la apelación al principio de no regresión cobra por primera vez en la jurisprudencia del TC un papel fundamental¹.

Como indico los recurrentes utilizaron en este caso, entre otros argumentos, el principio de no regresión en derecho ambiental que era desconocido, en su opinión, por la Ley 2/2013 al rebajar los niveles de protección que podían encontrarse en la Ley 22/1988, modificada por la Ley 2/2013, rebaja de protección que no es difícil de observar en muy distintos artículos de esa Ley 2/2013 y su comparación con la anterior regulación. La base jurídica del recurso

¹ Con anterioridad y solo en el nivel de jurisprudencia constitucional puede verse alguna referencia testimonial en el FJ 3 de la STC 45/2015, de 5 de marzo, siendo mayores —sin ser numerosas— las presencias de este principio en la jurisprudencia ordinaria. Sobre ello, *vid.* el libro prologado.

en este punto la encuentran en el artículo 45 de la Constitución española (cuando se afirma en él que «todos tienen...el *deber de conservarlo*» —la conservación se refiere al medio ambiente—) en conexión con los artículos 53 y 132 del mismo texto. También aducen el artículo 37 de la Carta europea de los derechos fundamentales («las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad») que se integraría en el ordenamiento español a través de la ratificación española del Tratado de Lisboa por la Ley Orgánica 1/2008 y que vincularía al legislador cuando se aplicara derecho de la Unión (y en este tema distintas Directivas tendrían prescripciones sobre ese particular) y que representaría para los recurrentes también una sólida base para fundamentar la necesidad de observancia del principio de no regresión².

La Sentencia desestima el recurso prácticamente en su totalidad, si bien declara inconstitucionales tres preceptos de la Ley recurrida y, en un caso, lleva a cabo una interpretación de un precepto para declararlo conforme con la Constitución. Pero desde luego rechaza cualquier base constitucional del principio de no regresión en materia ambiental y, por lo tanto, su invocación no sirve en modo alguno a los propósitos que animaban a sus invocantes que lo relacionaban con distintos preceptos de la Ley 2/2013 que, en su opinión, desconocían tal principio.

Para ello el TC comienza [en el FJ 2.º letra c)] por cuestionar la misma aplicación del artículo 45 CE que, conforme a jurisprudencia tradicional del TC (que se cita en la sentencia), «enuncia un principio rector, no un derecho fundamental» y aun cuando el Tribunal

² Por cierto que aunque los recurrentes no lo mencionen —en el resumen que sobre su recurso realiza la Sentencia— también podría hablarse de un cierto reflejo en nuestra Constitución del principio de no regresión el contenido del artículo 149.1.23 CE. Precepto ciertamente dedicado no a una construcción «positiva» del medio ambiente (o del derecho al medio ambiente) sino orientado exclusivamente en el plano de la relación formal (competencial) entre Estado y CC.AA. Pero no deja de ser cierto que cuando el precepto atribuye a las CC.AA. la competencia de dictar «normas adicionales de protección» en relación a la legislación básica del Estado, sin duda hay una influencia de lo que significa la no regresión y, curiosamente, en un tiempo (1978) previo en décadas a la formulación doctrinal de tal principio.

recuerda que los principios rectores no son meramente normas programáticas (según su propia jurisprudencia), no encuentra cómo el precepto citado podría ser base suficiente como para declarar inconstitucionales determinados preceptos de la Ley 2/2013.

Planteamiento negativo, por tanto, del recurso basado en este argumento pero eso no significa que no deban tenerse en cuenta determinados pronunciamientos, muy estimables, presentes en la Sentencia sobre el significado jurídico del principio. Así, y después de referirse al papel tuitivo del ordenamiento medio ambiental (con referencia a varias Sentencias anteriores del propio Tribunal) indica que:

«En este contexto, el principio de no regresión del Derecho medioambiental (también conocido como cláusula *stand-still*) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales, que con distintas técnicas y denominaciones ha tenido ya recepción en algunas normas de carácter sectorial del Derecho internacional, europeo o nacional (TC 45/2015, de 5 de marzo FJ 4, —*sic*, se trata del tercero—) o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno, cuyo detalle no viene al caso porque se trata de referencias sectoriales que no afectan específicamente al dominio público marítimo terrestre».

Pero sentado esto el TC quita utilidad a esas referencias:

«En la vocación de aplicación universal con la que dicho principio se enuncia, es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta* en el Derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho eco la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, “Río + 20” (apartado 97)».

Ley no escrita en el Derecho Internacional ambiental (pero tampoco costumbre para el Tribunal, cuestión que ni se plantea), aun cuando es advertible en el discurso del TC que pese a su punto de partida relativo a que el artículo 45 CE no puede contener el

principio de no regresión, no se niega a que, en algún caso, pueda ser objeto de una consideración constitucional cuando el TC se enfrentara a unas medidas de tal calibre «que carentes de justificación objetiva» supusieran «un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva».

En todo caso el TC, en un párrafo que es un prodigio en la técnica de avanzar un paso, retroceder dos, y luego dar, lateralmente pero hacia adelante, una pequeña zancada (podría ser enseñado como ejemplo de tal hacer en las escuelas de retórica), se siente en el deber de añadir que estas últimas palabras a modo de ejemplo:

«... inevitablemente evoca (n) la idea de “no regresión”, aunque los conceptos que estamos aquí contrastando no admiten una identificación mecánica, pues es también de notar que el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico. En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente».

Este avance intelectual acompañado de un evidente miedo al salto en el vacío y sin red (para el Tribunal) es objeto de una última justificación:

«Ir más allá de esta noción requeriría, como premisa mínima, atribuir al derecho al medio ambiente un contenido intangible para el legislador. Esta construcción encuentra, en nuestro sistema constitucional, las dificultades intrínsecas a la propia extensión y abstracción de la noción de “medio ambiente”, y a la ausencia de parámetros previos que contribuyan a la identificación del contenido de ese instituto jurídico. Ante tales dificultades, no se antoja casual que el principal reconocimiento de los derechos subjetivos en materia de medio ambiente se haya plasmado, hasta el presente, en el Convenio de Aarhus a través de los llamados “derechos procedimentales” (información, participación y acceso a la Justicia)».

Con lo que el TC, en la consideración conjunta de todo su razonamiento, deja la puerta abierta a posibles consideraciones del principio con base constitucional en el futuro si bien parecería ser un obstáculo infranqueable —también en esa perspectiva de futuro— el hecho de que el «derecho al medio ambiente» no sea un derecho fundamental en el derecho español y, como tal, con «contenido intangible para el legislador» así como en la dificultad de comprensión de la misma noción de medio ambiente.

4. Estas últimas consideraciones enlazan directamente con algunas preocupaciones personales manifestadas en un reciente trabajo ahora a punto de aparecer publicado, en el que postulo que en caso de que exista una reforma constitucional (soplan algunos vientos de eso, pero no me parece que lleguen a la categoría de huracanes y, desde luego, soplan en muy distintas direcciones, bastantes de ellas enfrentadas), ésta incluya como derecho fundamental el de todos al medio ambiente, con un precepto con contenido suficiente para hacer operativo este derecho que no quede en una mera programación sin capacidad de vincular al legislador (y a la Administración, obviamente)³. Decir esto en el momento que en España se celebra el día de la Constitución (de 1978) y en París se desarrollan los afanes por intentar modular el cambio climático en su componente antropogénico, creo que es profundamente simbólico y, a la vez, necesario. El principio de no regresión, unido a otros que ya gozan en el plano medioambiental de un contenido más consolidado y, por tanto, medianamente operativo (principios de prevención o precaución, por ejemplo), tiene que tener en los azarosos tiempos que se viven un papel operativo del que los tribunales —por ejemplo nuestro Tribunal Constitucional— puedan derivar mandatos (y prohibiciones) en relación a la actuación del Legislador y también de una Administración que muchas veces, y pasados los avatares electorales o de otra índole, se ve fuertemente sometida a la presión de la creación o mantenimiento de los puestos de trabajo frente a las que la crítica por la rebaja de garantías ambientales que eso suele

³ El título del trabajo es «En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental» y se publicará en el *Libro homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, y en uno de los volúmenes próximos que con el título *Lecturas de Medio Ambiente* publica periódicamente la Universidad Externado de Colombia.

llevar consigo (el ejemplo del mantenimiento de la explotación del carbón en muchas cuencas mineras en España es bien expresivo de lo que digo) tiene pocas perspectivas de imponerse.

Para ese tiempo de futuro el libro que sigue puede ser una excelente ayuda en la dirección que señalo.

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
En Zaragoza, a 6 de diciembre de 2015

Índice de abreviaturas

AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación.
ANLA	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
AP	Área Protegida.
ATC	Auto Tribunal Constitucional.
AV	Aclaración de Voto.
BAT	Best Available Technology.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CC	Corte Constitucional Colombiana.
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CIDCE	Centre International de Droit Comparé de l'Environnement.
CIREF	Centro Ibérico de Restauración Fluvial.
CITES	Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia.
CP	Constitución Política Colombiana de 1991.
DEI	Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las Emisiones Industriales.
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
DMA	Directiva Marco de Aguas.
DS	Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica.
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental.
ENP	Espacio Natural Protegido.
EPA	Environmental Protection Agency.
FJ	Fundamento Jurídico.
ICONTEC	Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación.

ISO	International Organization for Standardization.
LEA	Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.
LIC	Lugar de Interés Comunitario.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOOT	Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley de 1454 de 2011).
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LOTRUSC	Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.
LOTULR	Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.
LOTUN	Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra.
LOUA	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.
LOUPMRG	Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.
LPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LPMM	Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del medio marino.
LPNB	Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LSCM	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
LSOTEX	Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, del País Vasco.
MEPOT	Decreto de Modificación Excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá.
MP	Magistrado Ponente.
OG	Observación General del Comité DESC.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONG	Organizaciones No Gubernamentales.
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana.

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PNGIBSE	Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos.
PORN	Plan de Ordenación de Recursos Naturales.
POT	Plan de Ordenamiento Territorial.
RADA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental.
RAE	Real Academia Española.
RAP	Revista de Administración Pública.
RDA	Revista de Derecho Ambiental.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
RITE	Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.
RPH	Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.
RPU	Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico.
SDA	Secretaría Distrital de Ambiente.
SINA	Sistema Nacional Ambiental.
SINAP	Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
SITP	Sistema Integrado de Transporte Público.
SPV	Salvamento Parcial de Voto.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español.
SV	Salvamento de Voto.
TC	Tribunal Constitucional Español.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLA	Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.
TRLOTAU	Decreto Legislativo 1/2010, de 18/05/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.
TRLOTENC	Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.
TRLS	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
TRLSRM	Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

TRLU	Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.
TROTU	Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UAESPNN	Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales.
UE	Unión Europea.
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.
UNE	«Una Norma Española» (norma técnica española).
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura).
ZEC	Zonas Especiales de Conservación.
ZEPA	Zonas de Especial Protección de las Aves.

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN
EN EL DERECHO AMBIENTAL



Introducción

La presente investigación⁴ versa sobre el Principio de No Regresión en materia ambiental, el cual fue novedosamente formulado por la doctrina jurídico ambiental, y que se vio reforzado con ocasión de la Conferencia Internacional Río+20. En términos generales, dicho principio busca evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchos casos, dichas regresiones podrían derivar en daños ambientales irreversibles.

La preocupación por el deterioro ambiental se ha visto intensificada recientemente por factores de distinta naturaleza, como las coyunturas socioeconómicas, la inclusión de las generaciones futuras en la toma de decisiones, el desarrollo desmedido del progreso y de la ciencia y las consecuencias que de ello se derivan, y en general, por la evidencia de que los mecanismos de protección ambiental no han sido suficientes. Como respuesta a lo anterior, el Principio de No Regresión surge como una nueva formulación teórica, con importantes implicaciones en la práctica del Derecho Ambiental. Consiste en la existencia de una obligación de no hacer: de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar la normativa vigente; en la medida en que dichas modificaciones conlleven a disminuir o afectar negativamente los niveles de protección ya alcanzados.

⁴ Este trabajo debe entenderse incluido dentro del Proyecto de Investigación «Agua, Energía y Cambio climático en la crisis económica y en el contexto europeo» (referencia DER 2012-35066), otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Investigador Principal: Dr. Antonio Embid Irujo.

No obstante, esa formulación inicial debe ser objeto de un estudio a profundidad. En un contexto como el actual, caracterizado por el cambio y las constantes transformaciones de la vida económica, social y jurídica; no resulta viable petrificar el ordenamiento jurídico sin más consideraciones que la protección del medio ambiente. Precisamente, el interés del asunto radica en la necesidad de analizar dicho principio a la luz del carácter dinámico, flexible y relativo del Derecho Ambiental, con el fin de encontrar los distintos matices que pueden dar lugar a su aplicación. No puede, como resulta obvio, pretenderse una aplicación estática y rígida del principio, pues existen situaciones en las que el cambio de las configuraciones económicas, sociales, culturales e incluso ecológicas, exige una respuesta adecuada por parte del Derecho.

Entonces, partiendo de lo anterior, este libro tiene por objetivo identificar los casos en los que verdaderamente el Principio de No Regresión puede y debe actuar para evitar el deterioro del nivel de protección ambiental alcanzado; para lo cual se aportarán algunas herramientas para su análisis y aplicación.

Antes de iniciar, es necesario aclarar que éste no es un estudio de Derecho comparado. Al ser un tema que trasciende derechos, el análisis del Principio de No Regresión deberá realizarse a la luz de distintos ordenamientos jurídicos, para así identificar aspectos comunes, diferencias, y en general, elementos que permitan dar claridad sobre su contenido. Para lo anterior, se utilizarán herramientas del derecho español, sobre todo, pero también del derecho colombiano, de la Unión Europea, y de otros países latinoamericanos. Además, se revisarán la jurisprudencia de diferentes Tribunales: Tribunal Constitucional español, Corte Constitucional colombiana, Tribunal Supremo Español, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Consejo de Estado Colombiano, Tribunales de distintos países latinoamericanos, entre otros).

El presente documento está estructurado en 6 capítulos y un epílogo. En el primer capítulo, analizaré el concepto de Principio Jurídico, con el fin de estudiar la categoría que se le pretende dar al Principio de No Regresión en materia ambiental. El objetivo de

este capítulo es sentar las bases teóricas y conceptuales necesarias para iniciar con el estudio de dicho principio. Así, se estudiarán distintos aspectos de esta categoría jurídica, especialmente la forma como surgen a la vida jurídica y sus funciones. Se hará énfasis en el concepto de los Principios del Derecho Ambiental y su relación con los Principios Generales del Derecho.

En el segundo capítulo se analizará el Principio de No Regresión tal como ha sido formulado recientemente en Derecho Ambiental. Así, en la primera parte se hará un recorrido por los distintos instrumentos de Derecho Internacional Ambiental en los que ha sido incluido, y en la segunda parte se abordará el estudio de los fundamentos del Principio en su formulación actual. Una de las principales observaciones realizadas en este capítulo es que en realidad, el Principio de No Regresión no parece ser tan novedoso como inicialmente se había planteado. Se encontró que este principio ya había sido formulado en relación con los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; por lo que será necesario realizar una aproximación a esta cuestión.

El tercer capítulo del libro dará cuenta entonces de la existencia del Principio de No Regresión (o de la prohibición de regresividad) en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Se estudiará su concepto, alcance y fundamentos, y la forma en la que se ha aplicado en distintos contextos; todo con la finalidad de establecer un esbozo del análisis que se deberá realizar en relación con el Derecho Ambiental. Además, este capítulo incluirá una breve referencia a la crisis económica y su papel en relación con la prohibición de regresividad.

En el cuarto capítulo se abordará concretamente la no regresión en materia ambiental, con ayuda de los elementos identificados en materia de derechos sociales. En esta ocasión, se identificará el concepto de Principio de No Regresión que se usará en el resto de la investigación. Pero además, este capítulo contiene aspectos fundamentales para la conceptualización del principio estudiado. Por ejemplo, se estudiará la categoría jurídica que tiene el Derecho al Ambiente en distintos ordenamientos, y la incidencia que esto tiene en la aplicación del principio, y se analizarán distintas alternativas que permiten fundamentar la existencia de un contenido ambiental

mínimo o esencial, y las consecuencias de atentar contra dicho contenido, lo cual servirá de marco de actuación del principio estudiado. Finalmente, se hará una referencia a la crisis económica y su papel, en este caso, en relación con la regresividad en materia ambiental.

Una vez trabajados los aspectos teóricos y conceptuales del principio, resulta necesario estudiar su campo de aplicación, asunto que trataré en el quinto capítulo. En este apartado se analizarán las distintas posibilidades en las que se podría realizar el examen de las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado con el fin de estudiar su admisibilidad jurídica. De esta manera, en la primera parte se examinarán los juicios de razonabilidad, de proporcionalidad y de regresividad como los escenarios posibles para la revisión jurídica de las medidas regresivas, y en la segunda parte se establecerán los criterios y razonamientos para realizar dicha revisión.

Finalmente, el último capítulo se centra en el análisis de la regulación ambiental y las distintas posibilidades de aplicación de Principio de No Regresión. Se estudiará el tema de la ordenación del territorio, especialmente el régimen de los Espacios Naturales Protegidos y el régimen urbanístico relacionado con las zonas verdes urbanas, como campo de acción por excelencia del Principio de No Regresión. A continuación, se evidenciará la existencia de dicho principio en la normatividad europea de aguas, y se apreciará la posibilidad de su aplicación en materia de evaluaciones ambientales, como otros interesantes contextos en los que podría ser útil dicho principio.

Por último, el epílogo contendrá una revisión de todos los elementos estudiados, con el fin de determinar la naturaleza jurídica del Principio de No Regresión en materia ambiental, sus funciones, y su papel dentro del Derecho Ambiental.

El presente libro procede de la tesis doctoral titulada «El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental», dirigida por el profesor Antonio Embid Irujo, para quien van mis más sinceros agradecimientos por su constante apoyo. Dicha tesis fue defendida el 26 de junio de 2015 en la Universidad de Zaragoza, con la calificación de sobresaliente *cum laude*, ante un tribunal compuesto

por los profesores Luciano Parejo Alfonso, Blanca Lozano Cutanda y Sergio Salinas, cuyas observaciones y críticas realizadas durante el acto de defensa se han intentado seguir en la presente publicación.

Finalmente, quisiera aprovechar este espacio para agradecer a mi familia, por su apoyo constante e incondicional. También quiero expresar mi agradecimiento a la Universidad Externado de Colombia, a la Universidad de Zaragoza, y a la Fundación Carolina, pues gracias a su generoso apoyo fue posible la culminación exitosa de este proceso.



Capítulo 1

Los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental

I. Consideraciones Previas

El objetivo de este capítulo es analizar el concepto de «principio», como la categoría jurídica que se le pretende dar al «Principio de No Regresión» por parte de la doctrina que propone su formulación. Para averiguar si podría tratarse de un Principio General del Derecho, o de un Principio de Derecho Ambiental efectivamente, o si por el contrario, no puede alcanzar esa denominación, es necesario partir del estudio del vocablo «principio» en la doctrina jurídica. El estudio que se realizará en esta parte, abordará el concepto de «principio jurídico» entendido desde un punto de vista general y amplio, dentro del cual se incluirá el análisis de los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental, en sentido estricto. En algunos casos, como se verá, la doctrina jurídica se refiere a los «principios» de manera general, y así se abordará la cuestión en la primera parte del análisis, para finalmente precisar y concretar cada figura y sus relaciones, en la parte final del capítulo.

Entonces, en la primera parte se hace un repaso de las principales consideraciones doctrinales al respecto en relación con la finalidad, concepto y naturaleza jurídica de los Principios Generales del Derecho (II). Se continúa con el estudio de las distintas clases y sus funciones. Y a continuación, se expondrá la forma como nace a la vida un nuevo principio jurídico, cuestión de suma importancia para el estudio que se realiza (III).

Siguiendo con el análisis, es necesario realizar un estudio sobre los Principios del Derecho Ambiental, y en general de aquellos principios específicos de las distintas ramas del Derecho que no tienen calificación de Principios Generales del Derecho. Se debe estudiar entonces su naturaleza, sus funciones, la forma en la que se adquiere esta calificación, su base o sustento constitucional, entre otros (IV).

Para terminar, se debe continuar con el examen de la relación existente entre los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental, la forma en la que operan entre sí, y las distintas formas de interacción de estas figuras (V).

Finalmente, las consideraciones finales de este capítulo deben dejar las bases conceptuales y hermenéuticas claras para el análisis específico de la naturaleza jurídica del Principio de No Regresión, que se realizará posteriormente.

II. Principios Generales del Derecho

En esta parte se estudiarán cuestiones relativas a los Principios Generales del Derecho en sentido estricto, tal como han sido analizados por la doctrina jurídica mayoritaria. No obstante, como se verá más adelante, lo dicho en este punto también podrá ser de aplicación en algunos casos, para todos los «principios jurídicos» desde un punto de vista general.

1. *Finalidad y razón de ser de los Principios Generales del Derecho*

La doctrina jurídica, con ayuda de la Filosofía del Derecho, se ha dedicado al estudio del surgimiento de los Principios Generales del Derecho, partiendo del análisis de las ideas en las que el Derecho ha encontrado su fundamento a lo largo de la historia. No corresponde en este documento estudiar a profundidad dichas consideraciones, pero sí conviene revisar las razones por las cuales se han formado los Principios Generales del Derecho, tal como se conciben hoy en día. El ordenamiento jurídico a lo largo de la historia se ha construido sobre ideas y valores esenciales para cada

sociedad. Es así como dejando de lado el Derecho griego y romano, hasta la Edad Media el fundamento jurídico se encontraba en el Derecho Natural, entendiéndose como el derivado de la ley divina y eterna, con autores como San Agustín y Santo Tomás. Esta concepción perduró hasta la llegada del siglo XVIII, en el que el pensamiento racionalista desplazó el fundamento jurídico, de Dios, a la razón. El Derecho Natural, se concebirá ahora como aquellas primeras verdades primeras que solo podrán ser conocidas a través de un proceso intelectual. Entonces, durante ésta época, este Derecho Natural (eclesiástico o racionalista) fue el fundamento del ordenamiento, y por ello debía aplicarse a la resolución de los conflictos que se planteasen¹.

Con la llegada del siglo XIX se dio un cambio radical en la concepción del Derecho. Este cambio se caracterizó por un afán codificador heredado de los revolucionarios franceses, y la intención de reducir el Derecho a un conjunto cerrado de normas positivas, excluyendo referencias a valores materiales ajenos a la ley. La ley es considerada como el Derecho, y nada al margen de la misma podrá considerarse jurídico. No obstante, los codificadores fueron conscientes de que la ley no podría ser la única fuente del Derecho. De esta manera, como lo explica PRIETO SANCHÍS, *«la cultura jurídica de la codificación elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso, y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley»*, según definición de MONTESQUIEU, pues no se trata de un órgano creador de Derecho². Para hacer compatibles estas dos afirmaciones, era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias; elementos fundamentales que conforman la base de la teoría del ordenamiento jurídico³. Este postulado consiste en afirmar que la ley, o por lo

¹ BELADÍEZ ROJO realiza un interesante análisis sobre estas ideas a lo largo del tiempo (2010, p. 22).

² PRIETO SANCHÍS (2005, p. 206).

³ RADBRUCH explica esta conexión: *«La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí si arrancan de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara o, por lo menos, que partiendo de una ley llena de lagunas, contradicciones y oscura, cabe llegar a una decisión unívoca de*

menos el orden jurídico, representa una unidad cerrada y completa. Además de lo anterior, resulta imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho, para asegurar también que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso. Estas ficciones jurídicas o apariencias, crean la necesidad de unos Principios Generales del Derecho, que nacieron con este fin, y serían una especie de último recurso, de «*más lejana frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador de Derecho*»⁴. Con ellos se suponía que quedaba cerrado el sistema de fuentes, «rellenando» todos los huecos o vacíos que hubiera podido dejar la ley o costumbre. De esta manera, es necesario afirmar que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y cambiante riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene⁵.

cualquier problema jurídico por medios puramente intelectuales». En PRIETO SANCHÍS (2005).

⁴ *Ibidem*, p. 207.

⁵ Para GARCÍA DE ENTERRÍA (1984b, p. 18) se recurre entonces a una ficción, de la que ya habla igualmente PRIETO SANCHÍS, y es el dogma de la *completezza dell'ordinamento*, en la expresión clásica de DONATI [1910, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milán. En GARCÍA DE ENTERRÍA (1984b)]. Esta ficción se requiere para poder dejar en pie la concepción básica de la estatalización total del Derecho. No obstante, afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que ahora el Derecho no puede considerarse como «la voluntad del Estado» pues implicaría dejar fuera todo el sistema de fuentes formalmente subsidiarias llamadas a aplicarse justamente en la hipótesis de una ausencia o de una deficiencia de esa voluntad. Si el Derecho fuese en efecto únicamente un sistema de mandatos del Estado, habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley, buscando su sentido exacto, a través de una *voluntas legislatoris*. Coincide con GÉNY (1899, *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé positif*. París), quien afirma que «la ley suele ser más inteligente que el legislador»; con WACH (*vid.* El resumen de ESSER, *Grundsatz*), cuando señala que «es preciso atender no a una petrificada, como una vez por todas expresada *voluntas legislatoris*, sino por lo menos a una viva y objetiva *voluntas legis* institucionalmente valorada, y susceptible por ello de una interpretación evolutiva»; y con CARNELUTTI (1941, *Teoría general del Derecho*. Madrid), quien afirma que «no sólo la interpretación puede evolucionar, sino que no puede dejar de evolucionar». Entonces, la autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una manifestación o formalización suya. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, aquí aparecen ya los famosos Principios Generales del Derecho, sin cuya

Este drástico cambio en la concepción del Derecho debe ser visto teniendo en cuenta las ideas políticas de la Ilustración, y la existencia de corrientes filosóficas de marcado signo positivista que pretendieron equiparar el Derecho a la categoría de ciencia, con la necesidad de adoptar el mismo método científico de las ciencias naturales. En torno a estas ideas surgieron nuevas concepciones del Derecho y su fundamentación⁶.

Posteriormente, la concepción positivista del Derecho fue abandonada cuando los juristas se dieron cuenta de que el método aplicable a las ciencias naturales no permitía un conocimiento completo de las ciencias jurídicas, pues se evidenció la necesidad de incorporar los juicios de valor al conocimiento científico. A partir de este momento surge una cultura iusfilosófica que fundamenta el Derecho ya no solo en datos empíricos, sino también en consideraciones valorativas; con lo que los juicios de valor vuelven a formar parte del concepto de Derecho.

Así, en relación con el papel de los principios jurídicos en la actualidad, hay que señalar que durante los últimos años, la teoría y la filosofía del Derecho, y en general, la ciencia jurídica, han sido testigos del desarrollo de dos tendencias: la crítica al positivismo jurídico, y el reconocimiento de los principios como un componente esencial del Derecho. En la actualidad, podría afirmarse que la primera tendencia ya está superada, y para esta investigación resulta interesante analizar la segunda tendencia. Hace algunos años BOBBIO constataba que la cuestión de los principios se «estaba convirtiendo en un capítulo fundamental de la teoría general del Derecho»⁷. Hoy esta previsión obtiene su confirmación en una «nueva edad de oro de los principios»⁸, pues diversas circunstancias han llevado a determinar que en los últimos tiempos se haya constituido el momento histórico de máxima atención sobre los principios por parte

realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su interesante movilidad no tendrían explicación posible (1984b, p. 20).

⁶ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 28).

⁷ BOBBIO, N. (1982). «Principi generali di diritto» en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Turín. En GARCÍA FIGUEROA (1998).

⁸ PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid. En GARCÍA FIGUEROA (1998).

de la ciencia jurídica⁹. La simultaneidad de la crisis del positivismo jurídico y el auge de los principios no se debe a la casualidad: los principios deben gran parte de su fortuna a su virtualidad en contra del positivismo jurídico; y a su vez, el declive del positivismo o las críticas que recibe apelan a la singularidad de un nuevo Derecho formado precisamente por principios.

En efecto, se identifican diversos autores, formados en diversas culturas jurídicas diferentes y respaldados por tradiciones filosóficas alejadas entre sí, que han acudido a la constatación de principios en el Derecho como argumento de crítica al positivismo jurídico. GARCÍA FIGUEROA denomina a la doctrina surgida de esta corriente como «*no positivismo principalista*», cuya tesis esencial explica así: si existen principios en el Derecho, entonces es inviable una concepción positivista del Derecho. Estas teorías han sido expuestas principalmente por RONALD DWORKIN en la cultura jurídica angloamericana y ROBERT ALEXY en la continental¹⁰.

Este cambio en el pensamiento filosófico ha tenido una gran trascendencia en la determinación del fundamento del Derecho, ya que éste no se encontrará en la Ley ni en los fines que la norma pretende satisfacer, sino que se encontrará ahora en los valores que informan la Ley, valores estos que, si bien pueden ser identificados a través de las leyes, son previos a ellas, encontrándose en la realidad social que la norma pretende regular¹¹; pues el Derecho, como lo define LARENZ es «*el orden de la convivencia humana bajo la exigencia de Justicia que en cada momento se sabe vinculante en una determinada comunidad jurídica*»¹².

⁹ DE SADELEER llama la atención sobre la importancia de los principios jurídicos en lo que él llama «la transición del Derecho Moderno al Derecho Post-Moderno» (2008, p. 263 y ss.).

¹⁰ GARCÍA FIGUEROA (1998, p. 29) para el análisis de esta teoría, se apoya principalmente en las siguientes obras: DWORKIN, R. (1977). *A Matter of Principle*. Harvard University Press: Oxford (1989). *Los Derechos en Serio* Editorial Ariel, S.A: Barcelona, y ALEXY, R. (1988). «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» trad. de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n.º 5, 139-151; (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid; entre otras.

¹¹ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 35).

¹² LARENZ (1966, p. 364).

Es adecuado afirmar entonces que el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una determinada comunidad ha considerado valioso¹³. En la actualidad, las transformaciones de la sociedad imponen la creación de nuevos fundamentos jurídicos, acordes con las nuevas exigencias de la organización social y jurídica¹⁴.

¹³ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 38).

¹⁴ Un ejemplo de lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano, lo constituye el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, según el cual: «*La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*». Esta disposición, dictada en un contexto muy particular en la historia del país, fue demandada por inconstitucional, en 1994, alegando que: «La MORAL o costumbre está constituida por un conjunto de normas de conducta admitidas y tenidas por (sic) incondicionalmente válidas y obligatorias en absoluto, en una época, sea para un grupo determinado de personas o para una persona. En consecuencia, el precepto legal que establece que la **costumbre**, siendo general y **conforme con la MORAL cristiana, constituye derecho**, vulnera los siguientes preceptos constitucionales: 1.º El preámbulo de la Constitución que establece implícitamente, que la República de Colombia es un Estado que no tiene religión oficial; porque la norma atacada convierte al Estado Colombiano en Codifusor y Coevangelizador de la religión cristiana, al ordenar por mandato de la Ley la observancia de su **arquetipo MORAL**. 2.º El artículo 19 de la C.N.: Porque la norma atacada sujeta y subordina **legalmente** a las personas al cumplimiento de las **normas morales del Cristianismo**: normas que no son aplicables a quienes pertenecen a otra religión, credo o filosofía. 3.º Los artículos 1, 7 y 13 de la C.N. Porque: a) La norma atacada desconoce el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de los diferentes sectores de la Nación Colombiana y discrimina los principios MORALES de quienes no profesan la religión Cristiana o sustentan opiniones contrarias al Cristianismo. b) La norma atacada va en contravía de la C.N., cuyo espíritu acepta y respeta la existencia de diferentes conceptos y **normas MORALES** y la existencia de una **MORAL autónoma** cuya ley es dictada por la propia conciencia de la persona y no por una instancia ajena a ésta. 4.º El Título II cap. 5 de la C.N.: porque desconoce que los deberes y obligaciones de la persona y del ciudadano no pueden ser determinados por consideraciones de carácter **MORAL con connotaciones religiosas**: los deberes y obligaciones deben ser taxativamente determinados por el derecho positivo. “La **MORAL** no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona” (mayúsculas y negrillas en el original). La Corte Constitucional, en la Sentencia C-224 de 1994, MP: Jorge Arango Mejía; declara inexecutable el artículo 13 de la ley 153 de 1887, entendiéndose que la expresión “**moral cristiana**” significa “**moral general**” o “**moral social**”. Para la anterior decisión, se tuvieron en cuenta distintos argumentos. En primer lugar, no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Además, la moral es una realidad social diferente al derecho pero relacionada con éste. Y que, en algunos casos y dentro de ciertos límites, le sirve de sustento. En este sentido, hay

De esta manera, una vez que en una determinada sociedad se ha consolidado la idea de que la soberanía reside en el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente en sus convicciones jurídicas, pues es de la comunidad de donde surge todo el poder jurídico. Los principios jurídicos serán así los valores jurídicos de esta sociedad. De esta manera, en la medida en que el Derecho es una idea que ordena las relaciones sociales y los conflictos que de ella se derivan, es una idea que depende de la realidad en la que vive. Es decir, la legitimidad del Derecho está determinada por la capacidad del mismo de expresar aquello que resulte jurídicamente «valioso» en la conciencia jurídica general, en un contexto histórico, geográfico y político determinado. Habría que preguntarse, en la sociedad actual, qué compone el fundamento jurídico vigente. Se adelanta, desde ya, que el desarrollo sostenible y las cuestiones ambientales hacen parte esencial del fundamento jurídico en lo que hoy se conoce como la «Sociedad del Riesgo». En este contexto, los principios jurídicos surgen y tienen su razón de ser en la necesidad de «completar» el ordenamiento jurídico frente a una realidad cada día más cambiante, ante la cual las leyes no siempre pueden responder por sí mismas a las exigencias de dicha realidad. Es en este punto en el que los principios surgen con el fin de integrar una respuesta jurídica ante una situación compleja, como se verá más adelante.

siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social. En relación con la moral cristiana, señala que la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por **“moral cristiana”** en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como “la de la nación” y como “esencial elemento del orden social”, no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado». Entonces, en algún momento de la historia jurídica del país, la moral cristiana hacía parte de los valores fundamentales de la sociedad, pues la religión católica fue uno de sus ejes fundamentales. Con el paso del tiempo, la fundamentación de la moral en el país cambió, ya no será la moral cristiana en términos religiosos, sino la moral social, como fundamentación del concepto y del orden jurídico del país.

2. Concepto

Cabe ahora precisar lo mejor posible el concepto de Principio General del Derecho. No es tarea fácil, pues como se verá, la doctrina jurídica ha encontrado grandes dificultades en la conceptualización de dichas figuras, por sus características y su naturaleza jurídica. Se intentará, a continuación, delimitar de la mejor manera esta noción.

Uno de los principales exponentes de las distintas teorías en la doctrina española es DE CASTRO, quien después de analizar las diferentes concepciones sobre la materia¹⁵, afirma que con la frase Principios Generales del Derecho se alude directamente a un tipo de exteriorización del Derecho, a los criterios de valoración no formulados, a los que se reconoce fuerza de evidencia jurídica¹⁶, los cuales derivan su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando del modo más directo su idea de la vida. Afirma que dicha expresión permite comprender en ella todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o costumbre¹⁷. En un significado

¹⁵ DE CASTRO (1984, p. 408 y ss.) hace una exposición del tema diferenciando las teorías positivas, las negativas, y las eclécticas. Las primeras, admiten la existencia de los Principios Generales del Derecho, bien sea como normas jurídicas independientes de los legales, como normas del Derecho natural (DEL VECCHIO, STAMMLER, RENARD); como el Derecho científico (MANRESA, PACCHIONI); o como normas jurídicas dependientes de las legales (Doctrina predominante en Italia). Las teorías negativas por su parte, niegan la existencia de los Principios Generales del Derecho por diversas razones: se consideran como un instrumento que la teoría utiliza siempre que quiere desembarazarse de una u otra manera de los pasajes legales que no responden ya a la opinión dominante (UNGER); se interpretan como un reconocimiento de los postulados de la escuela del Derecho libre, como «una autorización para la libre creación jurídica del juez» (PFAFF, HOFFMANN y EHRENZWEIG); se les considera imposibles de determinar por la variabilidad de la razón humana; y por carecer de fuerza jurídica creadora, teniendo carácter de mera fuente interpretativa e integradora de las disposiciones legales (AZZARITI, PUGLIATTI, MESSINEO, LEGAZ). Finalmente, las teorías eclécticas tratan de unir las distintas teorías, en condiciones más o menos compatibles con la lógica interna de cada una de ellas; los principios sistemáticos con el Derecho científico y con los imperativos de la conciencia social, o los principios sistemáticos con la concepción de la escuela libre.

¹⁶ *Ibidem*, p. 417.

¹⁷ *Ibidem*, p. 419.

amplio, son «las ideas fundamentales o informadoras de la organización jurídica de la nación»; «son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica»; «informan a todas las normas formuladas; las convierten de *flatus vocis* o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado»; y «determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas»¹⁸. Finalmente, agrega que «los principios jurídicos son el aire mismo en el que jurídicamente se vive, aquello en cuya existencia no se piensa mientras no es puesto en cuestión»¹⁹.

LARENZ por su parte, afirma que los principios jurídicos «no son otra cosa que pautas generales de valoración o preferencias valorativas en relación con la idea del Derecho, los cuales todavía no se han condensado en reglas jurídicas inmediatamente aplicables, pero que son capaces de ofrecer “fundamentos justificativos” de ellas»²⁰.

De acuerdo con PRIETO SANCHÍS, el vocablo «principios» se halla presente desde antiguo en el lenguaje del Derecho y de los juristas, aunque en los últimos tiempos su uso se ha incrementado muy notablemente, apareciendo nuevas perspectivas y problemas²¹. El caso del Principio de no Regresión es un claro ejemplo de esta afirmación. En palabras del autor, ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión «principios», hasta el punto de que, recordando la terminología de HART, cabe decir que aquí la «zona de penumbra» es más amplia que el «núcleo de certeza». Ante tal gama tan amplia de significados y sirviendo a tan diversos objetivos, el autor propone prescindir del nombre y atender a las cosas que en cada caso pretenden designarse, es decir, atender a los significados que realmente resultan relevantes y que incluso a veces, pueden no aparecer bajo la denominación de principios.

¹⁸ *Ibidem*, p. 420.

¹⁹ *Ibidem*, p. 421.

²⁰ LARENZ (1966, p. 218).

²¹ PRIETO SANCHÍS (2005, p. 205).

Señala entonces que la expresión «principio» es tan imprecisa que acaso convenga prescindir de ella²².

Por su parte, GARCÍA FIGUEROA señala que la vaguedad y ambigüedad que permea el concepto de «principio» se explica porque los principios se han mostrado especialmente versátiles: han intervenido en tareas tan dispares y relevantes como (1) sellar el ordenamiento jurídico y garantizar su completitud; (2) darle unidad y coherencia; (3) reformular o racionalizar los contenidos del derecho o, lo que es lo mismo, contribuir a economizar el sistema, a eliminar redundancias, entre otros; y en el plano doctrinal (4) justificar el rechazo del positivismo jurídico²³. En el punto siguiente, se analizarán con mayor detalle las funciones de los principios en el ordenamiento jurídico.

Precisamente por las anteriores cuestiones es que la tarea de delimitar el concepto de «*principio*» requiere tanta atención. Se trata de aquellas nociones que constituyen el fundamento, el origen, o la idea germinal de otras normas que están inspiradas en ellos²⁴. En el mismo sentido, al ser fundamento, base o inspiración de otras normas imbuidas por dichos principios, puede sostenerse que los Principios Generales del Derecho son las normas básicas que expresan las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización y convivencia, y para que

²² PRIETO SANCHÍS (1998, p. 48). Al analizar los postulados de este autor, ACOSTA expone que cuando el vocablo «principio» se utiliza para hacer alusión a los Principios Generales del Derecho, tal expresión se refiere al origen material de ciertas normas, es decir, a una serie de valores propios e intrínsecos del ordenamiento jurídico, así como al procedimiento mediante el cual se descubren los mismos, siendo este un proceso de integración y/o deducción adelantado por el operador jurídico, quien los convierte en normas. Asimismo, se suele denominar Principios Generales del Derecho a las normas resultado de dicha operación jurídica, normas que aun cuando son conocidas con el mismo nombre de su fuente, como lo veremos, al ser una norma tipo principio adquieren las características generales de dicho arquetipo. La autora citada identifica 3 acepciones diferentes del concepto que se estudia: en como *f fuente material*, valores que están allí, en el ordenamiento jurídico y que el operador debe descubrir; en segundo, como *f fuente formal*, es decir como el proceso adelantado por el operador jurídico que desvela dichos valores y que los traduce en normas; y finalmente, como el *resultado* de esas fuentes, es decir, como normas tipo principio (2010, p. 200).

²³ GARCÍA FIGUEROA (1998, p. 43).

²⁴ TARDÍO PATO (2011, p. 181).

una norma constituya un auténtico Principio General del Derecho bastaría su arraigo como una norma fundamental en la conciencia social²⁵.

Sin pretender abarcar en estas cortas páginas un detallado análisis de lo que la doctrina jurídica ha entendido por principio, es necesario intentar sentar algo de claridad en el concepto. Siguiendo a ALEXY, podemos decir que los principios son *mandatos de optimización*, pues son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas²⁶. Es decir, no se trata de enunciados normativos cuya realización (o no realización) supone el acaecimiento de una consecuencia jurídica, muchas veces determinada en la misma norma; sino que se trata de los valores jurídicos de la comunidad expresados de manera universal y amplia. Los Principios Generales del Derecho constituyen entonces los fundamentos del orden jurídico de una sociedad dada, que determinan la forma de organización jurídica y social de dicha sociedad. Estos principios irradiarán el ordenamiento jurídico de manera global, y marcarán las pautas para el tratamiento jurídico de cuestiones más específicas, por medio de las diferentes funciones que desempeñan²⁷.

²⁵ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2003, p. 145). En este sentido, afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que dichos principios que expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad (2011, p. 89).

²⁶ Para ALEXY los principios son *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y «*porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario*» (1993a, p. 14).

²⁷ Resulta útil la definición de principio que trae ÁVILA, quien entiende que se trata de «*normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta necesaria para su promoción*» (2011, p. 70). De acuerdo con lo anterior, se exige la delimitación de un estado ideal de cosas que ha de buscarse por medio de comportamientos necesarios para esta realización. Por su parte, HINESTROSA, señala que se trata de «*máximas de experiencia, con fuertes dosis de sentido común y de equidad, reglas abstractas, aplicables en general; que no pertenecen al “derecho legislativo”, o sea que no son obra de los órganos institucionalmente encargados de la expedición de normas, sino de los intérpretes: los doctrinantes y en últimas los jueces, y, a la postre, dijérase que,*

3. Naturaleza Jurídica y Ámbito de Aplicación

La principal discusión acerca de la naturaleza jurídica de los Principios Generales del Derecho, y de los principios jurídicos en general, consiste en determinar si efectivamente son normas jurídicas, o si, por el contrario, principio y norma son diferentes. Baste decir que si bien la doctrina no es unánime al respecto, en el caso español la mayoría de los autores han proclamado el carácter normativo de los principios, incluso equiparando el concepto de norma con el de fuente del Derecho. Por el contrario, de forma mayoritaria en el Derecho comparado, se considera que los principios y las normas son figuras diferentes. Lo anterior, como es obvio, dependerá del concepto de norma jurídica que se utilice; cuestión nada fácil de determinar²⁸.

Por ejemplo, es evidente que independientemente de la terminología que se utilice, cuando se alude a los principios, por lo general no siempre se piensa en los Principios Generales del Derecho, sino más bien en ciertas normas constitucionales, legales o jurisprudenciales que de manera genérica reciben el nombre de principios. Podría decirse entonces que los principios recogidos en enunciados normativos tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen, ni más ni menos²⁹.

para identificarse y tomar cuerpo, han de pasar por el crisol de la jurisprudencia, mediante su aplicación a un caso concreto,...» (2000, p. 4).

²⁸ Cfr. BELADÍEZ ROJO (2010, pp. 102 y ss.).

²⁹ PRIETO SANCHÍS (1998, p. 51) A este respecto se pregunta si, tal como se indica, los principios son normas, ¿es necesario acuñar una categoría independiente? Señala el autor que aquí ya no cabe la respuesta tradicional de que los principios son las normas más fundamentales, generales o vagas, pues estas características son graduales, y no permiten su distinción rigurosa. Continúa afirmando que quienes sostienen que, dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que se usa la expresión principios, y que nunca aparece cuando se usa la expresión reglas. Si por el contrario, se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefere decir ALEXY, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho; reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.

No obstante, la diferencia entre principio y norma no se encuentra únicamente en su valor normativo, o en su mayor o menor grado prescriptivo, sino en el modo en que se realiza esta prescripción. De acuerdo con lo anterior, las normas son prescripciones concretas y son ellas mismas las que definen los supuestos en los que resultan de aplicación; y por el contrario, los principios son más abstractos, y carecen de supuesto de hecho por lo que un mismo principio es perfectamente aplicable a situaciones diversas. En este sentido, principio y norma son dos categorías jurídicas diferentes³⁰. Además, se debe distinguir entre principio como categoría genérica y los Principios Generales del Derecho, que hacen parte de dicha categoría jurídica, pero que no son los únicos, pues todos los ordenamientos jurídicos tienen principios generales, tanto si se trata de ordenamientos jurídicos de diversos países, Comunidades Autónomas, o sectores específicos del ordenamiento jurídico³¹.

Uno de los exponentes más importantes de estas cuestiones ha sido DWORKIN³², quien considera que entre principios y normas existe una diferencia lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas, a diferencia de los principios, son aplicables a

³⁰ NIETO opina que «el contenido de la norma jurídica es una prescripción concreta, o sea, una regla que ordena o prohíbe relaciones sociales concretas y establece los efectos jurídicos del cumplimiento o incumplimiento de tales regulaciones. En cuanto tal —y prescindiendo de que logre su objetivo o no— ofrece una solución única a la relación del eventual conflicto» Por su parte, los principios, «carecen de la concreción propia de una norma, y además, no es inequívoco». Agrega, que los «principios generales no sólo no son concretos (y, por lo tanto no determinan conductas precisas), sino que tampoco son decisivos» (1993, p. 39).

³¹ REBOLLO PUIG explica que puede hablarse de Principios Generales del Derecho de cada Estado, distintos de los del Estado vecino. Incluso suponiendo que partan de los mismos valores y fines esenciales, es posible y frecuente que sus principios generales, que son algo más y algo distinto de ellos, sean diferentes porque han fraguado, por una conjunción de circunstancias históricas, de forma jurídica o técnica diversa. Incluso se puede hablar, *mutatis mutandi*, de principios generales de cada comunidad autónoma, en particular, de sus Derechos forales; de principios generales de los ordenamientos de unidades menores infraestatales que alcancen una cierta complejidad, ya sean públicas o privadas, y tengan o no reconocimiento por el ordenamiento estatal, entre otros (2010, p. 1527).

³² DWORKIN (1989, pp. 73 y ss.).

manera de disyuntivas³³, de «todo o nada»; es decir, siempre que concurren las condiciones previstas para su aplicación, la respuesta o consecuencia jurídica programada en la regla se sigue casi automáticamente. Además, «*los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o la importancia*», ya que cuando dos principios se interfieren quien debe resolver el principio debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Como lo explica PÉREZ-LUÑO³⁴, en la teoría de las fuentes del derecho, que se desprende del pensamiento de DWORKIN, ocupan un lugar privilegiado los principios. Puede, incluso, afirmarse que su revalorización de los principios constituye uno de los rasgos básicos de su construcción doctrinal y seguramente aquel que ha contribuido, en mayor medida, a la amplia difusión, pero también a la no menos amplia polémica, suscitada por sus escritos. Según la notoria tesis de DWORKIN, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). DWORKIN denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. DWORKIN cifra las diferencias entre estos tipos de normas en función de las circunstancias siguientes. En primer lugar, *las policies* y los *principles* no exigen o tipifican comportamientos concretos y especificados, sino que establecen *standards* genéricos de conducta dirigidos a la consecución de fines de interés general en el caso de las primeras, o a satisfacer exigencias éticas o postulados de la justicia en el caso de los principios. A diferencia de estas modalidades normativas, las *rules* o disposiciones específicas tipifican supuestos o conductas concretos y determinados a los que atribuyen consecuencias jurídicas precisas. A este tipo pertenecen las normas que, por ejemplo, condicionan velocidad máximo en una autopista en sesenta millas. En segundo lugar, como se dijo, las reglas tienen carácter taxativo y se aplican en la forma del «todo o nada» (*all-or-nothing*), es decir, o se aplican

³³ Cf. PRIETO SANCHÍS (1992); RAMOS PASCUA (1992) y SHAPIRO (2007).

³⁴ PÉREZ-LUÑO (1997, p. 13).

en su integridad o no pueden aplicarse. Si se da el caso de que concurren los supuestos de hecho tipificados deben aplicarse las consecuencias jurídicas previstas, en otro caso no aportan ninguna solución. A diferencia de las reglas los principios (en sentido amplio, esto es, englobando en el término a *policies* y los *principles*) más que consecuencias precisas enuncian motivos para decidir en un determinado sentido, pero sin obligar a adoptar una única decisión concreta³⁵.

Por último, hay que mencionar que frente a los principios se pueden encontrar fundamentalmente dos posiciones que buscan describir, además de su naturaleza y funciones, las relaciones entre éstos y las normas. En primer lugar, la *posición débil*, afirma que los principios no son normas jurídicas, sino normas extrasistémicas, morales, que están por fuera del derecho, y sólo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que sólo se aplican en los denominados casos difíciles. Son entendidos generalmente como principios de derecho natural³⁶. En Colombia se aducen como argumentos en su defensa el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 y la Sentencia C-083 de 1995. En síntesis esta teoría débil afirma que los principios son normas metajurídicas, extrasistemáticas o morales y siempre se deben ponderar en caso de conflicto entre los mismos o entre el principio y otro principio subyacente a una regla.

De otro lado, está la *posición fuerte*, que asume que los principios forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas, al ser resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico. Esta posición fuerte se puede clasificar, a su vez, en dos: una posición que se podría llamar *fuerte-fuerte* en la medida que defiende que los principios son normas jurídicas que priman sobre las restantes normas del ordenamiento por las siguientes razones: en primer lugar, los principios, como se indicó, son normas jurídicas, las más importantes del ordenamiento, que condicionan la validez de las restantes normas (argumento ontológico); en segundo lugar, los principios sirven de principal razón de la decisión o *ratio decidendi* de las sentencias de las altas cortes (argu-

³⁵ PÉREZ-LUÑO (1997, p. 13) y DWORKIN (1989).

³⁶ ESTRADA realiza un análisis de estas diferentes posiciones (2010, p. 162). En el mismo sentido DWORKIN (1989); VECCHIO (1971, pp. 113-125).

mento funcional); y, finalmente, los principios prevalecen sobre las restantes normas por mandato del mismo legislador. Estos argumentos sugieren que los principios jurídicos pueden integrar el bloque de constitucionalidad, que son normas de aplicación directa y sólo cuando entran en conflicto con otros principios procede la ponderación³⁷.

La segunda posición se puede denominar *fuerte-débil* en tanto asume que los principios son normas jurídicas pero, en relación con las reglas y en general con todo el ordenamiento jurídico, desempeñan una función auxiliar o subsidiaria (sirven para crear, integrar e interpretar el derecho).

De esta manera, se observa que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los principios no resulta de fácil solución, pues en cada ordenamiento existirán pautas específicas que determinarán su funcionamiento. No obstante, se puede afirmar que los principios jurídicos tienen una naturaleza distinta de las normas o reglas, diferencia que se fundamenta en distintos criterios, como su valor normativo, su grado de concreción, y principalmente la posición y la función que desempeñan en la aplicación e interpretación del Derecho, como se verá a continuación.

A) *Eficacia*

Tal como se dijo, los Principios Generales del Derecho se caracterizan por la falta de concreción de los supuestos en los que se aplican, y esta generalidad tendrá una incidencia directa en su eficacia, que estará directamente relacionada con la función que se le otorgue a los Principios Generales del Derecho al interior de cada ordenamiento jurídico, como se verá en el siguiente punto. No obstante, es necesario hacer unos breves comentarios relacionados con su eficacia. La eficacia es definida como la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera»³⁸. Desde el punto de vista jurídico, la eficacia está determinada por la consecución de los fines del

³⁷ BOBBIO (1991, p. 251); BULYGIN (1975, pp. 125-129); GUASTINI (1993; pp. 447-462) y RUIZ MANERO (2004, pp. 23-50). Es la posición adoptada además por ESTRADA (2010).

³⁸ Diccionario RAE, 23.ª ed. (2014).

Derecho en general o de una norma en particular y su capacidad para producir los efectos deseados por el ordenamiento jurídico³⁹. Como lo explica la Corte Constitucional Colombiana, *«en concepto puramente jurídico, la eficacia jurídica o aplicabilidad de la ley es la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, es decir, que sea susceptible de hacerlo, en tanto que la eficacia sociológica de la ley, se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos sociales y sean efectivamente cumplidas y aplicadas. Por su parte la vigencia se refiere al momento en que la misma empieza a regir, lo cual como regla general sucede a partir de la sanción presidencial y su subsiguiente promulgación. Una ley puede estar vigente, es decir formar parte del ordenamiento jurídico por haber sido aprobada por el Congreso, sancionada por el presidente y promulgada, sin haber sido derogada ni declarada inexecutable, y sin embargo puede no estar produciendo efectos jurídicos por falta de reglamentación administrativa»*⁴⁰.

Ahora, dadas las características que se vienen estudiando de los principios jurídicos, el tema de su eficacia también presenta ciertas particularidades, puesto que no siempre es fácil determinar los elementos con los cuales cierto principio jurídico pretende modificar la realidad, o alcanzar un resultado determinado, elementos que son más fácilmente identificables en las normas⁴¹. De todas formas, la eficacia de los principios se verá determinada por la capacidad que tengan de cumplir la finalidad que se les ha encomendado, sea como

³⁹ De acuerdo con BONIFAZ ALFONZO (1993, p. 5) el calificativo «eficaz» puede darse a «algo» en función de sus propósitos o fines. Para la autora, el concepto de eficacia está referido a la aplicación de la norma, a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o aceptación y a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines o propósitos (1993, p. 10).

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1067 de 2008. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴¹ BELADÍEZ ROJO explica que la eficacia de los principios presenta ciertas peculiaridades respecto de las otras fuentes del Derecho; que van a consistir fundamentalmente, en una menor eficacia cualitativa; pero como tienen un ámbito de aplicación más extenso que el de las normas propiamente dichas, tendrán una mayor eficacia cuantitativa. Esta autora explica que la eficacia cualitativa menor se debe a que los efectos normativos de los principios se reducen a imponer el deber a todos los sujetos de la comunidad de actuar respetando el valor jurídico contenido en el mismo. *«Su mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado»*. Esta figura no tiene la fuerza jurídica para ser un título capaz de crear obligaciones ni para otorgar derechos subjetivos, imposibilidad que constituye una exigencia elemental del principio de seguridad jurídica (2010, p. 113).

criterio de interpretación o como elemento integrador de un sistema normativo específico.

Como se ha señalado, los principios, por ser normas de carácter finalista, establecen un estado ideal de cosas a ser buscado, el cual se refiere a otras normas del mismo sistema, especialmente a las reglas. Puede hablarse entonces de dos niveles de eficacia de los principios⁴². En primer lugar, una eficacia *interna*, que puede ser directa, cuando actúa sin intermediación o interposición de otro (sub)principio o regla. En este caso, se trataría de la *función integradora*, que se analizará más adelante, pues permitirá la integración de elementos no previstos en subprincipios o reglas. Además, existe una eficacia interna indirecta, que consiste en la actuación con interposición de otro (sub) principio o regla, caso en el que el principio ejerce varias funciones: una *función definitoria*, en la medida en que delimitan el marco de aplicación de un supraprincipio axiológicamente superior; una *función interpretativa*, ya que sirven para interpretar normas construidas a partir de textos normativos expresos, limitando o ampliando sus sentidos, y una *función bloqueadora*, pues excluyen elementos expresamente previstos que sean incompatibles con el estado de cosas a ser promovidos. De otro lado, es posible hablar de una eficacia *externa*, en relación con la interpretación de los propios hechos, y los principios introducen indirectamente un valor por el establecimiento de un estado ideal de cosas a ser buscado, e indirectamente proporcionan un parámetro para el examen de la pertinencia y de la valoración de los hechos, en cada caso concreto.

Para terminar, baste decir que la capacidad de los principios jurídicos de producir los resultados deseados —esto es, su eficacia— dependerá fundamentalmente de la función que desempeñe el principio determinado en la actividad jurídica a realizar. Cuestión primordial que se verá a continuación.

B) Funciones

Al igual que sucede en los demás aspectos revisados en este capítulo, la doctrina jurídica se ha encargado de realizar un intensivo

⁴² Para un análisis detallado de los distintos niveles de eficacia de los principios ver ÁVILA (2011, pp. 86 y ss.).

examen de las funciones de los Principios Generales del Derecho. Antes de entrar en dicho estudio, debemos recordar que los principios jurídicos aparecieron ante la imposibilidad de que los textos legales agotasen todos los supuestos de hecho que se pudiesen regular. Vimos que surgieron como normas supletorias a la ley, y hoy en día se consideran propiamente como fuente del Derecho, independiente de la ley misma. Pero además, se le han asignado otro tipo de funciones, propias y diferentes, poniéndose de relieve su autonomía. Así, además de reconocerles la «función jurídica» por excelencia; es decir, constituir el fundamento inmediato de una determinada decisión (lo que sucederá siempre que no exista una norma de preferente aplicación), se les reconoce otras «funciones» distintas, como son las de servir de fundamento a las normas jurídicas y como criterio a utilizar en su interpretación⁴³.

Se trata de una diferenciación terminológica únicamente, pues ya sea que se hable de «funciones» o de «ámbito de aplicación», se trata de un mismo análisis, consistente en indagar las distintas formas en las que puede operar un principio en el ordenamiento jurídico. Dichas formas de operar se desprenden directamente de su función principal, que es ser fundamento del Derecho. Las tres principales funciones que se señalarán a continuación, pueden, y en la mayoría de los casos así lo hacen, actuar como un todo inescindible. Los Principios Generales del Derecho actúan a su vez como fundamento del Derecho, como criterio de interpretación, y como fuente supletoria, como se verá en seguida. Nuevamente, no pretendo abarcar con profundidad estas cuestiones, sino simplemente señalar las distintas posibilidades de acción que tienen los Principios Generales del Derecho en los ordenamientos jurídicos.

⁴³ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 131). No obstante, esta autora considera que la función que desempeñan los principios jurídicos no es distinta de la que ejercen las normas propiamente dichas, y afirma que no parece técnicamente acertado distinguir entre las diferentes «funciones», pues en realidad, no considera que se trate de funciones diversas, sino de distintas manifestaciones de una única función, que es su función jurídica o su función como fuente de Derecho. Afirma entonces, que resulta más correcto referirse a estas funciones como las distintas formas de aplicación de los principios.

a) Los Principios como Fuente del Derecho

Como se ha dicho, se trata de su función principal. Hoy en día, los Principios Generales del Derecho cumplen un papel esencial en la configuración del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el ordenamiento español, señala en el artículo 1.º del Código civil que son fuentes del Derecho « *la Ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho*». Asimismo, en el ordenamiento colombiano, de acuerdo con el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, «*cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*». Además, la Constitución Política de 1991 señala, en el artículo 230 que «*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*»⁴⁴.

⁴⁴ En Colombia, la Corte Constitucional ha interpretado estas disposiciones reiterando siempre el carácter subsidiario de los Principios Generales del Derecho. Así, en la Sentencia C-083 de 1995, MP: Carlos Gaviria Díaz; la Corte analiza si la analogía, la doctrina constitucional, y las reglas generales del Derecho (incluidas en el art. 8.º de la Ley 153 de 1887, promulgada bajo la Constitución de 1886) a la luz de las disposiciones de la nueva Constitución Política de 1991 tienen fuerza obligatoria. Analiza cada una de estas figuras, y al referirse a las *reglas generales del Derecho*, hace mención de la *analogia juris*, en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada. se abstrae una *regla* implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación. Que a los principios así extraídos se les denomine *reglas* no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Cita al profesor, HERNÁN VALENCIA RESTREPO (*Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Temis, 1993) en relación con la asimilación de los términos *regla* y *norma jurídica*, y referenciando al derecho Romano, señala que «la... sinonimia (*regla = norma jurídica*) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica» (subraya la Corte). Cita además a JOAQUÍN ARCE y FLÓREZ-VALDÉS (*Los principios generales del Derecho y la*

Vemos que, en ambos casos, se trata de una formulación que considera a los Principios Generales del Derecho como una fuente subsidiaria o supletoria del Derecho. No obstante, hoy en día debemos revisar esta formulación inicial teniendo en cuenta que los Principios Generales del Derecho son mucho más que criterios auxiliares. Como lo señala DE CASTRO, «*los principios jurídicos son la base en la que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan a todas las normas formuladas; las con-*

formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990) al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: «...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho». Concluye que *el test final y definitivo que permite establecer si una «regla general de derecho» (denominada a veces «principio») es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita*. Analiza a continuación los *principios generales extrasistemáticos, en relación con expresión principios generales del derecho* en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91. Señala que si el juez *tiene siempre que fallar* (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? El ordenamiento colombiano lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V. gr.: el derecho natural, la equidad, los «principios generales del derecho», expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de *principios* que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de CARRIÓ (*Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ABELEDO-PERROT, 1970) «*pueden ser llamados “principios jurídicos” en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él*». Y añade: «*el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor*», o se incorporen al ordenamiento —agrega la Corte— por disposición del legislador. Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como «criterios auxiliares de la actividad judicial».

vierten de flatus vocis o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconnexo articulado. Determinan el modo como lo jurídico actúa sobre la realidad social, y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas»⁴⁵.

Resulta interesante el planteamiento que hace BELADÍEZ ROJO. Se pregunta si el que los principios jurídicos sean fundamento del Derecho tiene una trascendencia meramente filosófica, o si por el contrario tiene consecuencias jurídicas. La respuesta depende, como es lógico, de la concepción que de principios jurídicos se tenga. Si se considera que estos son las ideas centrales o básicas de la ley, resulta apenas lógico que solo cumplan funciones de integración e interpretación. Pero si se considera, como lo hace la autora, que el fundamento del Derecho es algo distinto de las leyes, necesariamente los principios habrán de cumplir con esa función de fundamentación, lo que supone que todo el ordenamiento jurídico deberá estar inspirado en ellos⁴⁶.

No obstante, el problema de afirmar que los principios jurídicos son fundamento del Derecho, surge al determinar qué consecuencias tiene el que una norma sea contraria a los principios en que debe fundamentarse. Esto resultará de particular interés para el objeto de estudio de esta investigación, como se analizará en su momento. BELADÍEZ ROJO pone de relieve el hecho de que si realmente estos principios, no solo forman parte del Derecho, sino que además, son su fundamento, «*la consecuencia lógica sería la antijuridici-*

⁴⁵ DE CASTRO (1984, p. 420).

⁴⁶ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 139). Por su parte, para PRIETO SANCHÍS si los principios se conciben como la reformulación del sistema de normas vigente, entonces no pueden servir como fuente del Derecho en ausencia de ley o de costumbre; y si, por el contrario, son fuente de Derecho, entonces tienen que ser *algo más* que la reformulación de normas explícitas. Naturalmente es esto último lo que ocurre: es la doctrina y la jurisprudencia quienes, con mejor o peor fortuna, dan vida a los principios generales. El razonamiento del jurista deja de ser una actividad meramente cognoscitiva para convertirse en una actividad creadora de Derecho. Ciertamente, no de una creación libre o arbitraria, sino de una creación encauzada y guiada desde el mismo orden jurídico, y que pretende alcanzar soluciones coherentes con éste, pero creación, al fin y al cabo. En resumen, los principios implícitos son la consecuencia del proceso de integración del Derecho, o sea, de una actividad creadora de normas, y tanto más creadora cuanto menor es el número de disposiciones expresas que pueden aducirse como justificación de la validez de un cierto principio (2005, p. 212).

dad de la norma con la consecuente aplicación del principio respecto de las normas que lo contradigan. Sin embargo, esto significa proclamar la primacía de los principios jurídicos frente a las otras fuentes del ordenamiento, lo que, aun siendo la consecuencia lógica de su condición de fundamento de Derecho, no parece que pueda sostenerse en nuestro ordenamiento jurídico»⁴⁷. Lo anterior sería claramente inconstitucional, pues supondría desconocer el valor que la norma fundamental otorga a la ley como fuente de Derecho, pues lo único que puede configurar la invalidez de una ley es la infracción de la Constitución, o del Bloque de Constitucionalidad. Afirma entonces que hoy, al tenor de la Constitución Española, es insostenible la consideración de los principios como fuente de las fuentes y parámetro fundamental de todo lo jurídico, función que únicamente le corresponde a la Constitución, argumento que puede extenderse al caso colombiano, pues el artículo 4.º de la Constitución Política de 1991 señala que «la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

No obstante, lo anterior no quiere decir que no existan principios que, al estar admitidos por el texto constitucional, tengan el mismo rango que éste, pero en estos casos su primacía en la jerarquía de fuentes se la da el hecho de venir recogidos por la Constitución, y no su condición de principios jurídicos⁴⁸. Esta aparente contradicción se resuelve gracias a la existencia de un principio de constitucionalidad que además de expresar su superioridad jerárquica, expresa la voluntad de la comunidad de otorgarse una norma superior que sirva de validez de todo el orden jurídico⁴⁹. La existencia misma de la Constitución como norma emanada de la propia comunidad a través de su poder constituyente es la prueba evidente de tal principio⁵⁰.

⁴⁷ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 140).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Para un análisis de este Principio de Constitucionalidad ver, entre otros a GARCÍA DE ENTERRÍA (2006) y LEGUINA VILLA (1987).

⁵⁰ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 140). En este sentido, PRIETO SANCHÍS señala que la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene solo un sentido programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios

Se identifica de esta manera a la *función informadora del Ordenamiento*, como función consustancial de los Principios Generales del Derecho. Dicha función consiste en «*inspirar, orientar o informar los distintos elementos, normativos y no normativos, de un ordenamiento*» y *carácter de parámetro último de la juridicidad de las normas-reglas*⁵¹.

Como es lógico, si la contradicción de las normas se produce con principios constitucionales implícitos o explícitos, el vicio será de inconstitucionalidad y dichas normas podrán ser declaradas inconstitucionales, tanto si se trata de normas con rango de ley, como si lo son de rango reglamentario. Además, si se trata de principios con rango constitucional, la vinculación es total, tanto para el legislador como para el gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria⁵². En el caso de Principios Generales del Derecho que no

expresos de los tradicionales Principios Generales del Derecho. Porque, en efecto, estos últimos, en la medida en que han de concebirse fuera de la ley y de la costumbre, se presentan necesariamente como principios implícitos o deducidos del conjunto del ordenamiento, de manera que una disposición normativa que resulte contraria con el principio general, tiende a presentarse como una *excepción* al mismo. En cambio, un principio expreso, singularmente un principio constitucional, ostenta la fuerza propia del documento que lo consagra y, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores (2005, p. 206).

⁵¹ REBOLLO PUIG (2010, p. 1545). En el mismo sentido, TARDÍO PATO, identifica la función informadora del ordenamiento y carácter de parámetro último de la juridicidad de las normas-regla. Según el autor, este consiste en que el principio inspira una pluralidad de normas-regla que constituyen manifestaciones del mismo, al estar influidas por este. Pero también supone la necesidad de que ciertas normas-regla tengan que ser conformes con el correspondiente Principio General del Derecho, de modo que si no lo son, serán antijurídicas, al configurarse el Principio General del Derecho como parámetro de la juridicidad de dichas normas-regla (2011, p. 119). Esto es lo que más adelante BELADÍEZ ROJO identificará como la *justicialidad directa de los principios*.

⁵² El TC Español reconoce principios constitucionales explícitos e implícitos. En el caso de estos últimos, se puede citar, por ejemplo, el Principio General del Derecho «*non bis in idem*» que según la STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, a pesar de no estar recogido expresamente por escrito, se deriva de los principios si recogidos expresamente de tipicidad y reserva de ley en materia sancionadora. Por su parte, la CC distingue entre los Principios Generales del Derecho y los principios constitucionales, afirmando que se trata de dos figuras distintas. En la sentencia T-079 de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero); señala que: «El artículo 2.º de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado: “Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”».

tengan la consideración de principios constitucionalizados, existe vinculación total para los órganos que ejercen la potestad reglamentaria, y su contravención determinará un vicio de mera legalidad.

b) Los Principios como Criterios de Interpretación

Esta función supone que los operadores jurídicos tienen el deber de interpretar todos los actos jurídicos de conformidad con los valores imperantes en la comunidad⁵³. La infracción de dicho deber jurídico de interpretar todo el ordenamiento acorde con los principios, otorga al afectado el derecho subjetivo de impugnar, con el fin de que se le reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según esta fuente del Derecho. En esta oportunidad, los Principios Generales del Derecho actúan como pautas que guían la interpretación del derecho existente. Es decir, no operan sólo ante la ausencia de norma aplicable, sino que en presencia de la misma, guían la interpretación y aplicación del derecho; se trata entonces de *«pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar resoluciones jurídicas»*⁵⁴.

Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, integrando, interpretando y criticando aún el mismo ordenamiento constitucional porque sus disposiciones *“deben ser leídas de acuerdo con esos PRINCIPIOS. Sólo así se acata en su integridad la supremacía de la Constitución (art. 4.º ibidem). Los principios mínimos fundamentos del trabajo del artículo 53 son VINCULANTES aún cuando no se haya dictado la ley que lo desarrolla. Es que los valores y principios que se encuentran en la Constitución son obligatorias para el intérprete. Lo anterior implica que para interpretar una Constitución de principios y valores materiales, como la de 1991 hay que adoptar, de entre los métodos interpretativos, el argumento axiológico —evaluación de valores— para concretar sus cláusulas abiertas. Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos son criterios auxiliares de la actividad jurídica (art. 230 CP), mientras que los primeros encuentran su sustento en la propia Carta Fundamental”*.

⁵³ BELADÍEZ ROJO los califica como *prescripciones interpretativas*, y no como criterios de interpretación o cánones hermenéuticos. Lo anterior, explica, no es casual, y con ello quiere resaltar el carácter prescriptivo de esta fuente en todas y cada una de sus aplicaciones. Señala que la consecuencia práctica que se deriva de atribuir esta fuerza de obligar a la «función interpretativa» es que el intérprete *«tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquel que sea más acorde con los Principios Generales del Derecho; obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto correctamente interpretado»* (2010, p. 152).

⁵⁴ LARENZ (1966, pp. 465 y ss.).

Como se ha dicho, los principios jurídicos en general representan los valores de una sociedad en un contexto determinado, por lo que reflejan la visión del Derecho que tiene esa sociedad en particular. Esta visión se concreta por medio de diferentes técnicas hermenéuticas que el operador jurídico lleva a cabo al momento de aplicar el Derecho, y es acá en donde los Principios Generales del Derecho actúan como pautas o guías, o hilos conductores en la especificación y concreción de supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas.

En el caso español, si bien no hay referencia expresa a la función hermenéutica en los artículos 1.4 y 3.1 del Código civil, se puede encontrar una referencia a ella cuando dichas disposiciones señalan que las normas se interpretarán «en relación con el contexto...y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de ellas»⁵⁵. Ahora, en el caso colombiano, como había dicho la Corte Constitucional en la sentencia ya citada, cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como «criterios auxiliares de la actividad judicial»⁵⁶. Si bien la Corte resalta el carácter *permissivo* de estas fuentes auxiliares, es decir, cuya aplicación no es obligatoria, en el ordenamiento colombiano también se podría configurar el deber jurídico que tiene el operador de interpretar el Derecho conforme a los principios jurídicos que rigen el ordenamiento, cuyo incumplimiento otorgaría al afectado un derecho subjetivo de impugnar dicha interpretación. Por ejemplo, se ha reconocido que además de

⁵⁵ Según REBOLLO PUIG, «esa interpretación en relación con el contexto, que normalmente se identifica con el contexto normativo (criterio sistemático), es desbordada por la interpretación principal de que hablamos porque ésta situaría a la norma, no en el conjunto de una ley o de todas las leyes, sino en el ordenamiento, con todos sus elementos, incluidos los no normativos. La interpretación conforme a la realidad social en que las normas hayan de aplicarse permite también que penetren, aunque disfrazados, principios generales del Derecho que condensan, junto con otros componentes, las necesidades y las convicciones sociales sobre el Derecho» (2010, p. 1545).

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1995. MP: Carlos Gaviria Díaz.

limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, «el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa»⁵⁷. Además, se ha tutelado el derecho a la interpretación conforme a los principios jurídicos, en casos en los que la vulneración al debido proceso se manifiesta en el desconocimiento del principio de legalidad, como garantía del derecho de defensa. Se puede ver entonces que la aplicación de los principios jurídicos como criterios de interpretación es cada vez más un deber jurídico que circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, «de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes»⁵⁸.

c) Los Principios como Herramientas de Integración

Esta función se desprende del hecho de que los Principios Generales del Derecho constituyen una fuente supletoria del Derecho, que se aplicará *en defecto* de ley aplicable al caso. Esta importante función determinó el surgimiento de los Principios Generales del

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-273 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-433 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil. En relación con el carácter imperativo de los principios, HINESTROSA señala que estas máximas «tienen un valor ético-político, podría agregarse que ideológico: son la expresión jurídica, y de los juristas, del pensar y del sentir de la sociedad en un momento dado, independientemente de la antigüedad de algunas de esas orientaciones, vertidas en máximas, pero, al propio tiempo, bien pueden ser, y algunos lo son, un dictado o pauta ideológica de carácter imperativo con significado normativo para el legislador, al que no le está permitido apartarse de la orientación fundamental del Estado, contenida en la parte dogmática de la Constitución, prohibición sancionada con el juicio de ilegitimidad de la ley o incluso de una enmienda constitucional; y con significado hermenéutico, similarmente obligatorio, para el intérprete, en especial para el juez, que como funcionario del Estado se encuentra inmediatamente sometido a los dictados de la Constitución al aplicar la ley, que puede no ser sólo posterior a esta, sino también anterior» (2000, p. 4).

Derecho, pues como se vio, se necesitaba garantizar que el juez tuviese siempre una fuente a la que acudir en aquellos supuestos en los que ni la ley ni la costumbre fueran suficientes. Como reza el artículo 8.º de la Ley colombiana 153 de 1887, «*cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho*». De igual manera, el Código civil Español en el artículo 1.4 señala: «*Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*».

d) Los Principios como Instrumentos de Justicia

Si bien en principio esta función puede parecer impropia, con acuerdo con BELADÍEZ ROJO cuando afirma que la función más importante es la *justicialidad directa de los principios*⁵⁹. En virtud de esta función, se permitiría recurrir cualquier acto jurídico (excepto, claro está, los que tengan rango de ley formal y el principio no tenga rango constitucional) que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama. Este será su ámbito de vigencia por excelencia, del cual se desprenderán las demás funciones. A manera de ejemplo: «*si es posible anular un reglamento que es contrario a un principio jurídico es porque la Administración, en la elaboración de sus productos normativos, no ha cumplido el deber de respetarlo. Aquí no existe ninguna laguna jurídica, sino simplemente la infracción de una prescripción jurídica por el órgano que ha elaborado el Reglamento. Lo mismo ocurre en aquellos supuestos en los que se recurre una determinada resolución por haber sido dictada en aplicación de una norma erróneamente interpretada*»⁶⁰. Esta última función integra las demás formas de operar de los Principios Generales del Derecho, y demuestra la importancia que tienen estas figuras en el tráfico jurídico actual.

⁵⁹ Ya se refirió a esta función TARDÍO PATO como *parámetro último de juridicidad de las normas-regla*; DE CASTRO como *fundamento del ordenamiento jurídico*; y CRISAFULLI, como *función constructiva de los Principios Generales del Derecho*. En TARDÍO PATO, J. (2011).

⁶⁰ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 160).

4. Clases de Principios Generales del Derecho

Es tradicional que al estudiar la figura de los Principios, se realicen diversas clasificaciones; casi tantas como autores que tratan el tema. Me parece necesario destacar brevemente algunas exposiciones doctrinales realizadas, con el fin de identificar ciertos tipos de principios. Por ejemplo, debemos a CARRIÓ uno de los análisis más pormenorizados de la polisemia de «principio», quien distingue 11 usos de la expresión «principios jurídicos» y en su primer uso, esta expresión hace referencia a aquél estándar normativo que se caracteriza por cuatro rasgos fundamentales: (1) presupone otras reglas; (2) se dirige al aplicador; (3) indica cómo usar reglas, colmar lagunas, etc., y (4) tiene una «neutralidad tópica» en el sentido de que acusa una cierta indiferencia de contenido⁶¹.

De otro lado, se cuenta con la clasificación de WROBLEWSKI, quien determina hasta cinco tipos diversos de principios del Derecho que son de uso corriente en la lengua del Derecho⁶². Para ello, sigue como criterio fundamental (aunque no único) la relación de los principios respecto del sistema jurídico: (1) Principio *positivo del Derecho*: la norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones; (2) Principio *implícito del Derecho*: una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas; (3) Principio *extrasistémico del Derecho*: una regla que no es ni principio positivo del Derecho, ni principio explícito del Derecho; (4) *Principio nombre del Derecho*: un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas y (5) *Principio construcción del Derecho*: construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica⁶³.

⁶¹ CARRIÓ, G. (1990). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires. En GARCÍA FIGUEROA (1998, pp. 48 y ss.).

⁶² WROBLEWSKI, J. (1989). «El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica» en *Sentido y hecho en el Derecho* (p. 151). San Sebastián. En GARCÍA FIGUEROA (1998).

⁶³ Frente a esta clasificación, GARCÍA FIGUEROA realiza tres observaciones. En primer lugar, WROBLEWSKI incorpora en la definición de principio el término «regla», lo cual pudiera interpretarse como un rechazo implícito de la distinción cualitativa de reglas y principios. Esto no debe constituir un obstáculo para la virtualidad de su clasificación, que toma como referente el uso en la lengua del

Por su parte, PRIETO SANCHÍS trae una distinción entre (1) los *principios explícitos* y (2) los *principios implícitos*, o principios generales del Derecho. Los primeros son aquellos que figuran expresamente contemplados en una disposición; puede suscitarse debate acerca de su fuerza jurídica o de su significado concreto, pero no acerca de su naturaleza: se trata de normas como cualesquiera otras a las que el legislador o la doctrina, por alguna razón o seguramente por varias y difusas razones, decide llamar «principio», incluso a veces, «principio general del Derecho». Estos se recogen en disposiciones legislativas, de las que constituyen su significado. No obstante, la identificación de estos principios no requiere que aparezcan bajo el *nomen iuris* de «principios», sino que puede ser así considerada cualquier disposición en atención a su generalidad, fundamentalidad, etc. Los principios implícitos, en cambio, no aparecen expresamente reconocidos en ninguna disposición y plantean el problema que su propio nombre indica, esto es, si resulta posible hablar de normas implícitas⁶⁴.

Una propuesta interesante de clasificación cuádruple de los principios se encuentra en ATIENZA y RUIZ MANERO. Por un lado, se pueden distinguir (1) *principios en sentido estricto*, es decir, en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc., y (2) *directrices o normas programáticas*, como norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. En segundo lugar, dis-

Derecho del término «principio» (su uso lexical) y establece la relación de tales principios con el sistema. En segundo lugar, resalta que concentrará su atención sobre los tres primeros tipos de principios: los principios explícitos (positivos), implícitos y extrasistémicos, por ser los más relevantes para el estudio. Sigue a PRIETO SANCHÍS, quien concibe que los primeros tres principios de la doctrina de WROBLEWSKI son las categorías básicas a las que pueden reconducirse las otras dos, como se verá a continuación. En tercer lugar, observa que cada tipo de principio enunciado por el autor polaco sugiere un círculo de problemas predilecto, relacionados con el estudio de los rasgos formales de los principios respecto de las reglas, los problemas que origina el proceso de la derivación de principios a partir de materiales normativos del sistema jurídico, entre otros. Resalta entonces que los principios han sido considerados como un vehículo idóneo para moralizar el concepto de derecho y que, de entre los diversos tipos de principios, son los extrasistémicos los que permiten analizar mejor las conexiones entre derecho y moral en relación con el papel de los principios (1998, p. 50).

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS (2005, p. 206).

tinguen entre (1) *principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito*, y (2) *principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez*. Esto es, entre los principios (pautas de comportamiento formulables como principios en sentido estricto o como normas programáticas) en cuanto dirigidos a guiar la conducta de la gente y los principios en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la creación o aplicación de normas) de los órganos jurídicos. Una tercera distinción es la que media entre (1) *principios explícitos*, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico; y (2) *principios implícitos*, esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Finalmente, la última distinción es la que se hace entre (1) *principios sustantivos* y (2) *principios institucionales*. Los primeros, que pueden ser principios en sentido estricto o directrices, expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos que el sistema jurídico trata de realizar; apuntan, así, al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende moldear. Los segundos,—los institucionales— expresan exigencias que derivan centralmente de lo que se puede llamar los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su «maquinaria»⁶⁵.

⁶⁵ ATIENZA y RUIZ MANERO (2004, pp. 26 y ss.). En un sentido similar, TARDÍO PATO centra su atención en las clasificaciones más significativas de los Principios Generales del Derecho. En primer lugar, explica la clasificación ya estudiada de (1) los *principios explícitos* y (2) los *principios implícitos*, expuesta por autores como CRISAFULLI y PRIETO SANCHÍS, y las adiciones realizadas por WROBLEWSKI. Los primeros son los que están expresamente recogidos en alguna disposición normativa, mientras que los segundos son los que no lo están, y han sido obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas. Se agregan además los (3) *principios extrasistémicos o totalmente implícitos*, que son aquellos que no están recogidos explícitamente en una disposición normativa y tampoco se obtienen por derivación del resto de normas, sino que se forman a partir de la constitución material o de alguna filosofía moral o política que inspira un ordenamiento. El autor expone además la distinción entre (1) principios en *sentido estricto* y (2) *principios-directrices*. Los primeros son los que disciplinan directamente una materia dada, mientras que los segundos, principios programáticos o directivas, disciplinan primariamente el comportamiento de los órganos legislativos con vistas a la regulación que los mismos darán más adelante de dicha materia. Distingue además entre los (1) principios *sustantivos*, que vienen regidos por razones sustantivas de corrección, o finalistas, y apuntan al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho pretende moldear, y expresan exigencias correspondien-

Por último, BELADÍEZ ROJO considera que en la mayoría de los casos, estas clasificaciones no tienen otro valor que el meramente sistemático o didáctico, ya sea porque las tipologías bajo las que se agrupan los distintos principios no presentan diferencias suficientes que permitan atribuirles una distinta fuerza o eficacia jurídica, o porque incluyen supuestos que no constituyen auténticos principios jurídicos, por lo que la mayoría de las clasificaciones carecen de trascendencia jurídica. No obstante, la autora considera que la única diferencia de la que se puede derivar alguna consecuencia jurídica es aquella que distingue entre a) principios *constitucionales* y b) principios *no constitucionales*. Señala que «los primeros gozan de la fuerza normativa de la Constitución, y por ello son de preferente aplicación frente a cualquier norma jurídica que los contradiga. [...] Por el contrario, los otros principios jurídicos tienen la fuerza jurídica que por su condición de fuente del Derecho les corresponde, y se situarían en la escala jerárquica por debajo de la Ley y de la costumbre, pero por encima del reglamento»⁶⁶.

Si bien es cierto que estas clasificaciones cumplen principalmente fines académicos, no es menos cierto que existen diversos tipos de principios jurídicos al interior de un mismo ordenamiento jurídico, como se ha visto. Existen tantos principios jurídicos como ramas del ordenamiento, instituciones y figuras jurídicas hay. Pero además de esta diferenciación que podría llamarse temática o conceptual, existen también principios con diferente valor: aquellos que se encuentran en el Derecho Internacional, en las Constituciones o en las normas de inferior rango; aquellos que se encuentran positivizados y aquellos que no. En fin, independientemente del tipo de principio y el criterio de clasificación que se esté utilizando, las funciones que desempeñan los principios serán siempre similares, y la forma en la que opera en el devenir jurídico dependerá de la concepción que de ellos se tenga al interior de cada ordenamiento jurídico.

tes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar; y entre los (2) principios *institucionales*, que son aquellos que tienen como razón de ser la garantía del Derecho como aparato institucional, para que pueda realizar sus funciones sustantivas, y van dirigidos a los órganos especialmente. Finaliza con la distinción entre (1) principios *plenos*, aquellos que cumplen todas sus funciones típicas, y (2) principios *semiplenos*, es decir, aquellos que no cumplen todas las funciones propias de los principios (2011, pp. 92 y ss.).

⁶⁶ BELADÍEZ ROJO (2010, pp. 184 y ss.).

III. Surgimiento y Vigencia de los Principios Jurídicos

El tema que se estudiará enseguida resulta de especial relevancia para el análisis del Principio de No Regresión, pues permitirá determinar la forma en la que surge a la vida jurídica un nuevo Principio Jurídico, y su vigencia temporal. Resulta fundamental averiguar la forma de «descubrir» o «hallar» las ideas que fundamentan los principios jurídicos de una sociedad determinada, pues como se ha insistido los principios jurídicos son aquellas ideas jurídicas de la comunidad que constituirán auténticamente fuentes del Derecho, sin necesidad de exigir ningún proceso de positivación⁶⁷. Estos principios no son inmutables, sino que se encuentran determinados por la realidad social y por la cultura jurídica de un país, por lo que su concepción puede diferir de una cultura a otra, dependiendo más que todo de los problemas a los que tenga que dar solución⁶⁸. Esto resulta fundamental en relación con el centro de esta investigación

⁶⁷ Para una aproximación a este asunto ver BELADÍEZ ROJO (2010, pp. 57 y ss.). Por su parte, MUÑOZ MACHADO hace un recuento de las aportaciones doctrinales en relación con el origen de los principios. Expone principalmente dos corrientes. De un lado, las que consideran que los principios generales tienen un fundamento extrapositivo, que se sitúan por encima y al margen de los procedimientos ordinarios de creación del derecho por el legislador; y, de otro lado la que estiman que los principios generales no son otra cosa distinta que el conjunto de criterios o convicciones que utilizan los operadores jurídicos ordinarios (doctrina, tribunales, la propia Administración) para interpretar e integrar el contenido de las normas jurídicas y aplicarlos conforme a los valores jurídicos comúnmente compartidos. No obstante, para el autor en la actualidad, no existe ningún criterio objetivado de creación de los principios generales (2006, pp. 67 y ss.).

⁶⁸ Como señala HINESTROSA, no podría imaginarse ni aceptarse que «los principios pudieran haber permanecido intactos a lo largo de varios milenios. Es verdad que algunos se conservan en su embalaje latino original o medieval, otros recibieron retoques y adaptaciones, que unos cuantos corren en las lenguas locales, si bien con coincidencia final que permite reducirlos a un “común denominador”. Sin embargo, no sería correcto dejarse seducir por esa apariencia de inmutabilidad, como quiera que los problemas a que atienden y el enfoque difiere de una época a otra, como diversos son los sistemas económico sociales, y hasta el significado de las propias palabras es en muchos casos otro» (2000, p. 7). En este sentido, REBOLLO PUIG explica que ciertos cambios sociales no plasmados en las normas pueden determinar nuevos Principios Generales del Derecho o causar la obsolescencia de otros. El autor habla de cambios sociales, desde los científicos, económicos o simplemente técnicos hasta los referidos a las creencias sobre la justicia o sobre las relaciones entre la sociedad y el individuo, o sobre el papel del Estado; entre otros (2010, p. 1534).

pues en gran medida, son los cambios científicos de la mano con la necesidad de un crecimiento económico cada vez mayor lo que hace surgir la necesidad de nuevas herramientas de protección del medio ambiente, como es el caso que se analiza, el Principio de No Regresión en materia ambiental.

No obstante, para un autorizado sector de la doctrina estas convicciones jurídico-éticas que se encuentran en la conciencia colectiva no tienen en sí misma fuerza jurídica, y su descubrimiento no supondría propiamente el hallazgo de un principio⁶⁹. Para estos autores, estas ideas solo formarán parte del ordenamiento jurídico cuando se positivizan; como advierte ESSER, se trata de un trámite que transforma los principios pre-positivos en principios positivos. Según este autor, los principios, o esas ideas jurídicas colectivas, solo se convierten en norma cuando adquieren la estructura propia de éstas, y por tanto se convierten en es instrucciones precisas que contienen ya el supuesto de hecho al que resulta de aplicación⁷⁰. BETTI, por su parte, opina en el mismo sentido, y afirma que estos principios se convierten en norma cuando los recoge el legislador o son aplicados por los tribunales creando una jurisprudencia constante. El autor expone que la jurisprudencia es la competente para identificar y elaborar aquellos Principios Generales del Derecho que, ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares, constituyendo instrumentos indispensables de una interpretación integradora del orden jurídico que sobrepasa los confines de la analogía⁷¹.

Para determinar efectivamente cuál es el proceso de «descubrimiento» de los principios, será necesario y suficiente conocer cuál

⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁰ ESSER (1961, pp. 65 y ss.). Afirma el autor que estos pensamientos generales sólo pueden ser transformados en principios positivos por el propio legislador, cuando los incorpora como *ratio* de sus instituciones y por la jurisprudencia, cuando los aplica a un supuesto de hecho concreto. Es este el momento en el que ese valor dejará de ser un pensamiento o una idea de la comunidad y se convertirá en una auténtica instrucción vinculante, o un principio jurídico en sentido estricto (1961, p. 121).

⁷¹ BETTI (1971, p. 293). Para DE SADELEER, los Principios Generales del Derecho han sido creados por los tribunales nacionales, en los sistemas jurídicos continentales desde el final de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de dar coherencia y plenitud al sistema jurídico (2008, pp. 238 y ss.).

les son los valores jurídicos de una comunidad para conocer los principios jurídicos en los que se fundamenta. Resultará fundamental indagar acerca de los criterios identificadores de nuevos principios, y la dificultad de encontrar un criterio objetivo que permita identificar dichos principios⁷².

1. Criterios identificadores de nuevos principios jurídicos

A continuación, se analizarán los diferentes criterios señalados por la doctrina encaminados a identificar nuevos principios jurídicos.

A) La Evidencia

DE CASTRO señala que el reconocimiento de los nuevos principios jurídicos no presenta especiales problemas, pues «*los datos de donde se induce su nacimiento sólo importan en aquellos casos en los que su propia vigencia es insegura*», por lo que afirma que si algo caracteriza a los principios jurídicos es «*la evidencia de su realidad y eficacia*». No obstante, el criterio de la evidencia sólo sirve para reconocer los principios jurídicos cuando éstos ya han sido «descubiertos», y nadie duda de que esa idea jurídica forma parte del conjunto de

⁷² BELADÍEZ ROJO (2010, p. 57). Por su parte, HINESTROSA, se pregunta «¿Dónde se encuentran los principios objeto de descubrimiento, y de dónde provienen los elementos o materias primas que los intérpretes emplean para sus “creaciones interpretativas”?». Aparte de la referencia histórica al proceso de formación y a la tarea de recopilación de las *regulae* y *maximae* en Roma, es ineludible la anotación de que, según la época y la posición ideológica, la inspiración o incluso la propia redacción de esos principios corre de cuenta de la divinidad, o es atribuible a un *ius Gentium* o a un *ius naturale*, religioso o laico, o es fruto de la racionalidad, del análisis de la realidad social y del designio de atenderla y gobernarla; asimismo, es indispensable observar que, al margen de que algunos se encuentran explícitos en la legislación, sin que por ello se pueda llegar a sostener que la individualización de los principios se reduce a una simple extensión de esos enunciados, en tanto que otros no está expresos, van implícitos, de todos modos bien puede sostenerse que los principios rezuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete lo extrae (¿inventa?) de la “conciencia social” mediante un proceso de abstracción y generalización y que al sentarse un principio se introduce un *quid novi* en el ordenamiento, o a lo menos, se reafirma esa novedad adicional al conjunto de normas formalmente reconocidas» (2000, p. 7).

ideas jurídicas de una comunidad determinada⁷³. En este sentido, la evidencia sólo aparece cuando el principio ya existe, mas no cuando se encuentra oculto en la conciencia colectiva, pues necesita reconocimiento de fuerza jurídica. En estos casos, la evidencia no podrá ser un criterio que permita «descubrir» o «hallar» estos principio, y corresponderá al jurista la demostración de la vigencia social del mismo⁷⁴. De esta manera, ante el riesgo de convertir valores puramente subjetivos en normas jurídicas, será necesario demostrar efectivamente su vigencia, y por ello será preciso utilizar «la técnica jurídica más objetiva y objetable»⁷⁵. Esta tarea le corresponde al operador jurídico, que en la mayoría de los casos será el juez, quien tiene la obligación de demostrar que una idea de la colectividad tiene la vocación de convertirse en un principio jurídico.

B) *Las instituciones*

El segundo criterio para descubrir nuevos principios jurídicos expuesto por BELADÍEZ son las instituciones, como sede de los valores *jurídicos de la sociedad*. GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁶ para resolver dicha cuestión, acude al concepto de institución jurídica de SAVIGNY. Para este jurista, el Derecho solo podrá quedar expresado en los comportamientos concretos y típicos de los ciudadanos tal como explica LARENZ siendo estos comportamientos los que constituyen las instituciones jurídicas, pues «estas relaciones de la vida —como, por ejemplo, el matrimonio, la patria potestad, la propiedad de un inmueble, la compraventa— pensadas y conformadas como un orden jurídicamente vinculante son los institutos jurídicos»⁷⁷. GARCÍA DE ENTERRÍA, partiendo desde una perspectiva tópica⁷⁸ del Derecho, considera que la comunidad jurídica expresa sus valores o ideas jurídicas al resolver los

⁷³ DE CASTRO (1984, pp. 417 y ss.).

⁷⁴ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 62). ESSER ya había realizado un estudio sobre estas cuestiones, y en su momento señaló que «el principio crece de la práctica y con la práctica, y lo que recibe de la doctrina no es vida sino forma, una forma, empero, que ya por la mera liberación del pensamiento fundamental de sus ataduras casuísticas, puede constituir el inicio de una nueva práctica» (1961, p. 316).

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981, p. 222).

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1984b, p. 64).

⁷⁷ LARENZ (1966, pp. 33 y ss.).

⁷⁸ Cfr. GARCÍA AMADO (1988); GARCÍA DE ENTERRÍA (1984a).

problemas concretos que se presenten, siendo las soluciones que a esos problemas se vayan ofreciendo lo que da lugar a las instituciones⁷⁹. Entonces, según la tesis de este autor, la forma de reconocer que existe una idea jurídica o unos valores jurídicos latentes en la comunidad, es comprobar si existe alguna institución organizada en torno a esa idea o valor⁸⁰. No obstante, las instituciones no serían los únicos lugares en los que se podrían encontrar los principios jurídicos, sino un medio a través del cual se puede comprobar que una determinada idea expresa un valor de la comunidad, y que, por tanto, es un principio jurídico⁸¹. Lo anterior, pues si se considera que los principios únicamente podrán identificarse a través de las instituciones jurídicas, en aquellos sectores del ordenamiento que no se encuentren regidos por el principio de la Autonomía de la Voluntad (como el Derecho Administrativo, que se encuentra sometido al Principio de Legalidad), tal concepción supondría una vuelta al positivismo jurídico, ya que en ellos sólo la ley puede crear nuevas instituciones. En cambio, si se considera que los principios son anteriores a la institución misma, constituirán el respaldo jurídico necesario para permitir que la Administración pueda con su actuación crear una concreta institución. En estos casos, la existencia del principio es lo que fundamentaría la institución, y no a la inversa. Sólo en la medida en que dicha institución sea el reflejo de un principio jurídico, podrá ser aplicada por la Administración o por el juez, pues ambos se encuentran vinculados a la ley y al Derecho⁸².

No obstante es cierto que las ideas en torno a las que se configuran las instituciones son principios jurídicos, de lo anterior no puede deducirse que estas ideas se conviertan en principios jurídicos

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1984B, p. 64).

⁸⁰ Para BELADÍEZ ROJO dicha teoría presenta un problema, pues sólo toma en consideración esa idea o valor de la conciencia colectiva cuando ha tenido fuerza suficiente como para desarrollar en torno a ella una institución. Señala la autora que es claro que la idea en torno a la cual se ha organizado la institución está asentada en la sociedad, pero ello no significa que todas las ideas jurídicas de una comunidad hayan cristalizado en instituciones, pues este sería en realidad un segundo paso en la evolución de esa idea, la materialización de la misma, pero no tiene por qué constituir su única forma de expresión (2010, p. 65).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 67.

a través de la institución, pues puede ocurrir precisamente lo contrario: la institución se crea como consecuencia de que existe un valor en la comunidad que determina que un tipo de problemas concretos se resuelvan otorgando la solución más acorde con el mismo. Esto es, porque existe ya un principio jurídico que exige esta solución⁸³. Además, se da cuenta de la existencia de un círculo vicioso, pues si los nuevos principios tienen que fundamentarse en las ideas que rigen las instituciones jurídicas, no pudiendo éstas fundamentarse más que en los principios que se deducen de las ya existentes. De este círculo vicioso sólo será posible escapar a través de las instituciones respaldadas en los textos legales, lo que supondría, en última instancia, la identificación de los principios con las ideas latentes en las leyes⁸⁴.

C) *Acerca de los criterios para la identificación de los principios jurídicos*

En relación con los criterios ya analizados, resulta procedente hacer dos observaciones. En primer lugar, cabe señalar la dificultad para encontrar un criterio objetivo que identifique con certeza los valores jurídicos en una sociedad determinada, antes de su transformación en verdaderas instituciones. Con el fin de aplicar los principios antes de la existencia propiamente dicha de la institución, es necesario determinar la forma en que se pueden llegar a conocer dichos principios⁸⁵. Se trata de una cuestión difícil, pues lo que se quiere identificar consiste en un valor. En palabras de LARENZ, «*el método de actuar de un valor se caracteriza porque es sentido por el hombre como un requerimiento interior a tomar posición, y además, a llevar a cabo una actividad realizadora de tal valor, lo que supone que el hombre no adquiere conciencia de ellos más que en actos de toma de posición valorativa frente a acciones o acontecimientos concretos*»⁸⁶. Podría decirse, que desde este punto de vista, los valores tienen un carácter subjetivo, y se reconocen a través de los sentimientos⁸⁷, por lo que ningún criterio

⁸³ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 70.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁶ LARENZ (1966, pp. 285 y ss.).

⁸⁷ LARENZ afirma que los actos de toma de posición valorativa a los que hace referencia no son originariamente meros actos del conocimiento, sino reacciones emocionales, y si se quiere, actos del sentimiento, pero no instintivos.

objetivo permitirá demostrar con certeza si realmente esa idea constituye un valor de la comunidad. Entonces, tal criterio objetivo no existe. Por lo anterior, la única forma de demostrar la vigencia social de un valor, o lo que es lo mismo, la existencia de un principio, es mediante su propia aplicación⁸⁸.

En segundo lugar, y en relación con lo dicho, será requisito imprescindible la objetivación de los valores jurídicos, para que efectivamente sean considerados principios jurídicos. Si bien es cierto que objetivar la existencia de un sentimiento en una comunidad globalmente considerada puede ser verdaderamente difícil, por no decir imposible, el jurista no puede nunca renunciar a esa objetividad⁸⁹. Esta objetivación es la que transforma los valores sociales en principios jurídicos. La garantía de ser un auténtico principio solo se puede obtener cuando la aplicación del nuevo principio haya dado lugar a datos objetivos que refuercen su vigencia hasta el punto de lograr que su existencia sea algo evidente para los miembros de una sociedad. Paradójicamente, la única prueba de su existencia lo constituye su propia evidencia. Además, que el jurista que alegue la existencia de un nuevo principio deberá, al menos, y en la medida de lo posible, fundamentarlo en datos objetivos, que si bien no constituyen prueba definitiva de su existencia, si permitirán demostrar que no se trata de un juicio de valoración personal⁹⁰. Para lo anterior, será necesario recurrir a la técnica jurídica y utilizar todos sus recursos con el fin de demostrar que la idea que pretende elevar a la categoría general de principio jurídico es realmente tal y no una apreciación subjetiva. Si bien, y como se dijo, ninguno de los criterios será definitivo, BELADÍEZ ROJO le da una mayor importancia a la *evidencia*, mas no a los datos objetivos en los que se pretende fundamentar su existencia. Así pues, la evidencia constituye el único medio que permitirá tener algo de certeza o relativa seguridad de que nos encontramos ante un verdadero principio jurídico. Necesariamente, todo principio hasta que se hace evidente, deberá pasar por una fase previa en la que es imposible tener una garantía total de que se está realmente ante un auténtico principio jurídico, razón por la cual no se puede pretender recono-

⁸⁸ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 74).

⁸⁹ LARENZ (1966, pp. 289 y ss.).

⁹⁰ BELADÍEZ ROJO (2010, p. 77).

cer, descubrir o hallar estos nuevos principios según un criterio infalible⁹¹.

2. Vigencia de los Principios Jurídicos

Si bien se ha visto que por la naturaleza de los principios jurídicos no resulta fácil delimitar su período de vigencia, sí merece la pena intentar hacer alusión a los diferentes momentos de la vida de un principio⁹². Existe una primera fase, en la que su vigencia estaría discutida, desde que un operador jurídico «siente» una idea como principio jurídico, y considera que esa idea no expresa sólo un valor personal, sino un valor propio de toda la comunidad en su conjunto. Para que esa idea «descubierta» sea considerada como principio, será necesario, como se dijo, demostrar su carácter de generalidad y objetividad. Se requiere entonces un período de conocimiento del principio, que se puede conseguir a través de su aplicación por parte de las instancias judiciales, o a través de los estudios realizados por la doctrina jurídica.

Después de esta primera fase, que dará lugar a soluciones contradictorias, mientras se fortalezca, o no, el principio como tal, llega una fase plena de consolidación. En este momento, se tendrá certeza de la existencia del principio, que durará hasta su positivación, o hasta que se empiece a discutir su vigencia, por la llegada de un nuevo valor en la sociedad que sea incompatible con dicho principio. En este caso, su derogación tampoco será inmediata, y se volverá a un momento en el que su vigencia sea discutida, lo que llevará a una derogación definitiva, o a una nueva consolidación⁹³.

Para finalizar esta parte, resulta primordial tener en cuenta que en la mayoría de los casos los principios jurídicos no surgen para solucionar nuevos problemas, sino para resolver de forma diferente los problemas ya existentes. Lo anterior significa que el principio tiene que hacer frente a una situación jurídica consolidada, y demostrar que dicha solución ha dejado de ser válida para el Derecho por existir en la sociedad un nuevo valor jurídico que exige resol-

⁹¹ *Ibidem*, p. 84.

⁹² *Ibidem*, p. 89.

⁹³ *Ibidem*, p. 93.

ver el problema de diferente manera. Tarea que no será fácil, dada la poca tendencia al cambio, como exigencia de la seguridad jurídica propia del Derecho⁹⁴. Este planteamiento resultará fundamental, como se verá en su momento, para el estudio a profundidad del Principio de No Regresión.

IV. Principios del Derecho Ambiental

En Derecho Ambiental contemporáneo, los principios jurídicos revisten gran importancia. Puede decirse, en general, que a menor nivel de desarrollo de una disciplina jurídica, mayor presencia de los principios (aunque no siempre sea verdad a la inversa)⁹⁵. En el caso de la protección ambiental, el sistema jurídico se ha encargado de generar reglas demasiado particulares, por lo que siempre ha existido la necesidad de ampliarlas a principios más sólidos, dada la relativa novedad de este ordenamiento jurídico. Es por esto que el Derecho Ambiental está fuertemente marcado por la presencia de principios en comparación con otras disciplinas jurídicas. A continuación se estudiarán las principales consideraciones doctrinales frente a estas figuras.

1. Concepto

LOZANO CUTANDA, se refiere a estos principios como *«expresivos de una pauta de comportamiento exigible a todos los miembros de la comunidad internacional y en relación a todos los aspectos atinentes a la protección del medio ambiente»*⁹⁶. Este conjunto de principios, labrados en el Derecho Internacional Ambiental, informan hoy los sistemas de protección jurídica del medio ambiente a nivel regional (como es el caso del Derecho Ambiental Comunitario) y nacional. Resulta pertinente preguntarse qué se entiende por la expresión «miembros de la comunidad internacional», con el fin de identificar los sujetos activos en el proceso de consolidación de un principio jurídico en el Derecho Internacional.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁹⁵ SERRANO (2007, p. 9).

⁹⁶ LOZANO CUTANDA (2010, p. 95).

En primer lugar, hay que señalar que los sujetos de Derecho internacional son aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su proceso de elaboración, y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o incurrir en responsabilidad internacional si son ellas quienes las infringen⁹⁷. Una concepción inicial consideraba a los Estados soberanos como las únicas entidades dotadas de personalidad jurídica internacional. Esta concepción tradicional carece actualmente de fundamento, por haber dejado de reflejar la práctica internacional. Actualmente, y a partir del dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949, en el asunto de «Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas», es posible sostener que los Estados no son los únicos sujetos del Derecho internacional contemporáneo, al tomarse conciencia de que la comunidad internacional está hoy integrada por un conjunto muy heterogéneo de actores y entidades que participan en la vida internacional. Entonces, junto a los Estados, sujetos originarios o primarios del Derecho internacional, existen otros sujetos derivados, creados por los Estados soberanos (las organizaciones internacionales) y otras entidades no estatales que, en supuestos concretos, son destinatarias de normas jurídicas internacionales y a las que el Derecho internacional reconoce ciertos derechos e impone determinadas obligaciones, por lo que tienen una cierta subjetividad internacional⁹⁸. Para este autor entonces, además de los Estados, en la comunidad internacional se encuentran las organizaciones internacionales, los pueblos sujetos a dominación colonial, las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales (ONG), las empresas transnacionales o multinacionales, los establecimientos públicos internacionales, y en ciertos casos, la persona humana como sujeto de derecho en el Derecho Internacional.

Resulta importante además indagar sobre la concreción de los Principios Generales en el Derecho Internacional, con el fin de identificar cómo surgen dichos principios en este ordenamiento. Puede afirmarse que los Principios Generales aplicables en el ordenamiento internacional tienen dos procedencias. En primer lugar, y en la gran mayoría, aquellos que han sido recogidos de los ordena-

⁹⁷ CARRILLO SALCEDO (1991, p. 25).

⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

mientos internos, es decir, los principios considerados como tales *in foro domestico* (a manera de ejemplo, la prohibición de abuso del derecho, la responsabilidad internacional nacida de actos ilícitos y la restitución de lo adquirido por medio de un enriquecimiento justo, la obligación de reparar los daños debe abarcar o sólo al daño efectivamente sufrido, sino a la ganancia dejada por obtener, entre otros). En segundo lugar, junto a los principios *in foro domestico* que son los que tienen su origen en una convicción jurídica reflejada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y que tras su constatación y correspondiente adaptación a las características del Derecho internacional son reconocidos como tales en la categoría de principios internacionales, existen otros principios generales *propia-mente internacionales*, que tienen un origen diverso, pero son fundamentalmente el producto de la acción conjugada del juez internacional y de la diplomacia normativa de los Estados⁹⁹.

Entonces, en relación con la comunidad internacional (que se podría asimilar como de Derecho Internacional Público), los Estados gozarán de «subjektividad plena», mientras que las Organizaciones Internacionales y demás miembros de esta comunidad tendrán una «subjektividad limitada», dependiendo de sus propósitos y funciones. No obstante, los Principios Generales del Derecho Internacional serán de aplicación y acatamiento por parte de todos los sujetos, independientemente de que su origen derive de los ordenamientos internos (principios *in foro domestico*) o del Derecho Internacional (principios *propia-mente internacionales*).

Ahora bien, estas circunstancias deben ser matizadas en el contexto específico del Derecho Ambiental Internacional, entendido como un sub-ordenamiento del Derecho Internacional Público, cuyas características están determinadas por su particular finalidad, que es la protección y salvaguarda del medio ambiente global. Entonces, este conjunto de normas internacionales, encaminadas a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, expresan pautas de comportamiento exigibles a los miembros de la comunidad internacional, ya no sólo a los Estados como sujetos por exce-

⁹⁹ A manera de ejemplo, la primacía del tratado internacional sobre la ley interna, la regla del agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a la vía internacional, entre otros. DIEZ DE VELASCO (2013, p. 126).

lencia de este ordenamiento, sino por ejemplo también a las empresas públicas, como extensión de esa subjetividad estatal.

Además, puede decirse que dada la naturaleza y reciente formación del Derecho Ambiental Internacional, sus Principios Generales son principios *propriadamente internacionales* en los términos estudiados, pues surgieron, en su gran mayoría, como fruto de la diplomacia normativa de los Estados, en relación con la toma de conciencia sobre las preocupaciones ambientales. No se puede negar la posibilidad de que algunos Principios del Derecho Ambiental Internacional tengan su origen al interior de ciertos ordenamientos jurídicos, pero, como se verá, su fuente primordial es el Derecho Internacional mismo, principalmente las Declaraciones de Estocolmo (1972) y de Río de Janeiro (1992). No es este el lugar para estudiar el origen de cada uno de los Principios del Derecho Ambiental Internacional, pero sí para repasar puntualmente las citadas Declaraciones, con el fin de identificar la formulación inicial de dichos principios, y verificar los sujetos a los que se aplican.

Por ejemplo, la regla contenida en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el Principio 2 de la Declaración de Río, señala que *los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos, pero la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional*. Por su parte, el principio 24 de la Declaración de Estocolmo (Carta Mundial de la Naturaleza principio 21a y Principio 27 de la Declaración de Río) habla de la *cooperación internacional de los Estados para la protección del medio ambiente*, que impone la obligación de promover la conclusión de tratados y otros instrumentos internacionales con esta finalidad. En el mismo sentido, el Principio 11 de la Declaración de Río señala que *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*. Como se ve, la gran mayoría de los Principios del Derecho Ambiental Internacional representan mandatos o pautas de comportamiento para los Estados principalmente (lo cual se deduce del uso reiterado de la expresión «los Estados» a lo largo de dichos textos) y en algunos casos, para las Organizaciones Internacionales, las ONG y la sociedad civil, en menor medida.

Entonces, resulta claro que si bien la comunidad internacional se encuentra conformada por varios actores, el Derecho Internacional Ambiental en general, y sus Principios en particular, imponen pautas de comportamiento para los Estados primordialmente. Nada impide que existan Principios por y para los demás sujetos del Derecho Internacional Ambiental, pero, al ser los Estados los encargados de velar por la protección del medio ambiente local, nacional y global, serán los principales sujetos de este Derecho. Ahora, en cuanto a su formulación, además de los Estados, las Organizaciones Internacionales desempeñan un papel fundamental en la elaboración de este ordenamiento; las citadas Declaraciones, resultado de las Conferencias de las Naciones Unidas, representan un claro ejemplo. Así, es necesario diferenciar entre el surgimiento de los principios, ya sea *in foro domestico* o *propiamente internacionales*, y entre la vinculatoriedad subjetiva de los mismos, esto es, a quién se exigen. Entonces, si bien los principios pueden surgir o verse recogidos en Instrumentos Internacionales creados por y para los Estados, dichos principios pueden, a su vez, exigirse no solo a los Estados, sino a los demás miembros de la comunidad internacional, e incluso, a entidades nacionales, por extensión de la subjetividad estatal.

Continuando con el estudio de los Principios del Derecho Ambiental, JAQUENOD DE ZSÖGÖN, habla de los Principios Rectores del Derecho Ambiental, y define los principios como «*los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son Principios Rectores generales por su naturaleza, y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho*»¹⁰⁰.

Por su parte, BETANCOR RODRÍGUEZ hace referencia a los principios jurídicos, y los define como «*aquellos que estando normalmente positivizados sirven de fuente de inspiración e información bien de otras normas o bien de la práctica de aplicación del conjunto del sistema normativo*» y les reconoce una función inspiradora e informadora. Aclara que existe la discusión sobre la exigencia de que este tipo de principios estén positivizados, pero, asimismo, recuerda que en la mate-

¹⁰⁰ JAQUENOD DE ZSÖGÖN (1991, p. 366).

ria que se estudia, el Derecho Ambiental, si lo están; lo que no es óbice para que eventualmente se pueda admitir otros principios que no lo estén¹⁰¹.

Uno de los autores que ha tratado con mayor atención el tema de los Principios del Derecho Ambiental es DE SADELEER. En su opinión, los principios de *polluter-pays*, de prevención y de precaución conforman una categoría específica de principios jurídicos: se trata de los *Directing Principles*¹⁰². Estos principios se caracterizan por que tienen un lugar esencial en la definición e implementación de las políticas públicas; gracias a su flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias del contexto. De esta manera, además de tener la función propia de los principios jurídicos, consistente en remediar las deficiencias del marco normativo, están diseñados para impulsar el Derecho Ambiental hacia la consecución de los objetivos propios de este ordenamiento.

Se trata entonces de directrices (en concreto, *directing principles*) que informan un ordenamiento jurídico específico, en este caso, el ambiental, y sientan las bases sobre las cuales se deberá construir, revisar, analizar y aplicar la normatividad específica en la materia. Ya sea que se trate de políticas, normas concretas, o decisiones judiciales, el operador jurídico debe seguir estas pautas, que deben permear cualquier tipo de aplicación jurídica.

2. Antecedentes

Los principios generales de Derecho Ambiental tienen un origen simultáneo en el ámbito internacional, europeo y nacional. En este último caso, naturalmente, a medida que cada Estado va incorporando a sus funciones la de protección del medio ambiente, y poniendo en marcha una política ambiental propia, y, por tanto,

¹⁰¹ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 236).

¹⁰² Se adopta esta terminología en vez de la inglesa *policy principles*, la cual no refleja totalmente el significado de la expresión francesa *principes directeurs*. El término *policy principles* no es enteramente apropiado para el análisis que hace el autor, pues su uso en inglés implica que dichos principios están desprovistos de cualquier efecto prescriptivo, tesis contraria a la que defiende en su obra. DE SADELEER (2008, p. 231). Por lo anterior, también se utilizará dicha expresión en esta investigación.

generando su propio Derecho Ambiental. Además, resulta importante señalar que dado que su origen responde a criterios económicos internacionales, muy ligados a los mercados y a la visión ética y científica del mundo, estos principios son comunes a prácticamente todos los Estados, sin perjuicio de las inevitables diferencias de opinión sobre su positivación en determinados sectores¹⁰³.

Como es claro, la evolución del Derecho Ambiental está marcada por la influencia del ordenamiento jurídico internacional, pues de la mano de las preocupaciones internacionales ambientales se empezó a fundamentar un nuevo conjunto normativo¹⁰⁴. Muchos de los principios y reglas que informan el Derecho Ambiental en la actualidad se han desarrollado y consolidado en el Derecho Internacional, como la base jurídica sobre la que se construyen hoy los ordenamientos jurídicos nacionales en la materia. Desde 1972 con la Conferencia de Estocolmo, hasta 1992 con la Conferencia de Río de Janeiro, el Derecho Ambiental Internacional tuvo un notable desarrollo y importante consolidación. Si bien no tienen carácter vinculante, por ser meramente declarativas y recomendatorias, sentaron las bases para los desarrollos normativos posteriores. La Declaración de Principios para la Preservación y Mejora del Medio Humano, esto es, *la Declaración de Estocolmo*, está compuesta por 26 principios en los cuales se abordan las principales cuestiones ambientales que afectan el entorno humano a nivel mundial, y sientan los criterios que han de presidir la actuación internacional y nacional en este ámbito. Se trata de la «Carta Magna» de la protección del medio ambiente, y marca el punto de partida de un nuevo Derecho Ambiental, pues constituye el primer texto jurídico internacional que reconoce el Derecho-Deber al medio ambiente¹⁰⁵.

Por su parte, la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, consta de 27 principios que establecen las bases sobre las cuales los Estados y los pueblos tienen que cooperar para una mayor consolidación del «derecho internacional en la esfera del desa-

¹⁰³ LAGO CANDEIRA (2006, p. 985).

¹⁰⁴ Cfr. ESTEVE PARDO (2014); LOZANO CUTANDA (2010) y LOZANO CUTANDA *et al.* (2014); MARTÍN MATEO (1981); ORTEGA ÁLVAREZ (2013), entre otros.

¹⁰⁵ LOZANO CUTANDA (2010, p. 64) y LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 29).

rrollo sostenible» (principio 27). Aunque esta declaración también es de carácter jurídicamente no vinculante, contiene previsiones más concretas que las de la Declaración de Estocolmo, por lo que proporcionan un marco general para el desarrollo del Derecho Ambiental a nivel nacional e internacional que constituye un importante punto de referencia para la toma de decisiones en este ámbito. Es más, muchas de sus previsiones ya se encuentran en instrumentos internacionales y se reflejan en ordenamientos jurídicos internos de los Estados¹⁰⁶.

3. Naturaleza Jurídica

La gran mayoría de estos principios, por la forma en la que surgieron, recogidos en las Declaraciones de Estocolmo y de Río, tienen un valor de derecho suave (*soft law*)¹⁰⁷. No obstante, como también, en la mayoría de los casos, han sido recogidos por la normatividad interna e internacional, constituyen fuente informadora del ordenamiento positivo ambiental. LAGO CANDEIRA, considera que cuando se trata de los principios de Derecho Ambiental, su valor depende de su fuente material de origen. Esto es, hay algunos que están recogidos en las Constituciones internas, de forma directa (con valor informador como ocurre en España, en el art. 45 de la Constitución), o con valor de derecho constitucional, como ocurre en otros ordenamientos¹⁰⁸.

En el Derecho Internacional ocurre de manera similar, pues muchos de los principios de Derecho Internacional Ambiental han pasado a estar codificados en la medida en que hay tratados, costumbres, decisiones judiciales o doctrina que los consagran, y son expresión de la capacidad y el deseo de los Estados de aceptar dichos principios. Insiste el autor que los distintos tipos de principios se pueden ver reflejados en distintas fuentes: algunos pueden reflejar Derecho consuetudinario, otros puede que reflejen auténticos principios al ser abstracción del texto de tratados, otros pueden ser sólo obligaciones legales emergentes y otros puede que incluso no re-

¹⁰⁶ LOZANO CUTANDA (2010, p. 74) y LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 56).

¹⁰⁷ LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 53).

¹⁰⁸ LAGO CANDEIRA (2006, p. 985).

flejen más que el *status* jurídico más vago que supone el propio *soft law*¹⁰⁹.

En este sentido, algunos de los principios están firmemente establecidos en el Derecho Internacional, mientras que otros están emergiendo y se encuentran en el proceso de ganar aceptación. Algunos principios tienen más naturaleza de líneas a seguir, o directrices de políticas que no necesariamente dan lugar a derechos y obligaciones legales específicos. Entonces, los principios han adquirido reconocimiento, entre otros medios, por la práctica de los Estados, su incorporación en instrumentos legales internacionales, en leyes y regulaciones nacionales, y en las decisiones judiciales. Además, algunos principios se encuentran expresamente señalados en documentos vinculantes globales o regionales, mientras que otros se encuentran predominantemente en Derecho consuetudinario. En muchos casos, resulta difícil establecer el parámetro preciso o el estatus legal de un principio en particular. Entonces, la manera en que cada principio aplica en particular a una actividad o incidente debe ser considerada en relación con los hechos y circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta diversos factores, incluyendo su fuente y contexto, su lenguaje, la actividad en particular de que se trata, y las circunstancias específicas en que ocurre, los actores, y la región geográfica; dado que el efecto jurídico de los principios y conceptos podrá cambiar de un sistema legal a otro¹¹⁰.

Si se consideran los Principios del Derecho Ambiental como *Directing Principles*, es decir, aquellos principios diseñados para servir de orientación para la implementación de políticas públicas, la determinación de su naturaleza jurídica constituye una cuestión particular. Desde este punto de vista, se ha propuesto la relativización de la dicotomía presentada por DWORKIN, entre reglas y principios, ya que dicha diferenciación no tiene en cuenta una de las principales características del Derecho post moderno, consistente en la declaración de principios jurídicos en políticas públicas¹¹¹. De esta manera, se tienen, de un lado las reglas de contenido determinado, las cuales están dotadas de un significado unívoco debido a su alto

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ UNEP (s.f., p. 24).

¹¹¹ DE SADELEER (2008, p. 305 y ss.).

grado de precisión, lo que les permite regular, prohibir y autorizar determinados comportamientos, reduciendo el riesgo de interpretación. De otro lado, se tienen las *reglas de naturaleza indeterminada*, que surgen como una categoría intermedia y opuesta a la primera, en razón a su mayor grado de abstracción y amplio margen de interpretación para asegurar su implementación¹¹².

Continuando con el análisis, en Colombia, la evolución del Derecho Ambiental nacional está marcada profundamente por la evolución del Derecho Ambiental Internacional. Así, con la influencia de las Conferencias internacionales de Estocolmo (1972) y de Río de Janeiro (1992), en el país surgieron las normas más importantes, con vigencia en la actualidad. La Ley 27 de 1973 que otorga facultades al Congreso para la elaboración del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), y la Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Sistema Nacional Ambiental (SINA) son las bases fundamentales del Derecho Ambiental en Colombia. Es en esta última norma donde se encuentran de manera clara y concreta, los Principios Generales Ambientales. El artículo 1.º de dicha norma señala que política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
2. La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.
3. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial.

¹¹² *Ibidem*, p. 307. De todas maneras, para el autor, en ningún caso los *Directing Principles* pueden ser confinados a una completa y absoluta definición, pues esto tendría el efecto de imponer limitaciones a su significado, impidiéndoles evolucionar para hacer frente a nuevas contingencias (2008, p. 309).

5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.

6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.

8. El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido.

9. La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento.

10. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones.

11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.

12. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.

13. Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.

14. Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.

En cuanto a su fuerza jurídica, inicialmente la Corte Constitucional señaló lo siguiente: *«Para la Corte no existe duda acerca del vigor jurídico, ni del carácter normativo de la parte acusada del artículo 1o. de la Ley 99 de 1993, así como de su capacidad para producir efectos jurídicos, pero bajo el entendido de que en ella se establecen unos principios y valores de rango legal, que sólo se aplican de modo indirecto y mediato, y para interpretar el sentido de las disposiciones de su misma jerarquía, y el de las inferiores cuando se expiden regulaciones reglamentarias o actos administrativos específicos; en este sentido se encuentra que la norma que se acusa está plenamente delimitada en cuanto al mencionado vigor indirecto y mediato dentro del ordenamiento jurídico al que pertenece, sin establecer conductas específicas y sin prever consecuencias determinadas, las cuales quedan condicionadas a la presencia de otros elementos normativos completos. Este tipo de disposiciones opera como pautas de interpretación y de organización del Estado, y no se utilizan como reglas específicas de solución de casos».*

«Desde luego, en este caso los principios a los que se refiere la disposición acusada no son constitucionales o generales, ni fundadores del ordenamiento jurídico político, como podría entenderse inicialmente y como lo quiere entender el demandante al equipararlos al preámbulo de la Constitución; ni sirven para condicionar toda la organización del Estado, ni se predicen de todo el ordenamiento jurídico, sino que operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la ley que establece. Se hace necesario reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos parciales que funcionan de modo relativamente autónomo, dentro de la unidad y plenitud del sistema jurídico al que pertenecen; estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica»¹¹³.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-528 de 1994. MP: Fabio Morón Díaz.

En años posteriores, resaltó la importancia de aplicar los principios desarrollados en el derecho internacional para adelantar la protección del medio ambiente. Concretamente, la Sala Plena consideró que «*la obligación de acudir a tales principios, se deriva del mandato contenido en el artículo 266 superior, que prescribe la internacionalización de las relaciones ecológicas*»¹¹⁴.

En otra ocasión, al tratar el Principio de Precaución, ha dicho que este se encuentra constitucionalizado¹¹⁵: «*pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta*» y que esa constitucionalización deriva del deber impuesto a las autoridades «*de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente*»¹¹⁶.

Se puede concluir entonces de lo expuesto que en Colombia los principios consagrados en la Ley 99 de 1993 tienen rango legal, con capacidad para producir ciertos efectos jurídicos, que sirven para fundamentar las normas de este ordenamiento jurídico particular.

4. Funciones

Algunos autores tratan el tema de las funciones de los principios de Derecho Ambiental atendiendo a la clasificación que hagan de los mismos. Por ejemplo, ORTEGA ÁLVAREZ habla de los *principios estructurales*, que son aquellos que ordenan la materia y le dan su propia peculiaridad frente a otros sectores del ordenamiento. Estos principios son los que amparan y cualifican el fin perseguido¹¹⁷. Son los que MARTÍN MATEO trata de «*megaprincipios*» y son: la globalidad, la horizontalidad, la solidaridad y la sostenibilidad¹¹⁸. De otro lado están los *principios funcionales*, que son los que orientan acerca

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-988 de 2004. MP: Humberto Antonio Sierra Porto; y Sentencia C-071 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis.

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-703 de 2010. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹⁷ ORTEGA ÁLVAREZ (2013, p. 36).

¹¹⁸ MARTÍN MATEO (2003, pp. 35 y ss.).

de cuáles deben ser los instrumentos más idóneos para lograr el fin de la protección ambiental.

Por su parte, JORDANO FRAGA, afirma que para que se reconozca la existencia de un principio no hace falta que éste haya alcanzado su positivación, e identifica diferentes clases de principios. En primer lugar se encuentran los *Principios Generales del Derecho Público* recogidos expresamente por la legislación ambiental, como la participación, la cooperación y la solidaridad; y en segundo lugar se encuentran los *principios específicos positivados del Derecho Ambiental*¹¹⁹.

BETANCOR RODRÍGUEZ destaca el importante papel reconocido por la doctrina a los Principios del Derecho Ambiental, y explica que esto obedece a la maleabilidad de la regulación ambiental, y a la necesidad de incorporar cierto dinamismo a las normas que faciliten su adaptación a las circunstancias cambiantes en que se aplican y a la movilidad del objetivo a alcanzar. Se trata de pautas y criterios que orientan el proceso de creación de normas singulares a aplicar en casos específicos en vista de circunstancias concretas¹²⁰.

Otra función no menos importante es la de servir de pautas o criterios de obligado cumplimiento o respeto por parte de los sujetos sometidos a las normas ambientales. Se trata de una especie de traslado de estos principios desde el ámbito jurídico formal propio de los Principios Generales del Derecho, al ámbito más inmediato de criterios de obligado respeto para los obligados a acatar las normas jurídicas a lo largo de su propio proceso de aplicación. Se trata de principios que los titulares de las actividades deben cumplir, mientras que la Administración debe velar para que tal cumplimiento se produzca¹²¹. En relación con esta cuestión, para DE SADELEER los *Directing Principles* del Derecho post moderno ya no sólo sirven para racionalizar la Ley o para llenar los vacíos del sistema legal (función por excelencia de los Principios Generales del Derecho del Derecho Moderno), sino que ahora también están destinados a estimular políticas públicas, y permitir a los jueces ponderar y reconciliar intereses diferentes. De esta manera, estos principios están para marcar el enfoque de las políticas públicas ambientales,

¹¹⁹ JORDANO FRAGA (1995, p. 131 y ss.).

¹²⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 236).

¹²¹ *Ibidem*, p. 237.

describir el contexto en el cual el legislador debe actuar, y guiar dicho marco de acción¹²².

En relación con su aplicación judicial, se debe distinguir entre el carácter informador y el carácter normativo jurídico vinculante del contenido del principio a los efectos de la anulación de las decisiones que los contraríen. Cuestión que resultará de gran importancia en relación con el Principio de No Regresión, como se estudiará en su momento. La imprecisión y generalidad del contenido de los principios hace que admitir la posibilidad anulatoria significaría reconocer al poder judicial una función creadora y re-creadora de las normas jurídicas que claramente excede el ámbito de la función judicial, como se verá más adelante. No obstante, en el plano de las hipótesis, no puede descartarse la posibilidad de que una determinada decisión de un poder público pueda ser tenida como contraria a un principio, especialmente si se trata de un principio constitucional¹²³.

Con referencia a su función, SCHMIDT-ASSMANN afirma que los principios cardinales del Derecho Ambiental, que identifica como los de precaución, cooperación y de «quien contamina paga», si bien no permiten dar una respuesta dogmática inequívoca en cada caso, al menos revelan la dirección en la que se han de buscar las soluciones y suministran modelos argumentativos para la delimitación

¹²² DE SADELEER (2008, p. 250) Para este autor, los Principios del Derecho Ambiental tienen una función simbólica, de apoyo al legislador en la creación de nuevas instituciones jurídicas; y una función programática e incluso pedagógica, en cuanto son instrumentos que incluyen a las autoridades públicas en procesos de cambio: son reformatorios en vez de estabilizadores. Adicionalmente, dichos principios funcionan como una pieza clave para la estructuración y sistematización del ordenamiento, encaminada a remediar las deficiencias del marco normativo y conseguir así los objetivos establecidos en las políticas públicas (2008, pp. 258 y ss.).

¹²³ *Ibidem*, p. 240. Por su parte, BETANCOR realiza una clasificación de los principios básicos del Derecho Ambiental, en relación con su función estructural de este Derecho, pues le sirven de basamento y constituyen el último referente de toda la regulación ambiental, de la práctica judicial y de la acción de los poderes públicos. Para dicha clasificación, toma en cuenta el impacto ambiental como punto de referencia, y distingue entre aquellos que buscan la evitación del daño, y los que buscan la reparación y restauración de las condiciones ambientales. En los primeros destaca los principios de prevención y de precaución, y en los segundos señala los principios de corrección de los atentados preferentemente en la fuente misma y principio quien contamina paga (2014b, pp. 248 y ss.).

de los ámbitos de responsabilidad respectivos de la sociedad y los poderes públicos¹²⁴.

Por su parte, CAFFERATTA opina que los principios del Derecho Ambiental sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico y constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Agrega que la primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos; además, tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete. Este autor afirma que «*los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho (principios específicos), sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad*»¹²⁵.

En este sentido, ESAÍN opina que existen diferentes tipologías dentro de los Principios Rectores del Derecho, las que se diferencian según la disciplina de la que ellos provengan. En este sentido, están los *Principios Generales del Derecho*, los que deben ser diferenciados de los principios especiales que pertenecen a cada rama o disciplina particular. Los primeros rigen en todo el mundo jurídico y, por ende, se aplican a cualquier sector de él; muchos de los cuales se confunden con valores jurídico políticos (principio de justicia, de seguridad, etc.). Bajo este nivel nacen los *principios específicos propios* de cada disciplina jurídica; y en este último escalón encontraremos *los principios específicos propios del Derecho Ambiental*, que cumplirán un rol de integración y sistematización frente a la posible fragmentación que presenta una rama jurídica que se caracteriza por la transversalidad de su objeto y su vis expansiva. Desde allí, los principios serán orientativos de

¹²⁴ SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 132).

¹²⁵ CAFFERATTA (2004, p. 33).

la gestión del operador de Derecho Ambiental, servirán de guía —por ser ideas fuerza— para la interpretación de la estructura global y sistémica y, sobre todo, se presentarán como elementos aglutinantes frente a una disciplina que por definición se encuentra dispersa¹²⁶.

Agrega que dentro de esta clase general, denominada *principios específicos propios del Derecho Ambiental*, existen *principios generales* y *principios sectoriales*. Los primeros son los ya identificados, y tienen por objeto evitar la dispersión y lograr la unicidad frente a la heterogeneidad. Los segundos, tributarios de los principios generales que serán de aplicación en todos los ámbitos sectoriales, surgirán en ámbitos particulares, derivados de subsistemas que integran las reglas especiales del derecho ambiental. Por ejemplo en materia de residuos; se aplicarán los principios generales del derecho ambiental y los principios específicos o sectoriales en materia de residuos. El autor advierte que se está ante principios específicos que surgen desde ideas generales, pues están todos los principios entrelazados entre sí, lectura que se le da, desde su punto de vista, al Principio de No Regresión, cuestión sobre la que se volverá.

V. Relación entre los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental

En este punto final, se harán unas breves observaciones sobre las relaciones existentes entre estas categorías de principios jurídicos: se indagará sobre la forma en la que operan los Principios Generales del Derecho y los Principios de Derecho Ambiental.

La cuestión relativa a las relaciones entre los Principios Generales del Derecho y los principios jurídicos de una rama del ordenamiento en particular reviste de gran importancia. ¿Se trata de una relación de jerarquía? O, ¿existe interdependencia entre estas figuras? Parece acertado afirmar que no todos los principios jurídicos tienen el mismo peso, y en ciertos casos puede hablarse de una jerarquía entre los principios, cuya aplicación requiere de un ejercicio de ponderación y análisis de adecuación a las circunstancias del caso

¹²⁶ ESAÍN (2013).

que se pretende resolver¹²⁷. Por ejemplo, para DWORKIN, los principios responden una estructura horizontal, coexisten, evolucionan e interactúan en relaciones de coordinación, frente a la estructura jerárquica de las reglas que derivan su rango de las instituciones de las que proceden¹²⁸.

De otro lado, de acuerdo con el planteamiento de BOBBIO, pueden distinguirse distintos principios del derecho, considerados de menor a mayor grado de generalidad, la cual puede predicarse: (1) de un instituto; (2) de una materia; (3) de una rama del derecho; (4) o del ordenamiento jurídico. El autor distingue, asimismo, los principios de derecho, dotados de generalidad relativa a tenor de la clasificación reseñada, de los principios del derecho, de carácter universal dotados de una generalidad absoluta¹²⁹.

La relación entre los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental entendidos como *Directing Principles* ha sido expuesta perfectamente por DE SADELEER. Para el autor, los Principios del Derecho Ambiental marcan un cambio epistemológico entre el Derecho moderno, que hace énfasis en los

¹²⁷ PÉREZ-LUÑO, analizando la teoría de DWORKIN, explica que, «los principios pueden conjugarse con otros principios que maten su alcance. Además, se da una jerarquía de importancia entre los principios que determinan el que no todos posean el mismo peso específico. Por ello, cuando se produce un conflicto entre distintos principios que pueden aplicarse para la resolución de un supuesto, se deberá ponderar su respectiva importancia, así como su grado de adecuación al caso que debe resolverse. Estas características no concurren en las reglas, que no admiten, en opinión de DWORKIN, que su sentido pueda ser matizado por otras normas, ni la existencia de diferencias de importancia o peso específico entre ellas, sino que su aplicación depende exclusivamente de su pertinencia para ser aplicada al caso controvertido» (1997, p.13). En relación con la *jerarquía* de los principios, ESTRADA afirma que las transformaciones jurídicas que el contexto social exige, requiere la incorporación de una teoría de la norma que no se limite al estudio de la estructura lógica de las reglas, sino que abarque los principios como normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas de cada área específica del Derecho como el penal, el laboral, el ambiental, entre otros; que gobiernan la interpretación y validez de las restantes normas jurídicas. En otros términos, en el contexto de Estado social y constitucional de derecho colombiano, caracterizado por la búsqueda de la validez material, los principios no solo sirven de herramientas para la interpretación de la ley sino, además, de criterios para la evaluación de la constitucionalidad o validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico (2010, p. 159).

¹²⁸ DWORKIN (1989, pp. 72 y ss., 94 y ss., 134 y ss.).

¹²⁹ BOBBIO (1994, pp. 275 y ss.).

estándares fijos de la elaboración de normas tradicional; y el Derecho post moderno, que hace énfasis en la naturaleza pragmática, gradual, inestable y reversible de las normas¹³⁰. El Derecho moderno, caracterizado por ser un sistema legal general, abstracto, jerárquico, autónomo, y con neutralidad axiológica, encontró en los Principios Generales del Derecho las herramientas esenciales para dar coherencia, unidad y plenitud al sistema jurídico¹³¹. Posteriormente, con el surgimiento de un nuevo período de cuestionamiento del conocimiento y de incertidumbre, el Derecho empezó a perder los atributos de generalidad, sistematicidad y autonomía, dando paso al Derecho post moderno. Este Derecho se caracteriza ahora por su constante cambio y necesidad de adaptación, el carácter individualizado de sus reglas, encuentra ahora en los *Directing Principles* las herramientas necesarias para resolver casos cada vez más difíciles y ponderar los intereses en juego, acorde a las nuevas exigencias¹³². No obstante, estos *Directing Principles* y el Derecho post moderno en general, no reemplazan a los Principios Generales del Derecho, ni al Derecho moderno como tal. No se trata de una ruptura con la modernidad, sino más bien de un redescubrimiento de los valores subyacentes de la modernidad, en un contexto evolutivo¹³³. En consecuencia, la distinción hecha entre los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental se relaciona con la función que estos últimos principios llevan a cabo en el orden legal, y no está relacionada con su origen.

No se trata, tampoco, de una relación jerárquica como la pirámide kelseniana, sino del hecho de que la operatividad de las dos figuras está determinada por la materia, la función y por la especialidad de unos principios (los de derecho ambiental, por ejemplo) sobre los Principios Generales del Derecho. Se trata entonces de una relación funcional con base en la generalidad o especificidad de la materia de que se trate. De esta manera, son las circunstancias del conflicto específico las que determinarán las reglas de peso y validez de un principio sobre otro, independiente de que se trate de un principio general o de un principio específico. No obstante,

¹³⁰ DE SADELEER (2008, p. 250).

¹³¹ *Ibidem*, pp. 234 y ss.

¹³² *Ibidem*, pp. 248 y ss.

¹³³ *Ibidem*, p. 263.

además de este criterio de generalidad/especialidad, si se trata de un principio constitucional versus un principio contenido en una norma de rango legal, la jerarquía en este caso si la determinará el valor jurídico de la norma en la que se encuentre contemplado el principio, en este caso primará el principio constitucional.

VI. Conclusiones

Visto lo anterior, es claro que en un Estado social, constitucional y democrático, con un modelo político basado en la supremacía constitucional y caracterizado por la existencia de ciertos principios, la variedad de concepciones y funciones condiciona la tarea que cumplen dichos principios dentro del ordenamiento: pueden ser considerados solamente como normas morales que sirven para interpretar; normas jurídicas que desempeñan una función auxiliar en relación a la ley, o normas jurídicas que además de servir de criterios de interpretación, determinan la validez de las restantes normas y guían la consecución de ciertos objetivos. Así, la Corte Constitucional reconoce que *«el aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional»*¹³⁴.

Se vio que el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una determinada comunidad ha considerado valioso. En la actualidad, las transformaciones de la sociedad imponen la creación de nuevos fundamentos jurídicos, acordes con las nuevas exigencias de la organización social y jurídica, propias de un Derecho de la post modernidad. Se trata del desarrollo de una teoría del Derecho socialmente responsable, significando con ello la importancia de abordar los más relevantes debates contemporáneos, sin perder de vista su relación con los contextos nacionales¹³⁵.

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.

¹³⁵ ESTRADA (2010, p. 160) El autor entre esas transformaciones resalta la incorporación de una teoría de la norma que no se limita al estudio de la estructura

AMAYA NAVAS¹³⁶, al abogar por la formulación del Desarrollo Sostenible como Principio General del Derecho, nos recuerda que estamos frente a una reformulación del sistema jurídico, en el que se da la sustitución de la base del sistema (un conjunto de normas) por otra base nueva, más reducida y general, pero normativamente equivalente a la base primera. En este sentido, PORTELA¹³⁷ afirma que un Derecho basado en principios ha de privilegiar la función judicial, y en este sentido puede hablarse con toda propiedad de un cambio de paradigma.

Con la consolidación del constitucionalismo¹³⁸, fue necesario aceptar la necesidad de matizar el protagonismo de la ley, asumir la relevancia de las constituciones y, con ello, de las normas en ellas contenidas. Ahora bien, no se trata sólo de ceder parte del protagonismo a este nuevo tipo de enunciados de origen constitucional (se está refiriendo a los principios constitucionales) sino de asumir la Constitución como norma de normas y con ello trazar una clara distinción jerárquica entre las normas constitucionales y las demás directivas del ordenamiento jurídico, concediéndoles a aquellas un rango superior. En suma, los principios constitucionales, como parte integrante —y elemental— del conglomerado de enunciados que conforman la Constitución se caracterizan por su fundamentalidad intrínseca, así como por la fundamentalidad reforzada que adquieren

lógica de los enunciados tipo regla, sino que incluye los principios como normas jurídicas prevalentes sobre las restantes normas de cada área específica del derecho. Así, se encuentran principios de Derecho Penal, principios de derecho procesal, principios de la seguridad social, principios de derecho tributario, principios de derecho ambiental, etc., que gobiernan la interpretación y validez de las restantes normas jurídicas. En otros términos, en el contexto de Estado social y constitucional de derecho colombiano, caracterizado por la búsqueda de la validez material, los principios no solo sirven de herramientas para la interpretación de la ley sino, además, de criterios para la evaluación de la constitucionalidad o validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

¹³⁶ AMAYA NAVAS (2010, p. 279).

¹³⁷ PORTELA (2009).

¹³⁸ ZAGREBELSKY afirma que el rasgo característico del constitucionalismo es la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar a todo el ordenamiento jurídico (2003, p. 14). Por su parte, ATIENZA (2001) reconoce la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico y, en particular, de los de las sociedades contemporáneas. En este sentido ver PORTELA (2009).

gracias a su pertenencia al texto supremo del ordenamiento. Ello les da, por tanto, un plus, plus que les permite ubicarse incluso por encima de sus congéneres y asumir las connotaciones propias de toda norma constitucional en relación con la creación, interpretación e integración del derecho¹³⁹.

Como se vio, no resulta fácil precisar el concepto de principio jurídico, por diversas circunstancias. Además, las principales teorías elaboradas al respecto parecen compartir un defecto, y es el asumir que existe un solo tipo de principio, o que, en todo caso, todos los principios poseen una o más propiedades comunes, y por tanto, pueden ser reconducidos a un concepto unitario, descuidando la variada tipología de los principios¹⁴⁰.

Resulta este el momento adecuado para establecer los conceptos que se apropiarán en esta investigación. Se entenderá entonces, por principios jurídicos, aquellos valores y pautas jurídicas de una comunidad en un momento determinado, que guiarán e informarán la organización social y jurídica de dicha sociedad. Este concepto, entendido como género, hace parte del ordenamiento jurídico, y está conformado por diversas especies. Encontramos los Principios Generales del Derecho, que como su nombre lo indica, informarán todo el sistema jurídico a nivel general, y le darán fundamento o justificación; ya sea que se encuentren de manera explícita o implícita. Se trata de herramientas y pautas con las que cuenta todo el ordenamiento jurídico para fortalecerse, llenarse de contenido, y de la mano del intérprete, llenar los vacíos que deje la ley, como se trató en su momento. Así, es claro que en el lenguaje jurídico los principios generales del derecho aparecen, las más de las veces, como las consecuencias o resultados: (1) de la actividad del legislador, quien de acuerdo con la concepción iuspositivista es quien define los principios como normas tácitas inducibles, por un proceso de abstracción y generalización, de las normas particulares del ordenamiento jurídico y es el propio legislador el que determina su papel como fuentes del derecho; (2) o de la actividad del juez, quien los establece a través de una interpretación analógica de las leyes o los descubre a partir de la naturaleza de las cosas o del derecho natural;

¹³⁹ ACOSTA (2010, p. 203).

¹⁴⁰ GUASTINI (1999, p. 146).

(3) o de la doctrina, que los elucida en sus construcciones teóricas dirigidas al análisis, elaboración y sistematización de los sistemas jurídicos; (4) o se hace derivar su validez de la costumbre, es decir, del hecho reiterado de su invocación y aplicación como normas jurídicas; (5) o de las convicciones y aspiraciones morales que se manifiestan en las sociedades¹⁴¹.

De otro lado, se estudiaron los principios específicos del Derecho, que como su nombre lo indica, se encaminan a orientar una parte específica del ordenamiento, en este caso, el Derecho Ambiental, cuyo alcance está circunscrito y limitado a dicha materia. Estos principios, son las pautas y guías que debe seguir el operador de este ordenamiento jurídico, ya sea en la elaboración de políticas, en la creación de normatividad, y en la aplicación e interpretación de la misma¹⁴², se trata de verdaderos *Directing Principles*. Como se observó, la mayoría de estos Principios del Derecho Ambiental han surgido por el consenso de la comunidad internacional, cuya preocupación por las cuestiones ambientales consolidó un sistema jurídico específico, cuyos principios se encuentran, casi todos, positivizados en normas internacionales, nacionales y regionales.

Podemos afirmar entonces que hoy, un Principio del Derecho Ambiental es tal cuando tras una formulación inicial, por parte de la comunidad (internacional, por regla general), es aceptado como tal, y positivizado y aceptado de esta manera por el ordenamiento jurídico. Además, requiere un reconocimiento y una puesta en práctica que demuestre su fuerza jurídica, y su capacidad de adaptación a las nuevas exigencias de la sociedad. Esta cuestión no resulta fácil,

¹⁴¹ PÉREZ-LUÑO (1997, p. 10).

¹⁴² ACOSTA habla de la fundamentalidad de los principios, y su papel en el ordenamiento jurídico. Al respecto, afirma que los principios cumplen un papel vital en tres aspectos esenciales del derecho: su producción, su interpretación y su integración. En cuanto al uso de los principios en la *producción* del derecho, cabe decir que estos cumplen en general la función de circunscribir, bajo el aspecto sustancial o material la competencia normativa de una fuente subordinada. En relación con su papel en la *interpretación* del derecho, los principios son empleados para justificar una interpretación conforme, es decir, una interpretación acorde con la superioridad axiológica que se presume de todos los principios. Finalmente, asumen un papel fundamental en la *integración* del derecho en la medida en que sirven para llenar las lagunas del ordenamiento y para tejer lazos entre las diversas ramas que lo componen (2010, p. 203).

y como afirma PEÑA CHACÓN, parecería necesario un nuevo enfoque o hermenéutica ambiental para la aplicación del Principio de No Regresión, pues resulta preocupante que a cualquier concepto nuevo se le de la categoría de principio¹⁴³. Igualmente, para ser tal, debe cumplir ciertas funciones, como se analizó en su momento, que guie la creación y aplicación del Derecho Ambiental hacia los fines que su naturaleza teleológica le impone.

En relación con lo anterior, resulta fundamental lo dicho acerca del surgimiento de los principios jurídicos¹⁴⁴, pues como se ha dicho los principios son el resultado de juicios ponderados y buenas razones que evidencian, por su conexión con la tradición institucional, con el sistema normativo y con las pautas y valoraciones morales institucionalizadas de una comunidad, su idoneidad para justificar las reglas o instituciones de su sistema jurídico¹⁴⁵. Al mismo tiempo, los principios se manifiestan como cauces argumentativos que fundamentan soluciones para los casos jurídicos, especialmente a los más difíciles, basados en un esquema coherente de justicia, que se deriva argumentando a partir de esos criterios normativos y morales institucionalizados. Adicionalmente, deberán tenerse en cuenta los criterios estudiados para la identificación y descubrimiento de nuevos principios, y verificar si existen *evidencias* o *instituciones* alrededor del Principio de No Regresión.

Finalmente, en lo tocante con la relación entre los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental, se ha adelantado que no se trata de una relación jerárquica al estilo kelseniano; sino que se trata de una relación funcional de generalidad y especialidad. No se trata de dos fuerzas que compiten entre sí, sino que operan de manera horizontal, como explicó DWORKIN, y cumplen funciones diferentes en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo señalado por DE SADELEER. Según la máxima jurídica, lo especial prima sobre lo general, por lo que en el Derecho Ambiental sus principios específicos serán los primeros a los que deberá

¹⁴³ PEÑA, M. (2013). En el mismo sentido opina GONZÁLEZ BALLAR (2013).

¹⁴⁴ Si bien en su momento se aclaró que lo dicho en estas páginas se puede predicar de los «principios jurídicos» como género, a partir de este momento se hará referencia especialmente a los Principios del Derecho Ambiental.

¹⁴⁵ DWORKIN (1985, pp. 33 y ss., 72 y ss.); (1986, pp. 179 y ss., 213 y ss., 404 y ss.) y (1989, pp. 72 y ss., 94 y ss., 134 y ss.)

acudir el operador jurídico, pues le serán de mayor utilidad para el campo delimitado y concreto en el que opera, y son los más adecuados para adaptarse a las formas cambiantes que caracterizan este sector. Si adicionalmente la cuestión supera el ámbito ambiental, el operador podrá contar con la ayuda adicional de los Principios Generales del Derecho, que cerrarán el sistema jurídico en su totalidad.

Capítulo 2

Surgimiento y Fundamentos del Principio de No Regresión

I. Consideraciones Previas

Una vez analizado el concepto de principio jurídico, y continuando con el tema fundamental de esta investigación, corresponde ahora estudiar el origen y el fundamento del Principio de No Regresión tal como se conoce actualmente, formulado en el campo del Derecho Ambiental Internacional como una nueva figura jurídica. Entonces, en la primera parte, realizaré un recuento del camino recorrido por este Principio desde su formulación inicial en el campo académico, hasta su forma actual (II).

Continuaré con el estudio de los fundamentos del Principio de No Regresión, entre los cuales se destacan esencialmente 4 argumentos: el carácter finalista del Derecho Ambiental, la aplicación de la ley ambiental en el tiempo, el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos y la idea de progreso y las generaciones futuras. Este análisis conformará la base teórica general en la que se encuadrará posteriormente el estudio de cuestiones más específicas (III).

II. Surgimiento del Principio de No Regresión

1. Primera Etapa: Surgimiento en el Mundo Académico

En su primera etapa, el Principio de No Regresión surgió en la esfera de lo académico en el mundo jurídico. Este primer momento va desde la obra «*Le principe de standstill dans le droit des droits*

fondamentaux: une irréversibilité relative» de HACHEZ, I. (2008)¹; y el comienzo de los trabajos de PRIEUR al respecto: «El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental», en el *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, Universidad de Zaragoza (2010)².

Tal como se encuentra considerado en la actualidad, el Principio de No Regresión fue el resultado de un Proyecto de Investigación común, que tuvo como objetivo la construcción del Principio de No Regresión del Derecho Ambiental, por parte de investigadores del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE, Limoges, Francia) y del Centro de Investigaciones en Derecho (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina)³. Como lo señalan los miembros del equipo de investigación⁴, desde el 2011, se identificó la futura Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, que se llevaría a cabo en la ciudad de Río de Janeiro en el año 2012, como un espacio de discusión ideal para consagrar el Principio de No Regresión, para lo cual se tomaron distintas iniciativas, con el fin de introducir la discusión sobre la necesidad de su adopción en el tiempo de preparación de Río+20.

2. Segunda Etapa: El camino hacia Río+20

Esta Conferencia fue precedida de un largo proceso preparatorio, y desde el 2010, la Secretaría General de las Naciones Unidas desplegó una serie de actividades preparatorias, en las que recibió opiniones de varios sectores, y cuyo resultado fue el *Zero Draft*. En

¹ DE SADELEER ya había reconocido en su obra la existencia y aplicación del principio de *Standstill* en el Derecho Ambiental, aunque sin realizar ninguna profundización al respecto (2008, p. 258).

² En la primera edición de la obra *Droit de l'environnement* (1984), PRIEUR había llegado de modo premonitorio a una conclusión «¿regresión o progreso del Derecho Ambiental?». En aquel momento se constataba el retroceso en algunas reformas hechas en nombre de la desregulación (PRIEUR, 1987), pero sin llegar a proponer remedios al respecto. Más recientemente, en la obra *Droit de l'environnement, droit durable* (2014) el autor realiza una reproducción de lo dicho sobre el Principio de No Regresión en las versiones de su trabajo del 2010 y 2012, prácticamente sin ninguna modificación.

³ Proyecto de Investigación Mincyt-ECOS Sud «La aplicabilidad del Principio de No Regresión en materia medioambiental. Posibilidades y Perspectivas», 2010.

⁴ PRIEUR *et al.* (2012, p. 40).

el marco de estas reuniones preparatorias, la III Reunión Mundial de Juristas y de asociaciones de Derecho Ambiental, denominada «Rio+20: *quelle ambition pour l'environnement?*», celebrada los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011, organizada por el CIDCE en Limoges, tuvo como uno de sus fines poner de manifiesto claramente la necesidad de consolidar un Principio de No Regresión en el Derecho ambiental global. En este evento se aprobó un Proyecto de Recomendación sobre el Principio de No Regresión en el que se estipuló como demanda frente a los Estados que habrían de ser partícipes de Río+20 y suscribirían el documento «...que se proclame oficialmente en la declaración final, como un nuevo principio del Derecho Ambiental que complemente los principios ya proclamados en Río de Janeiro en 1992, que “para evitar cualquier retroceso en la protección del medio ambiente, los Estados deben, en aras del interés común de la humanidad, reconocer y consagrar el Principio de No Regresión. Para ello, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que ninguna acción pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento”»⁵.

Esta Recomendación se fundamenta en los siguiente:

1. Todas las convenciones internacionales en vigor sobre el medio ambiente, tanto universales como regionales, proclaman como una evidencia que los Estados tienen por objetivo la mejora continuada del medio ambiente en conexión con el progreso social y la lucha contra la pobreza.
2. Existe un consenso internacional sobre la necesidad de tomar medidas jurídicas dirigidas a alcanzar un nivel elevado de protección y una mejora de la calidad del medio ambiente, lo cual conlleva la disminución progresiva de la contaminación que afecta a la salud y el aumento de la preservación de la biodiversidad indispensable para el equilibrio biológico entre los hombres y la naturaleza.
3. Las medidas jurídicas dirigidas a impedir la regresión de los niveles actuales de protección del medio ambiente son

⁵ Disponible en la página web www.cidce.org (consultado el 5 de noviembre de 2014).

indispensables para respetar el compromiso de mejorar progresivamente la protección del medio ambiente.

4. El Derecho y las políticas ambientales están siendo partícipes de una evolución positiva de las sociedades.
5. El medio ambiente sano está hoy en día reconocido como un derecho humano tanto a nivel internacional como en un gran número de Constituciones nacionales.
6. Los pactos internacionales de los derechos humanos de 1966 apuntan al progreso constante de los derechos protegidos, lo que debe ser interpretado como una prohibición de la regresión de los derechos fundamentales.
7. El derecho a un medio ambiente sano es indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible.
8. Todos tenemos la responsabilidad colectiva de no vulnerar los derechos de las generaciones futuras a la vida, la salud y el medio ambiente, y de transmitirles el patrimonio ambiental en las mejores condiciones posibles.
9. La preocupación por las múltiples amenazas a las que se enfrentan las políticas ambientales y que, de manera explícita o insidiosa, conducen a una menor protección de la biodiversidad y a aumentar el riesgo de contaminación y de desequilibrios en el medio ambiente.
10. Es necesario tomar todas las medidas necesarias para evitar cualquier retroceso o regresión en el nivel de protección del medio ambiente alcanzado por cada Estado de acuerdo a su propio ritmo de desarrollo.
11. La no regresión puede derivar tanto de una disposición expresa en la Constitución o las leyes, como de la jurisprudencia de los tribunales basada en el principio del derecho humano al medio ambiente, que conduzca necesariamente a impedir cualquier acción que implique una pérdida de la biodiversidad o un aumento de los niveles de contaminación.
12. La Resolución del Parlamento Europeo de 29 de septiembre de 2011 sobre la elaboración de una posición común

de la UE en la preparación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) que, en su párrafo 97, «pide reconocimiento del Principio de No Regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales»⁶.

Por su parte, Brasil lo consideró en su reporte del 1/11/2011, ante la Organización de Naciones Unidas para la preparación de Río+20, y en la publicación, en marzo del 2012, de la obra «*O princípio da proibição de retrocesso ambiental*», realizada luego de un coloquio de trabajo relativo al tema. En el mismo sentido, la Organización Internacional de la Francophonie en su Appel de Lyon en febrero del 2012, lo consideró en el Reporte de Información 545 de Laurence Rossignol, sobre la Conferencia de Río+20.

Lo anterior fue apoyado por la presencia de miembros del CIDCE que también integran el equipo ECOS, en las reuniones preparatorias de la conferencia oficial, desarrolladas en Nueva York durante el 2011, que permitieron, junto con otras iniciativas, aportar a la puesta en agenda del principio dentro del proceso previo a la realización de la Cumbre de Jefes de Estado. Por todo ello, señalan los autores citados, la Conferencia de Río+20 constituyó un jalón fundamental para la historia íntima del Principio de No Regresión en el campo del Derecho Ambiental Internacional⁷.

Mientras tanto, en el campo académico, el Principio de No Regresión estaba siendo desarrollado en sus fundamentos y líneas esenciales. Es necesario destacar la publicación de la primera obra específica en torno al principio, *La non régression en droit de l'environnement* [PRIEUR, M. y SOZZO, G. (dirs.), 2012] obra que se seguirá, en su gran mayoría, en el presente capítulo⁸.

⁶ En los mismos días en los que se adelantaba la reunión de juristas en Limoges, el Parlamento Europeo dictó la Resolución *Sommet de la Terre Rio+20*, del 29 de septiembre de 2011, sobre la «Elaboración de la Posición de la UE en perspectiva de la Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo Durable».

⁷ PRIEUR *et al.* (2012, p. 44).

⁸ Más recientemente, en la obra *Droit de l'environnement, droit durable* (2014) el autor realiza una reproducción de lo dicho sobre el Principio de No Regresión en las versiones de su trabajo del 2010 y 2012, prácticamente sin ninguna modificación. No obstante, realiza un recuento de la consagración de dicho principio en Río+20 (2014, pp. 231 y ss.).

Finalmente, el *Zero Draft* como se mencionó, fue el resultado de las actividades preparatorias de la Conferencia oficial. Con este documento se abrió la *Prep-Com* de Río+20, cuyas negociaciones dieron lugar a diversas y sucesivas redacciones del documento en general, y en relación con el Principio de No Regresión en particular, se insertaron varias versiones hasta llegar al documento final, en el que quedó la afirmación *not backtrack*, que es equivalente a la no regresión o no retroceso en español, o *non régression* en francés. Cabe señalar que se oponían al reconocimiento de este principio Estados Unidos, Canadá, Japón, y la Comisión Europea, en este último caso, en total contradicción con lo estipulado por el mismo Parlamento Europeo en la Resolución del 29/9/2011, ya expuesta.

En la versión del 27 de marzo de 2012 del *Zero Draft* se incluyó por primera vez el Principio de No Regresión. Luego de esta versión, mediante una enmienda realizada por el grupo G77 y China, introducida en la reunión de negociaciones de Nueva York del 2 de mayo 2012, el párr. 10 bis del *Zero Draft* se redactó del siguiente modo «*We recognize the need to avoid backtracking on previously undertaken international commitments*» y, en seguida, fue completado el 4 de mayo por la frase «*In accordance with the principle of non regression according to international law*»⁹.

3. Tercera Etapa: «El Futuro Que Queremos»

El documento denominado «El Futuro Que Queremos», resultado oficial de Río+20, puede ser considerado en general como una reafirmación de los logros adquiridos dentro del Derecho Ambiental Internacional hasta el momento, y la expresión de la voluntad de mantener los compromisos preexistentes, lo que necesariamente implica la necesidad de seguir avanzando en su aplicación e implementación, y como contra cara, en el no retroceso.

Como explican los autores en cita, en 63 oportunidades se hace alusión a la idea de «reafirmar», lo que involucra reconocer las metas de protección alcanzadas y sus limitaciones. Se involucra la voluntad de no retroceder en relación con lo ya afianzado, aun cuando se puntualiza que el contexto de crisis reiteradas se configura como

⁹ *Ibidem*, p. 45.

uno de los principales problemas actuales que afectan todos los países, en especial, a aquellos en desarrollo (párrafo 20) lo que, en numerosas oportunidades, puede conducir a regresiones de la protección del ambiente de diferente tipo y alcance.

De esta manera, en «El Futuro Que Queremos», se advierte un consenso acerca de la necesidad de continuar en la profundización de la protección efectiva del ambiente, y la consecuente imposibilidad de regresar, de retroceder. Como se vio, en relación específica con el Principio de No Regresión durante la *Prep-Com*, su prolongación y la conferencia misma, hubo un fuerte debate en torno al tema, entre los países del G77 por un lado, favorables a su consagración, y la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá, que se opusieron a su consagración. Además, se propusieron diferentes formas para consagrarlo y se propusieron distintas ubicaciones en el documento. Finalmente, la fórmula quedó establecida en el párrafo 20 del documento, con la fórmula «... es esencial que no demos marcha atrás a nuestros compromisos con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo».

PRIEUR *et al.*, al respecto, realizan algunas observaciones. En primer lugar, se refieren a lo que podría denominarse el *bloque constitucional de la protección ambiental*, establecido en las Conferencias de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, lo que implica una gran amplitud debido a que se trata de una remisión a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), en la que se establecieron 27 principios, se ratificó el Convenio sobre Diversidad Biológica y la Convención Marco sobre Cambio Climático, se presentó la Declaración sobre los Bosques y Masas Forestales y se estableció el contenido de un programa de acción para el siglo siguiente, conocido como Agenda 21. Lo anterior constituyó un paso importante en pos de la defensa del ambiente, pues permitió consolidar su construcción continua en el ámbito global, pues fue la primera vez que en el plano mundial se llegó a un acuerdo explícito sobre la necesidad de no regresar en los niveles de protección del ambiente.

En segundo lugar, los autores resaltan que si bien no se menciona el vocablo *principio* de manera expresa, la fórmula empleada en el párrafo 20 se corresponde con una de las tantas formas de

concebir los principios jurídicos, ya que trasluce claramente la existencia de una directriz futura para la regulación ambiental. Sobre esta afirmación volveré a tratar más adelante.

Por último, afirman que esta concretización del principio mediante la referencia al no dar marcha atrás en un documento consensual de esta naturaleza se advierte muy relevante en el camino hacia la consolidación de este principio para la protección del ambiente. Asimismo, se ha comenzado a considerar que éste constituye una herramienta política necesaria para preservar los logros ambientales que se ven amenazados en numerosos países y regiones¹⁰.

III. Fundamentos del Principio de No Regresión

Esta parte se centrará en el análisis de aquellos supuestos que sirven como base del Principio de No Regresión en materia ambiental. Este principio tiene su fundamento en distintos conceptos de naturaleza jurídica, política, o científica, lo que demuestra la interdisciplinariedad de la cuestión que nos ocupa. En primer lugar, existen fundamentos jurídicos, propios del carácter de Principio del Derecho Ambiental que se le pretende dar a la No Regresión. De esta manera, esta figura se fundamentará en el carácter finalista del Derecho Ambiental y del Derecho Ambiental Internacional¹¹, que constituyen dos ordenamientos jurídicos cuya finalidad es la protec-

¹⁰ *Ibidem*, p. 48. Paralelamente a la Conferencia Río+20, se desarrollaron una serie de *side events* sectoriales, en los cuales se incluyó de alguna manera el Principio de No Regresión. Por ejemplo, la *Cumbre de los Pueblos*, en la que se hizo referencia a la existencia de retrocesos en materia de derechos humanos; el *Encuentro Mundial de Juristas de Medioambiente*, en donde se asigna «un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional a los logros ambientales de Río 1992, evitando a partir de ahora *toda* regresión...»; y por último, el *Congreso Mundial de Justicia, Gobernabilidad y Derecho para la Sustentabilidad*, en donde se trabajó la no regresión como principio jurídico, y se reconoce «que las leyes ambientales y las políticas adoptadas para alcanzar estos objetivos no *deben ser regresivos*» (PRIEUR *et al.*, 2012, p. 48).

¹¹ PEÑA CHACÓN (2012, 2013a, *in totum*) afirma que es posible sustentar la idea de la no regresión basada en los principios rectores del derecho internacional ambiental plasmados tanto en declaraciones de principios como en los convenios ambientales vinculantes; en el derecho regulador del libre comercio y las inversio-

ción, cada vez mayor, del medio ambiente y los recursos naturales en beneficio de la humanidad¹². Además, esta figura también se fundamentará en una interpretación de las teorías de la aplicación de la ley en el tiempo, problemática cardinal de la Teoría General del Derecho. En segundo lugar, existe una cuestión relativa a la consideración del Derecho al Ambiente como un Derecho Fundamental, o no; cuestión que supera la disciplina jurídica. De acuerdo con este fundamento, de aceptarse la naturaleza de Derecho Fundamental del Derecho al Ambiente, habría que aceptarse la aplicación del Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, el cual tiene una doble connotación: progresividad por un lado, y no regresividad por el otro. Esto plantea un asunto adicional, relativo al concepto de progreso en el contexto actual, y su relación con las generaciones futuras.

En tercer lugar, existen fundamentos de naturaleza científica, derivados de la inescindible relación entre la ciencia y el Derecho Ambiental. Sobre este importante asunto no me referiré en este capítulo, pues considero que el tema trasciende la fundamentación del Principio de No Regresión, y requiere un tratamiento más detallado¹³. De esta manera, la vinculación entre la ciencia y el

nes, y en la Constitución Política y la jurisprudencia emanada de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

¹² PRIEUR, al ser el primer autor que trata el tema de manera específica, fue el primero en exponer dichos argumentos (en español, 2010, y en francés, 2012 y 2014). En la versión en español (2010), se utiliza la expresión «[...] se podrán reconocer a favor del derecho ambiental». Mientras que en la versión francesa (2012), se utiliza la expresión «[...] l'on pourra à l'avenir également reconnaître au profit du droit à l'environnement». Esta distinción resulta importante por las implicaciones que tiene el uso de la terminología, pues no se debe confundir el Derecho Ambiental como rama del ordenamiento jurídico (derecho del medio ambiente, *droit de l'environnement*), con el Derecho al Ambiente, figura reconocida con distintas acepciones: derecho a un medio ambiente adecuado, derecho a gozar de un medio ambiente sano, *droit à l'environnement*, entre otras. Posteriormente, en la obra brasileña «O princípio da proibição de retrocesso ambiental» (2011), Prieur realiza una clasificación de estos argumentos y concreta que las bases de esta argumentación jurídica reposan en tres elementos: la propia finalidad del Derecho Ambiental, la necesidad de apartarse del Principio de la mutabilidad del Derecho, y la Intangibilidad de los Derechos Humanos (2011, p. 13).

¹³ Es el caso de NAIM-GESBERT, para quien el fundamento científico del Principio de No Regresión se encuentra en el concepto de *umbral*. Según el autor, el umbral permite evaluar la alteración del orden público ambiental en la medida en

Derecho no constituye un fundamento propiamente dicho del Principio de No Regresión, sino un elemento del mismo, que servirá para determinar su contenido y aplicación, no su origen.

A continuación expondré los cuatro argumentos que considero más relevantes para la construcción de la idea de no regresión como principio: en primer lugar, el carácter finalista del Derecho Ambiental, en segundo lugar, la aplicación de la ley ambiental en el tiempo, en tercer lugar el Principio de Progresividad, y en cuarto lugar el concepto de progreso y las generaciones futuras.

1. La finalidad del Derecho Ambiental y su interpretación como fundamento jurídico de la No Regresión

El Derecho Ambiental surgió con la finalidad específica de proteger el medio ambiente, como respuesta ante el evidente deterioro de los recursos naturales y la preocupación de la comunidad internacional por el futuro del planeta. Este ordenamiento busca, por lo tanto, mejorar cada vez más la protección del medio ambiente, y en este sentido, la finalidad de mejora constante de las condiciones ambientales impide disminuir los niveles de protección alcanzados, desmejora que iría en contra del propósito del Derecho Ambiental. De esta manera se fundamentaría el Principio de No Regresión¹⁴.

El análisis de este fundamento requiere el estudio de dos cuestiones principales; en primer lugar, las distintas expresiones de esta

que se vea afectado, pues el umbral o valor límite permite cuantificar aspectos como la contaminación atmosférica o la desaparición de una especie, y así determinar si existe una regresión en los niveles alcanzados. Como señala el autor, *los hechos observados por las palabras de la ciencia se convierten en verdades en el lenguaje del derecho*, por lo que el umbral resulta ser un criterio decisivo para el Derecho Ambiental (2012, p. 129).

¹⁴ Según PRIEUR, la no regresión en Derecho Ambiental se justifica, en primer lugar, a través de razones vinculadas al carácter finalista de este Derecho. El autor habla de un «Nuevo Derecho Ambiental» que no constituye únicamente un Derecho que regula las actividades de forma neutra, sino que se trata de un Derecho comprometido con la lucha contra la contaminación y la pérdida de la biodiversidad. Lo define, según un criterio finalista, como «aquél que, debido a su contenido, contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, un derecho para el medio ambiente». El Derecho Ambiental se guía, por tanto, por un objetivo que implica una obligación de resultado, que es la mejora constante del ambiente (2010, p. 69).

finalidad específica del Derecho Ambiental en distintas fuentes jurídicas, y en segundo lugar, la forma como se pone de presente esta finalidad en la práctica jurídica; estudio que abordaré a continuación.

A) *Algunas expresiones del carácter finalista del Derecho Ambiental*

La finalidad específica de las normas ambientales se encuentra presente desde los orígenes de esta disciplina. La protección de los elementos de lo que hoy se conoce como el bien jurídico «medio ambiente» tiene antecedentes muy antiguos, y estaba ligada a cuestiones de otra naturaleza, como la protección de la propiedad privada, la salud pública o la higiene, como sucedía en el Derecho Romano y en el Derecho Medieval. Ya en el siglo XIX, se empezaron a dictar disposiciones encaminadas a regular los recursos más importantes para la actividad económica, como los bosques, las aguas, y los recursos minerales. Se trataba de una regulación de carácter económico, que se limitaba a la estricta gestión del recurso. Posteriormente, esta regulación empezó a tener un carácter más intervencionista, y se empezó a notar una preocupación ya no solo por la explotación de los recursos, sino también por la protección y conservación de los mismos. Así se consolidó este ordenamiento, concebido como un sistema normativo dirigido a la preservación del entorno humano, principalmente mediante el control de la contaminación y la garantía de uso sostenible de los recursos, que surgió como tal a mediados del siglo XX. Surge entonces como respuesta a la toma de conciencia generalizada, tanto a nivel internacional como nacional, de la necesidad de detener el proceso de deterioro de los ecosistemas, amenazados por el desarrollo económico y tecnológico de la civilización moderna.

El carácter finalista del Derecho Ambiental ha sido objeto de estudio por la doctrina, y se ha aceptado de manera general que esta rama del Derecho tiene una finalidad protectora del medio ambiente y los ecosistemas¹⁵. Resulta necesario entonces precisar en

¹⁵ Por ejemplo, BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 157) reconoce el carácter *tuitivo* de esta rama del ordenamiento, pues afirma que el Derecho Ambiental tiene una finalidad protectora de la naturaleza, como sistema del que forman parte y dependen los seres humanos; que regula las actividades humanas con incidencia ambiental significativa. En el mismo sentido, para LÓPEZ RAMÓN (1997b, pp. 109

qué consiste esa finalidad. Puede decirse, de manera más apropiada, que las normas de Derecho Ambiental tienen una doble finalidad: en primer lugar, una finalidad inmediata, que es la de hacer frente a un problema ambiental específico (contaminación, deforestación, cambio climático..., etc.) por medio de distintos tipos de técnicas jurídicas, como los permisos, las sanciones, las prohibiciones o los incentivos¹⁶. En segundo lugar, tienen una finalidad más general, consistente en la mejora continua del estado del medio ambiente y la protección de los recursos naturales.

a) En el Derecho Ambiental Internacional

Algunas expresiones de dicho carácter finalista se pueden encontrar, por ejemplo, en el Derecho Ambiental Internacional, que en concordancia con el Principio 7 de la *Declaración de Río* (1992) tiene por objeto «conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra». En este sentido, pluralidad de instrumentos de Derecho Ambiental Internacional han incluido, de una u otra manera, referencias a este fin último. Por ejemplo, el

y ss.) siguiendo a ESCRIBANO COLLADO y LÓPEZ GONZÁLEZ (1980, pp. 367 y ss.) el Derecho Ambiental es el Derecho que tiene como función específica la protección del medio ambiente, o la protección de los «recursos naturales». Esta función, a su vez, cuenta con dos grandes contenidos: uno general, que afecta a todas las políticas públicas, y que exige que estas tengan en cuenta la situación de los recursos naturales que se ven afectados; y otro contenido específico, que se encarga de velar directa y sectorialmente por la utilización racional de los recursos naturales. Asimismo, para ORTEGA ÁLVAREZ, el Derecho Ambiental se caracteriza por la finalidad de sus normas, y se elabora Derecho del medio ambiente cuando «se regula una materia desde una finalidad última: garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible». Esta finalidad última se descompone a su vez en otras finalidades mediatas, entre las que se encontraría, de un lado, la garantía de los recursos y de los elementos esenciales en los que se basa la transmisión de la vida: el aire, el agua, el suelo y las especies vivas y, de otro, la regulación preventiva de los procesos humanos y naturales que pueden poner en peligro la cadena de elementos que aseguran la vida en el planeta (2013, p. 35 y ss.); LOPERENA ROTA igualmente reconoce las finalidades específicas del Derecho Ambiental, como las razones por las cuales se protege el medio ambiente (1996, pp. 141 y ss.).

¹⁶ ALONSO GARCÍA, opina que la finalidad del Derecho Ambiental es lograr la solución de problemas ambientales, lo que requiere una interacción del Derecho con cuatro órdenes: la ética, la política, la economía, y la ciencia y la técnica (2006b, p. 630).

Convenio de Bonn (1979) sobre la conservación de las especies migratorias pertenecientes a la fauna salvaje proclama que la fauna salvaje «debe conservarse por el bien de la humanidad». *La Convención Marco sobre el Cambio Climático* (1992) declara: «Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras» (art. 3, ap. 1). El *Acuerdo de Maputo sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales de África* (2003) proclama, en su preámbulo, que «la conservación del medio ambiente mundial constituye una preocupación común para toda la humanidad»¹⁷.

b) En el Derecho de la Unión Europea

Asimismo, en el Derecho Europeo, existen distintas expresiones que ponen de presente la finalidad de protección ambiental. Por ejemplo, el *Tratado de la Unión Europea*, en su preámbulo, señala que se debe tener en cuenta el Desarrollo Sostenible en el marco del refuerzo de la cohesión y la protección del medio ambiente. Igualmente, el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* en su artículo 11, señala que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». El artículo 114.3, en relación con la aproximación de las legislaciones, señala que «la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos».

Finalmente, el artículo 191, establece los principios generales que han de regir la actuación comunitaria para la consecución de los objetivos de protección ambiental atribuidos a la Unión Europea, y señala que «la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los

¹⁷ PRIEUR (2010, p. 73).

problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga». Esta última disposición refleja el carácter finalista del Derecho Ambiental Europeo.

c) En los Derechos Nacionales

De la misma manera, algunas de las Constituciones Nacionales más recientes establecen en su texto el propósito ambiental que rige su ordenamiento¹⁸. Por ejemplo, ya el artículo 45.2 de la Constitución Española (1978) señala que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Por su parte, el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia (1991) señala que «el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados». Y en algunos casos más recientes se va más allá, como es el caso de la República del Ecuador, cuya Constitución Política (2008) reconoce por primera vez los «derechos de la naturaleza», en el capítulo séptimo, del título II, relativo a los derechos. Establece que la naturaleza o Pacha Mama, es sujeto de derechos, de manera tal que cualquier persona, comunidad o pueblo o nacionalidad puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

B) *La interpretación teleológica del Derecho Ambiental*

Una vez vista la existencia de una finalidad específica de las normas ambientales en distintos ordenamientos, corresponde ahora

¹⁸ Cfr. AMAYA NAVAS (2010, 2012).

analizar la forma en la que esta finalidad es extraída de los textos legales y aplicada en la práctica, por medio de la interpretación.

La interpretación de las normas es una cuestión que siempre ha tenido gran importancia para la Teoría del Derecho, pues por medio de esta actividad el operador jurídico extrae el significado y el alcance de las normas jurídicas. En el caso del Derecho Ambiental, la interpretación de estas normas atendiendo a su finalidad, permitirá identificar el sentido que se le debe dar a las disposiciones aplicables en un caso específico. De esta manera, al momento de verificar si una modificación de una norma ambiental es regresiva, la interpretación teleológica de dichas normas permitirá comprobar la existencia o no de una regresión que atente contra la finalidad de las normas ambientales.

Algunos autores han destacado la necesidad de una «nueva hermenéutica ambiental», que tenga en cuenta la finalidad de la que hemos venido hablando, y que incluya en el análisis de las normas el sentido propio de sus palabras, la finalidad de dicho ordenamiento, y el contexto en el que han de ser aplicadas, nueva hermenéutica que servirá de fundamento para el Principio de No Regresión¹⁹.

¹⁹ PEÑA CHACÓN (2013c) se cuestiona sobre el papel de la hermenéutica y afirma que ésta 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 efectiva del medio ambiente. El autor aboga por una «nueva hermenéutica ambiental», la cual requiere que su aplicador considere el espíritu y la finalidad de la norma, y para ello es necesario tomar 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 lo anterior, se deberá tener como norte el carácter finalista y evolutivo del Derecho Ambiental, y su objetivo primordial de proteger la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Agrega además, que 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 el mismo sentido, GONZÁLEZ BALLAR cree necesario un «nuevo enfoque o hermenéutica ambiental» al momento de aplicar el Principio de No Regresión, que obliga a un cambio en el abordaje por medio de la interpretación y de la hermenéutica jurídica ambiental, de acuerdo con las nuevas necesidades que impone la sociedad del riesgo. Afirma el autor que el Derecho Ambiental por su misma esencia debe tener sobre todo una forma de interpretación sistemática y teleológica (2013, p. 80).

No se cuestiona la importancia del papel de la interpretación de las normas para ponerlas al día y expandir los horizontes de su aplicación, y si bien es cierto que la interpretación de las normas ambientales exige tener en cuenta su objetivo principal de proteger el equilibrio ecológico, la vida y la salud; no parece necesario hablar de una «nueva hermenéutica ambiental», ya que, como expondré a continuación, el ordenamiento vigente ya contiene las pautas necesarias para hacer una correcta interpretación de las normas ambientales, partiendo del supuesto de que la literalidad del texto no sea clara, porque si lo es, como es lógico, no será necesario acudir a ningún criterio de interpretación.

a) En el Derecho Internacional

El Ordenamiento Internacional contiene disposiciones relativas a la interpretación de los tratados internacionales. La Comisión de Derecho Internacional²⁰, al analizar este asunto, se percató de la existencia entre los juristas de tres criterios básicos en orden a la interpretación de los tratados, a saber:

1. El criterio *objetivo*, en el que el texto del tratado aparece como expresión auténtica de la voluntad de las partes, haciéndose hincapié en la primacía del mismo para la interpretación, aunque admite en cierto grado la prueba extrínseca de las intenciones de las partes y de los objetivos y fines del tratado.
2. El criterio *subjetivo*, que acude a la intención de las partes como elemento distinto del texto, y que admite con liberalidad el recurso a los trabajos preparatorios y a cualquier otra manifestación de la intención de los Estados contratantes.
3. El criterio *teleológico*, que atribuye importancia fundamental a los objetos y fines declarados y manifiestos del tratado y que es propenso, sobre todo en el caso de tratados multilaterales, a interpretaciones del texto que van más allá de las intenciones originales de las partes, tal como han sido ex-

²⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1966, p. 240.

presadas en el texto, o que incluso difieren de estas intenciones.

De esta manera, la Comisión, siguiendo al Instituto de Derecho Internacional²¹ y al sentido general de la jurisprudencia²², se ha inclinado por el criterio objetivo complementado por el teleológico, lo que quedó señalado en La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)*, que en su parte III, sección III, estableció una regla general de interpretación, según la cual, «*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*».

Al analizar esta disposición, y en relación con el tercer elemento, DIEZ DE VELASCO, afirma que el principio que requiere tener en cuenta el *objeto y el fin* del tratado para su interpretación es más reciente que los anteriores (buena fe y primacía del texto), ya que fue recogido por primera vez por el TIJ en su Dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre las *Reservas a la Convención del Genocidio*. Los autores de la Convención acogieron la interpretación teleológica al incluir este elemento de interpretación, que «*no es una derogación al principio de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, su consolidación objetiva: el objeto y el fin de un tratado son los elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta por la voluntad de las Partes en el sentido de que éstas rehusarían admitir todas las libertades que pondrían en peligro este objeto y este fin que ellas libremente han escogido como su bien común*»²³.

b) En el Derecho de la Unión Europea

La interpretación de los Tratados Europeos se realiza conforme a pautas y principios deducidos de los mismos, y por los procedimientos previstos en ellos. Además, el artículo 267 del TFUE atribuye al Tribunal de Justicia la competencia sobre la interpretación de los Tratados, y para dilucidar la validez e interpretación de los actos adoptados por las distintas instituciones, órganos y organismos

²¹ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 44, t. I, 1952, p. 199.

²² Cf. PASTOR RIDRUEJO (1960, pp. 1165 y ss.) y PÉREZ VERA, E. (1973, p. 77 y ss.).

²³ DIEZ DE VELASCO (2013, p. 211).

de la Unión, así como la interpretación de los estatutos de los diferentes organismos²⁴.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha convertido el objetivo finalista en una teoría de interpretación jurisprudencial. A manera de ejemplo, PRIEUR cita la Sentencia del 6 de noviembre de 2008 que analiza la interpretación del artículo 6 de la Directiva 2006/11 CE, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad²⁵. Dicho artículo impone a los Estados miembros la obligación de someter a una autorización previa en la que se señalen las normas de emisión todo vertido que pueda contener una de las sustancias de la lista II del anexo I de la Directiva. En Francia, un caso que claramente se insertaba en lo previsto por la Directiva (vertidos derivados de la piscicultura), fue sometido al régimen de declaración y no de autorización previa, por considerarse poco contaminante. Además, se estableció una referencia a las normas de emisión y se confirió a la autoridad administrativa el derecho a oponerse a la apertura de la explotación o de imponer valores límite de vertido específicos para la instalación de que se trate, con base en el objetivo de simplificación de procedimientos administrativos²⁶. El TJUE, analiza entonces el objetivo que tiene la Directiva, con el fin de resolver la cuestión presentada. Expone que el objeto de la Directiva es eliminar la

²⁴ Por lo demás, las técnicas y principios formales de interpretación del Derecho de la Unión Europea no difieren de los utilizados en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, aún cuando el Tribunal de Justicia ha extraído de los Tratados, e incluso creado, principios materiales interpretativos de enorme importancia para la comprensión del Derecho de la Unión. Es ilustrativa la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, caso SRL Cilfit y Lanificio di Gavardo SPA c. Ministerio della Sanità, que tras un razonamiento sobre la aplicación del Derecho Comunitario (apartados 16 a 19) dice «20. Por último, cada disposición del Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de normas de ese Derecho, de sus finalidades, y del estado de su evolución, en la fecha en que la aplicación de la cuestión debe ser realizada» (LINDE PANIAGUA, BACIGALUPO SAGESSE, y FUENTETAJA PASTOR, 2012, p. 314).

²⁵ TJUE Sentencia del 6 de noviembre de 2008, asunto 381/07, caso Asociación Francesa de Protección del Agua y los Ríos TOS c. MEDAD France.

²⁶ Para PRIEUR, esta modificación camufla una regresión del derecho, y la interpretación del Tribunal constituye una interpretación en un sentido favorable a la no regresión (2010, p. 69).

contaminación de las aguas comprendidas en su ámbito de aplicación producida por las sustancias de la lista I y reducir la contaminación de estas mismas aguas causada por las sustancias de la lista II. Así pues, la Directiva 2006/11 no tiene por objeto obligar a los Estados miembros a adoptar medidas específicamente aplicables a ciertas explotaciones o instalaciones como tales, sino que les impone la adopción de medidas apropiadas para eliminar o para reducir la contaminación de las aguas causada por los vertidos que puedan contener sustancias peligrosas, según la naturaleza de éstas. Además, se señala que la Directiva exige que en estos casos se cuente con una autorización previa, expedida por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en la que se señalen las normas de emisión, y que estas normas se calcularán en función de las normas de calidad medioambiental. Subraya, adicionalmente, que la Directiva 2006/11 no establece ninguna excepción a la regla enunciada.

Por lo anterior, considera el TJUE que el régimen establecido por el ordenamiento francés no es compatible con lo exigido por la Directiva, pues no garantiza que todos los vertidos que cumplan las características señaladas den previamente lugar a un examen específico que conduzca a la fijación de normas de emisión específicas, y no obliga a la autoridad administrativa competente a adoptar una decisión equivalente a una autorización previa; razones por las cuales no permite la aplicación de estas medidas. Se trata de una clara interpretación de una Directiva de acuerdo con su objetivo y finalidad, según lo que se conoce como el «efecto útil» de las Directivas²⁷.

c) En el Derecho Español

El Código civil Español, en su artículo 3, señala 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 aquellas»*. Existen varios elementos de interpreta-

²⁷ De acuerdo con el TJUE, los Estados no pueden aplicar una normativa, [...] que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva, y como consecuencia privarla de su efecto útil. TJUE Sentencia del 28 de abril de 2011, asunto 66/11, caso El Dridi, apartado 55.

ción: el *gramatical*, que es el punto de partida de toda interpretación, el *sistemático*, según el cual las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto; esto es, teniendo en cuenta su relación con el resto de las normas que forman parte del sistema. Está también el elemento *histórico*, según el cual las normas se interpretarán teniendo en cuenta sus antecedentes históricos; el elemento *sociológico*, que está integrado por todos los factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, pues para la interpretación de las normas se tendrá en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; y finalmente el criterio *teleológico*, según el cual, las normas se interpretarán atendiendo, fundamentalmente a su espíritu y finalidad²⁸. La mayoría de los autores se refieren a una consideración objetiva de ese espíritu y finalidad: voluntad de la ley, más que intención del legislador²⁹.

En relación con las clases de interpretación, DE CASTRO afirma que el Tribunal Supremo ha seguido en su jurisprudencia, abierta y claramente, el criterio de la interpretación finalista. De algunas de sus sentencias deduce la doctrina siguiente: En primer lugar, la misión del intérprete es la búsqueda de la finalidad verdadera de las leyes, pues «*si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad*»³⁰. En segundo lugar, al interpretarse la ley, se debe colaborar para la

²⁸ Cfr. VALLADORES RASCÓN (2009, p. 48).

²⁹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN hablan de un espíritu de la ley para designar algo objetivo e independiente de los propósitos e intenciones del autor de la ley, punto de vista desde el cual la llamada a este espíritu de la ley tiene el alcance de expresar el predominio de una interpretación objetiva, por encima de los subjetivo o de la voluntad que tuviere el legislador. Señala que al hablar de «espíritu y finalidad de la ley» el legislador acoge el criterio teleológico en la interpretación de la misma. Sin embargo, «*hay que hacer notar inmediatamente que tal criterio es algo que en numerosas ocasiones el propio intérprete ha de descubrir, no le viene dado como un dato más a tener en cuenta en su tarea como el texto legal o los antecedentes legislativos próximos*» (2012, p. 171). Por su parte, para ALBALADEJO, «*tener presente el fin de la ley es algo que —contribuyendo a esclarecer el sentido de la norma— no es ya un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental del criterio que debe orientar aquella*» (ALBALADEJO, 2013, p. 108).

³⁰ STS de 26 de noviembre de 1929.

consecución de su fin, evitando entenderla de modo que se facilite y haga posible su fraude³¹; y, en tercer lugar, que la interpretación de la ley puede y debe cambiar, admitiéndose la necesidad de una jurisprudencia dinámica³², que «es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos (gramatical y lógico) sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse sociológico, integrado por aquella serie de factores (ideológicos, morales y económicos) que revelan y completan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico»³³. Entonces, en materia de Derecho Ambiental ocurre lo mismo, y la interpretación de las distintas disposiciones debe hacerse conforme a la finalidad señalada en el artículo 45 CE, ya vista.

d) En el Derecho Colombiano

En el caso colombiano, el Código civil también trae disposiciones relativas a la interpretación de las normas, y la interpretación para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, no es una facultad exclusiva del legislador, pues también está a cargo de la Corte Constitucional cuando ésta ejerce el control de constitucionalidad de la ley y fija el sentido válido de la misma³⁴. Existen diversos criterios de interpretación, señalados en el Código civil. En primer lugar, se habla de una interpretación *doctrinal*, que es aquella en la que los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares (art. 26 del Código civil). Existe también una interpretación *gramatical*, pues cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. En este caso, se incluyen dos precisiones: En primer lugar, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el

³¹ STS de 22 de enero de 1947 y STS de 27 de noviembre de 1947.

³² STS de 21 de abril de 1926.

³³ DE CASTRO (1984, p. 469). Ver además la STS de 21 de noviembre de 1934.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820 de 2006. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal (art. 27), y en segundo lugar, se señala que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso (art. 28). Además, existe una interpretación que podría llamarse *teleológica*, pues se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Finalmente, hay una interpretación *por contexto*, según la cual el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía; y los pasajes oscuros de una ley podrán ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Por último, el Código civil señala dos aspectos finales. En primer lugar, en relación con la interpretación sobre la extensión de una ley (art. 31), se señala que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, y la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes. Y en segundo lugar, sobre los criterios de subsidiarios de interpretación (art. 32), se afirma en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Por otro lado, la Ley 153 de 1887 estableció novedades en cuanto a los medios de interpretación. El artículo 4.º determinó que la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes y les dio influencia a los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia. El artículo 5.º de la mencionada Ley 153 permite utilizar en la interpretación de cualquier ley colombiana, la doctrina constitucional, por lo que dichas normas deben interpretarse de manera armónica con lo dicho por el Código civil³⁵.

Podemos finalizar el análisis de este primer argumento reconociendo la finalidad específica que tienen las normas de Derecho

³⁵ Para un análisis detallado de las reglas de interpretación en el ordenamiento colombiano ver MONROY CABRA (2003)

Ambiental, sean de carácter internacional, comunitario, constitucional o legal. Sin duda, esta rama del ordenamiento jurídico surgió para dar respuesta a una problemática concreta, por lo que su construcción y aplicación siempre ha estado ligada a la consecución de determinados objetivos, relacionados con la protección del medio ambiente, la salud, y la salvaguarda del equilibrio de los ecosistemas. Por lo anterior, la aplicación e interpretación de estas disposiciones debe tener presente este cometido. En relación con la interpretación de dichas normas, reitero, no se justifica la «creación» de una «nueva hermenéutica ambiental», pues como se expuso, las pautas existentes en los distintos ordenamientos para la interpretación de sus normas permite, y en muchos casos exige, la identificación de la finalidad de la norma y su contexto para realizar una correcta interpretación de la misma. Con una ventaja adicional, y es que contrario a lo que afirmaron DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN en relación con que tal finalidad es algo que en numerosas ocasiones el propio intérprete ha de descubrir, y no le viene dado como un dato más a tener en cuenta en su tarea como el texto legal o los antecedentes legislativos próximos; en el Derecho Ambiental esta finalidad es clara en la mayoría de los casos, pues como se ha visto, las normas ambientales están encaminadas a la protección del equilibrio ecológico, la salud y la vida.

Por último, en relación con la no regresión, es claro que lo que busca el Derecho Ambiental es proteger cada vez más y mejor el medio ambiente, de acuerdo con los objetivos señalados, tarea que realizará por medio de distintos instrumentos políticos, jurídicos, económicos, técnicos, entre otros. No obstante, no se puede afirmar tajantemente que toda regresión, en principio, constituya una verdadera disminución de los niveles de protección ambiental determinados, como pareciera afirmarlo PRIEUR. Por la misma naturaleza del Derecho Ambiental, que regula diversos sectores y contenidos, habrá que ver, en cada caso, las condiciones particulares de dicha regresión, para determinar, de acuerdo con los verdaderos objetivos de la norma que se estudia, si realmente se ponen en juego injustificadamente los avances alcanzados en la protección ambiental.

2. *Las transformaciones del Derecho, algunas excepciones y su relación con la No Regresión en Derecho Ambiental*

En la sociedad actual hay una gran pluralidad de relaciones recíprocas entre la evolución social y los cambios jurídicos³⁶. Este contexto representa para el legislador dos alternativas; de un lado, permitir una brecha cada vez más grande entre la teoría legislativa y la práctica social, o de otro lado, responder a un cambio inevitable ante los hechos sociales de la vida. Estos estímulos pueden proceder de fuentes distintas, como la existencia de nuevas realidades y situaciones por regular, la presión de la opinión pública, escenarios tales como desastres, emergencias, guerras y crisis, la existencia de nuevos conocimientos científicos, la iniciativa de grupos de ciudadanos por la defensa de intereses específicos, entre otros muchísimos insumos que exigen una respuesta por parte del ordenamiento jurídico³⁷. Por esta razón, el tema de la aplicación y vigencia de la ley en el tiempo, y las transformaciones del Derecho de la mano de los cambios sociales siempre han sido una cuestión central de la Teoría General del Derecho, y han planteado multitud de inquietudes a través del tiempo, cuyo estudio ha sido amplia-

³⁶ En este sentido, SALINAS expone que los nuevos desarrollos tecnológicos han motivado una profunda modificación de la vida en sociedad, que en muchos de sus aspectos está todavía por concretar, y ese cambio de la base social debe encontrar, más pronto que tarde, respuesta a nivel jurídico, con el fin de que el marco normativo que ordena la convivencia en esa sociedad responda adecuadamente a sus necesidades, y que se garantice que los avances tecnológicos se desarrollan en beneficio de la dignidad de la persona. En relación con el Derecho Internacional Público, señala que por las peculiaridades de la sociedad que regula, este ordenamiento se presenta como un supuesto especial en lo que se refiere a la manera de afrontar este fenómeno de transformación permanente, al no existir en ese ordenamiento jurídico mecanismos similares a los de los Derechos internos que aseguren la rápida adaptación del contenido de la norma a la realidad social (2001, pp. 3 y ss.).

³⁷ FRIEDMANN ya mencionaba (en la fecha de publicación de la primera edición de la obra, 1959) la existencia de un individuo o una pequeña minoría de decididos y valientes que iniciaran un cambio jurídico, ante la inacción gubernamental o parlamentaria, y una opinión pública indiferente. Cita como ejemplo la legislación existente para la conservación de bosques o de ciertos animales salvajes, o de otros recursos vitales, resultado tardío de los esfuerzos decididos de pequeños grupos de individuos que veían más allá de los intereses inmediatos no sólo de los intereses creados, sino del legislador y del funcionario del gobierno corrientes (1966, p. 28).

mente desarrollado por la doctrina más relevante³⁸. Así pues, el Derecho, como sistema normativo, es un elemento consustancial a una sociedad: «*ubi societas, ubi ius*», y por lo tanto, es un sistema normativo que responde a las necesidades particulares de la sociedad en la cual se desarrolla y debe acompañarla en su evolución, por lo que se requiere entonces de un Derecho ágil, evolutivo y dinámico, y que sea capaz de responder a nuevos contextos. Entonces, es lógico y necesario aceptar que las normas no son eternas, y que debe ser posible su transformación y evolución³⁹.

El Derecho Ambiental no es ajeno a esta circunstancia, y el campo de aplicación de sus normas, como se verá, se caracteriza por una evolución y transformación constante, a las que las normas jurídicas deben dar respuesta, por medio de la adaptación y modificación de sus formas y contenidos.

No obstante, existen algunas excepciones a esa modificación constante de las normas, y hay casos en los cuales se opta por una inmutabilidad (o mutabilidad condicionada) de ciertos contenidos o derechos, por razones de orden social o político, como se analizará a continuación. En este asunto PRIEUR encuentra el fundamento para la No Regresión, pues afirma que el Derecho Ambiental hace parte de estas excepciones, y propone apartarse del Principio de Mutabilidad de la Ley, con el fin de evitar cualquier regresión en los niveles de protección ambiental alcanzados⁴⁰.

³⁸ A manera de ejemplo, Cfr. ATIENZA (1985, Cap. 2.7); BOBBIO (1980, p. 225 y ss.); CALVO GARCÍA (2000, Cap. II.II); DUGUIT (1975, *in totum*).

³⁹ Para PRIETO SANCHÍS esta constante transformación del Derecho representa también un problema de seguridad jurídica. Como lo expone el autor, las normas de los sistemas jurídicos contemporáneos resultan ser extraordinariamente efímeras y cambiantes, hasta el punto de hablarse de una «motorización» legislativa (2005, p. 169); o de «hipertrofia legislativa». Esta problemática tiene que ver con la intensa producción normativa sobre un asunto y el Derecho Ambiental no escapa a esta situación.

⁴⁰ Este argumento se sustenta en diversos planteamientos a lo largo de las obras del autor (2010, 2011 y 2012) Cita el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 24 de junio de 1793 (que nunca entró en vigor) según el cual: «una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras». Afirma el autor que el medio ambiente y el desarrollo sostenible imponen la necesidad de pensar de forma diferente, limitando el principio de mutabilidad del Derecho, pues el medio ambiente y los Derechos Humanos constituyen una excepción a esa regla, ya que reducir o derogar las normas de

Para analizar este fundamento es necesario revisar, en primer lugar, las excepciones a la Teoría de la Mutabilidad de la ley en el tiempo, y de esta manera, en segundo lugar, analizar si el Derecho Ambiental podría ser parte de estas excepciones.

A) *Primera Excepción: Las cláusulas de protección de las reformas constitucionales*

Un ejemplo de lo dicho es lo relativo a las cláusulas de protección de las reformas constitucionales. Una de las clasificaciones de las constituciones realizada por la doctrina, la mayoría actualmente con mero valor académico, distingue las constituciones atendiendo a su procedimiento de reforma, entre constituciones rígidas y flexibles⁴¹. Las primeras, la inmensa mayoría, tienen un procedimiento especial de reforma, y las segundas carecen de él. Entonces, la rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Con el fin de mantener el orden social, económico y político de un Estado, la misma Constitución establece un mecanismo de reforma condicionado a un trámite específico, acotando y delimitando los casos en que puede ser modificada⁴².

protección del medio ambiente tendría el efecto de imponer a las generaciones futuras un entorno más degradado (2011, p. 22). Se pregunta si el Derecho Ambiental conlleva unas normas intangibles valedoras de una cláusula de «eternidad» según la expresión normativista de KELSEN y MERKEL. Y partiendo de lo anterior, plantea una hipótesis de un Derecho Ambiental no regresivo, y por tanto, de un Derecho que sea obligatoriamente progresivo, que se apoya en un cambio cualitativo principal: la consagración del Derecho al Ambiente como un nuevo Derecho del hombre. De esta manera, toma como punto de partida que el Derecho al Ambiente es un derecho fundamental, por lo que se beneficia de las teorías existentes previamente cuyo objetivo es aumentar, aún más, la eficacia de dichos derechos, lo que impide retroceder. Finalmente, concluye que la no regresión se opone a la evolución clásica del Derecho, y a su modificación permanente e inevitable, por lo que aboga por apartarse de la teoría de la mutabilidad con el fin de lograr una verdadera protección progresiva, y no regresiva, del Derecho al Ambiente.

⁴¹ Cf. BRYCE (1988), *in totum*.

⁴² De acuerdo con BALAGUER, la reforma constitucional no sólo es una técnica al servicio de la supremacía constitucional, sino también un mecanismo de adap-

Se observa entonces que la Constitución, al igual que todo el sistema normativo, también puede sufrir transformaciones para adaptarse a un nuevo contexto. Pero, al ser la norma superior, su modificación se encuentra supeditada a ciertos criterios, y en algunos casos, existen límites en cuanto al contenido que se puede reformar. Por ejemplo, se encuentran las denominadas *cláusulas de intangibilidad, eternidad o pétreas*, que determinan los límites absolutos de la revisión constitucional. Es decir, se trata de disposiciones incluidas en el mismo texto constitucional que prohíben la reforma sobre determinados aspectos del orden político y social del Estado. Se trata de límites expresos a la reforma constitucional, establecidos por razones históricas, o porque el Poder Constitucional decidió establecer dichos valores, instituciones o principios sobre los cuales descansa todo el ordenamiento constitucional⁴³.

Con lo anterior se pretende garantizar la subsistencia de los supuestos ideológicos y axiológicos que caracterizan el régimen político definido en la Constitución, impidiendo o dificultando que las generaciones futuras modifiquen esas normas; por cualquier medio, incluso una acción revolucionaria. Esto puede resultar relativo, ya que es muy difícil imaginar una constitución totalmente

tación de la Constitución a las nuevas exigencias sociales y de corrección técnica de las deficiencias de los preceptos constitucionales. Desde esta perspectiva, los mecanismos de reforma constitucional deberían basarse en el equilibrio entre ambas facetas: supremacía constitucional y adaptación. La conexión entre ellas resulta inevitable: la excesiva rigidez puede perjudicar la posición de la Constitución en el ordenamiento obligando a los agentes políticos y jurídicos a buscar vías alternativas para hacer frente a las necesidades constitucionales de la sociedad. Al mismo tiempo, una excesiva flexibilidad puede conducir a la desnaturalización del sentido normativo de la Constitución en cuanto expresión del consenso fundamental de la sociedad, si permite la modificación a voluntad de la mayoría. Además, destaca el papel de la jurisdicción constitucional en la adaptación de los preceptos constitucionales a las nuevas exigencias sociales, como factor esencial en el proceso de renovación del ordenamiento [BALAGUER (coord.), AA.VV., 2003, p. 121].

⁴³ Algunos ejemplos: Constitución francesa de 1958, que introduce en su artículo 89 una cláusula de intangibilidad a la actividad de reforma en lo que afecta a la forma republicana de gobierno, lo que es asimismo predicable de la Constitución italiana de 1947 en su artículo 139. Asimismo, la Ley Fundamental de Bonn, consagra en el artículo 79 apartado 3, que no se permite la modificación de la Ley fundamental que afecte a la articulación de la Federación en *Länder*, o que afecte al principio de la participación de los *Länder*, la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

intangible e inmodificable, pues su estabilidad dependerá del mantenimiento del orden político y social.

No obstante, en la mayoría de los casos la modificación de ciertos contenidos constitucionales está limitada, ya sea por la existencia expresa de cláusulas de intangibilidad, o está supeditada a la observancia de unos requisitos de muy difícil cumplimiento, como es el caso de la Constitución Española. Si bien en la CE no existen de manera expresa cláusulas de intangibilidad, si existen contenidos específicos dotados de una especial protección que los convierte casi en irreformables, señalados en el artículo 168 CE: el Título Preliminar, los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (Capítulo segundo, Sección primera del Título I) o la Corona (Título II). En estos casos, se plantea un procedimiento excesivamente rígido y superagravado, que parece concebido para no ser nunca utilizado, pues además de las mayorías exigidas, requiere además la aprobación de la reforma por las Cortes previas y posteriores a la disolución de las Cámaras y convocatoria de elecciones, así como un referéndum obligatorio.

En el caso colombiano, la Constitución Política tampoco contiene normas intangibles ni cláusulas pétreas, a diferencia de lo que ocurre en otras constituciones. No obstante, por vía de la doctrina⁴⁴ y de la jurisprudencia⁴⁵, se han identificado una serie de límites a dicha reforma constitucional. Se ha reconocido que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Los criterios que han sido fijados por la jurisprudencia en torno al concepto de sustitución de la Constitución son los siguientes: «a) *El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; b) Por virtud de estos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede*

⁴⁴ Sobre la reforma constitucional en Colombia, cfr., CAJAS SARRIA (2004); FLÓREZ RUIZ (2009); RAMÍREZ CLEVES (2002, 2005); SIERRA PORTO (1998).

⁴⁵ Destacan principalmente las Sentencias de la Corte Constitucional C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett; y C-574 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución. En consecuencia de lo anterior, se produce una sustitución de la Constitución, cuando la misma como un todo, es reemplazada por otra, caso en el cual se trataría de un sustitución total, o cuando un elemento esencial definitorio de su identidad es reemplazado por otro integralmente distinto, evento que daría lugar a una sustitución parcial».

B) *Segunda Excepción: Intangibilidad de ciertos derechos por razones de emergencia*

Otra excepción a la teoría de la mutabilidad del Derecho podría encontrarse en las prohibiciones constitucionales de restringir determinados derechos por razones de emergencia, cuestión que fue excluida del estudio de PRIEUR, pero que debe ser analizada. En el caso colombiano, la Constitución Política de 1991, regula los Estados de Excepción en los artículos 212 y siguientes, y señala que cuando se de una declaratoria de Estado de Excepción, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Por mandato constitucional, el tema es regulado por la ley estatutaria 137 de 1994, que, en su artículo 4.º, señala, en relación con los Derechos Intangibles, de conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favo-

rabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al *habeas corpus* y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

Este principio de intangibilidad de derechos, reconocido así por la Corte Constitucional colombiana⁴⁶, tiene su origen en dos instrumentos internacionales. En primer lugar, el artículo 4.º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), que señala que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Esta disposición no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de tortura), 8 (prohibición esclavitud) (párrafos 1 y 2), 11 (prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales), 15 (principio de legalidad), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica), y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

En segundo lugar, el artículo 27 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH), según el cual en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. La dispo-

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La jurisprudencia constitucional colombiana también ha señalado que el principio de intangibilidad de derechos se extiende a otros distintos a los señalados en los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto⁴⁷. Como señala la Corte, esta extensión se origina por tres vías:

— *«La primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda.*

— *La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan provisiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4.º del Pacto.*

— *Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de hábeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. Es igualmente importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana; la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y el respeto de las normas del derecho internacional humanitario»⁴⁸.*

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-580 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-252 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-070 de 2009, MP: Humberto Antonio Sierra Porto y Clara

Adicionalmente a la prohibición de suspender derechos y libertades fundamentales el artículo 215 de la Constitución señala expresamente que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica⁴⁹. Sobre este punto, la Corte, con motivo del examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de los estados de excepción, se señaló: «*Los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno. En nuestra Carta Política no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos sociales que tal Estatuto confiere a los trabajadores, algunos de los cuales se encuentran consagrados en el capítulo 2o. del Título II, v.gr.: el derecho de huelga, el de negociación colectiva, etc.*»⁵⁰.

En el caso español, el artículo 55 CE trata el tema de la suspensión de derechos, y a diferencia de como ocurre en el caso colombiano, la Constitución española señala los derechos que si podrán ser suspendidos, en caso de una declaratoria de Estado de Excepción y Estado de Sitio, regulados en el artículo 116 constitucional y en

Elena Reales Gutiérrez; Sentencia C-135 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁹ En la ya citada Sentencia C-226 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., se señalan las características de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública, definida como aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país. Dicha eventualidad de carácter catastrófico no solo debe ser grave, es decir, que tenga entidad propia de alcances e intensidad traumáticos, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, sino que debe tener una ocurrencia imprevista, es decir, diferente a lo que se produce regular y cotidianamente, esto es, sobreviniente a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz.

la Ley Orgánica 4 de 1981. Se señala que los derechos reconocidos en los artículos 17 (libertad y seguridad), 18, apartados 2 (inviolabilidad del domicilio) y 3 (secreto de las comunicaciones), artículos 19 (libertad de residencia y circulación por el territorio nacional), 20, apartados 1, a) (libertad de expresión) y d) (libertad de comunicaciones), y 5 (secuestro de medios de información exige una resolución judicial), artículos 21 (Derecho de Reunión Pacífica), 28, apartado 2 (Derecho de huelga), y artículo 37, apartado 2 (adopción de medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 (los detenidos deben ser informados sobre sus derechos y las razones de su detención) para el supuesto de declaración de estado de excepción.

Como se ve, se regula el llamado *Derecho de Excepción*, que señala específicamente los casos en los que puede haber suspensión de derechos y libertades, que podrá ser de carácter general o individualizada. Se debe entender adicionalmente que aquellos derechos que no se encuentren en esta disposición, no podrán ser suspendidos en ningún caso.

Por su parte, el artículo 15 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) señala que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en dicho Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. Esta disposición no autoriza ninguna derogación del artículo 2 (derecho a la vida), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3 (prohibición de tortura), 4 (párrafo 1, prohibición de esclavitud) y 7 (legalidad en materia penal).

De lo expuesto hasta ahora podemos decir que la regla general es la mutabilidad de las normas y del Derecho en general, con el fin de lograr la adaptación a las necesidades cambiantes de la sociedad. No obstante, existen ciertas situaciones que dada su importan-

cia e interés para los Estados, configuran casos excepcionales en los cuales se limita la modificación o suspensión. El primer caso analizado, relativo a razones de orden constitucional y socio político del Estado, y el segundo, relativo a los derechos y libertades fundamentales de los individuos. En ambos casos se habla de «intangibilidad», ya que dichos aspectos no podrán ser tocados ni modificados, constituyendo una excepción a la regla general expuesta.

C) *¿Es el Derecho Ambiental una excepción adicional?*

Una vez visto lo anterior, es necesario analizar si el Derecho Ambiental tiene un contenido intangible, cuya modificación está limitada con el fin de evitar una posible regresión, tal como afirma PRIEUR⁵¹. Considero que este análisis debe realizarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, el relativo a la intangibilidad del «Derecho Ambiental» como conjunto de normas y rama del ordenamiento; y en segundo lugar, el relativo a la intangibilidad del «Derecho al Ambiente», como Derecho subjetivo.

En relación con la primera cuestión, ya señalé con anterioridad que el Derecho Ambiental tiene una finalidad específica, cuyo desarrollo incuestionablemente va de la mano con la ciencia, las mejores tecnologías disponibles (BAT, por sus siglas en inglés), entre otros aspectos. Esta dependencia del futuro del desarrollo de la ciencia y su aplicación tecnológica⁵², expone a las sociedades a nuevos riesgos e incertidumbres⁵³, que derivan de estos avances y

⁵¹ El autor se pregunta si el Derecho Ambiental conlleva unas normas intangibles valedoras de una cláusula de «eternidad» tal como las que se han expuesto. Para el autor, la respuesta es afirmativa, pues el Derecho Ambiental contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al más intangible de los derechos humanos: el derecho a la vida, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el planeta debido a las múltiples degradaciones del medio de vida de los seres vivos. Afirma entonces que el Derecho Ambiental tiene una esencia intangible, por un lado, por que lo identifica como un Derecho del Hombre, y por otro, porque cualquier regresión en sus niveles de protección atenta contra el derecho que tienen las generaciones futuras (2010, p. 120).

⁵² Para un análisis de las relaciones entre ciencia y derecho, cfr. ESTEVE PARDO (2009), *in totum*.

⁵³ Para un estudio a profundidad de la Sociedad del Riesgo, cfr. BECK (2009), *in totum*.

de la propia complejidad del conocimiento científico, cuestiones sobre las que profundizaré más adelante.

Además de estas cuestiones, existen coyunturas como las crisis económicas, o problemáticas como el cambio climático, las nuevas energías, las células madres, la valoración científica de nuevos riesgos para la salud y para el medio ambiente, alimentos transgénicos, entre otros; que exigen una respuesta y una actualización de contenidos por parte del Derecho Ambiental⁵⁴. De esta manera, las normas ambientales deben poder responder y actualizarse en la medida en que van surgiendo nuevas y mejores formas de cumplir sus objetivos, por lo que no resultaría adecuado apartarse del principio de mutabilidad de la ley, ni hablar de una intangibilidad del Derecho Ambiental⁵⁵. Es más, podría decirse que un Derecho Ambiental más rígido iría en contra del cumplimiento de los objetivos para los cuales han sido diseñadas sus normas⁵⁶.

Ahora, en relación con la segunda cuestión, la intangibilidad del «Derecho al Ambiente» tiene que ver con la identificación de un contenido mínimo o núcleo fundamental de dicho derecho, cuestión que analizaré en capítulos posteriores. Adelanto desde ahora, que podría hablarse de la existencia de un contenido mínimo del Derecho al Ambiente, el cual si podrá gozar de cierta intangibilidad, y en mi opinión, aquí es donde podría encontrarse la relación con la No Regresión, pues, en principio, será regresiva aquella modificación normativa que atente contra el contenido esencial del derecho, aunque como se verá, será necesario precisar estas cuestiones. En todo caso, el problema estará en la determinación de ese núcleo o contenido esencial.

⁵⁴ EMBID IRUJO, al exponer el Derecho de Aguas del Siglo XXI, resalta el papel del cambio climático y de la crisis hídrica y ambiental, que marcarán el contenido del futuro del Derecho de Aguas, el cual deberá responder con flexibilidad, dinamismo, y una evolución rápida y adaptativa (2011b, pp. 9 y ss.).

⁵⁵ Esto explica, por ejemplo para el caso colombiano, la razón por la cual la mayor parte de asuntos específicos del Derecho Ambiental se encuentre regulada por medio de Decretos y Resoluciones y no por medio de Leyes ordinarias, cuya actualización y adaptación a nuevas realidades supondría un trámite extenso y engorroso por parte del legislativo.

⁵⁶ Adicionalmente, se adelanta que tampoco resultará fácil identificar cuándo y cómo es regresiva una norma, pues las cuestiones jurídicas son complejas, y no siempre se identifican con claridad los criterios a partir de los cuales se debe medir la supuesta regresividad, como se analizará en su momento.

En otras palabras, la intangibilidad o inmutabilidad se predicará del núcleo esencial del derecho, mas no del ordenamiento jurídico ambiental. Pueden variar las formas jurídicas de proteger el medio ambiente y los recursos naturales, pero dicha variación no podrá disminuir o afectar, injustificadamente, el contenido mínimo del derecho⁵⁷. Así, no creo necesario hablar de una «cláusula pétrea en el Derecho Ambiental», pues la petrificación de este ordenamiento jurídico atentará contra los fines mismos de sus normas⁵⁸.

Concluyo este análisis, con dos argumentos de dos juristas, en dos tiempos y contextos diferentes y ajenos entre sí, pero cuyas ideas sorprenden por su actualidad y vigencia, demostrando la importancia de la evolución del Derecho a través del tiempo. En primer lugar, THOMAS PAINE que en el siglo XVIII, expresaba ya que ninguna generación de hombres, en ningún país, puede tener el derecho ni el poder de vincular y controlar la posteridad hasta el «fin de los tiempos», o de disponer por siempre la forma cómo el mundo debe ser gobernado, o por quién, pues toda generación debe ser libre para actuar por sí misma, así como la generación que le precedió (*Les droits de l'homme*, 1792). Y en segundo lugar FRIEDMANN, quien apropiadamente expuso que el hecho de que el contenido del imperio del Derecho no pueda ser determinado para todos los tiempos y todas las circunstancias no es motivo para lamentarse, sino para alegrarse, pues sería trágico que el Derecho estuviera tan petrificado que no pudiera responder a las incitaciones de los cambios evolutivos y revolucionarios de la sociedad⁵⁹.

⁵⁷ No obstante, como más adelante expondré, no resulta apropiado hablar de «núcleo esencial del Derecho al Ambiente», sino de «nivel de protección ambiental alcanzado».

⁵⁸ Para ESAÍN este argumento también ofrece varios reparos, pues afirma que no es necesario relativizar la regla democrática, ya que no considera la no regresión tal como se formula. Opina el autor que la no regresión implicará la incursión de un nuevo estándar de análisis de la razonabilidad de las normas de policía ambiental, pero no la considera con la pretensión de rigidez máxima o extrema como parecer ser formulada, pues esto haría colisionar la estructura de la disciplina con el espacio de la democracia constitucional, cuestión que se verá más adelante (2013, p. 27).

⁵⁹ Cfr. FRIEDMANN (1966, p. 512).

3. *El Principio de Progresividad de los Derechos Humanos y su aplicación al Derecho al Ambiente como fundamento del Principio de No Regresión en materia ambiental*

A primera vista, la construcción de este fundamento del Principio de No Regresión en materia ambiental parece muy sencilla: Si el Principio de Progresividad (que contiene la obligación de no regresividad) es una herramienta de protección que se aplica a los Derechos Fundamentales, y el Derecho al Ambiente es un Derecho Fundamental, pues el Principio de Progresividad se aplicará al Derecho al Ambiente. No obstante, es necesario un análisis cuidadoso de estas premisas, para identificar los matices presentes en esta argumentación, estudio que abordaré a continuación.

Antes de empezar el análisis de los elementos principales de este fundamento, es necesario indicar que la mayoría de la doctrina que ha tratado el tema del Principio de No Regresión en materia ambiental, ha encontrado en este punto el verdadero fundamento de este principio, empezando por PRIEUR quien estudia «la no regresión reforzada gracias a los Derechos Humanos», y señala que de la forma como están consagrados estos Derechos, surgen para los Estados obligaciones positivas, derivadas de la finalidad de los mismos de «favorecer el progreso social e instaurar mejores condiciones de vida», obligaciones positivas que se pueden trasladar al Derecho Ambiental. El autor afirma que un Derecho Ambiental no regresivo, y obligatoriamente progresivo se apoya en un «cambio cualitativo principal»: la consagración del medio ambiente como un nuevo Derecho del Hombre que al convertirse en un Derecho Fundamental se beneficiará de herramientas como la obligación de progresividad o de avance continuo asociadas a los Derechos Humanos, que se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión, que repercutirá sobre el Derecho al Ambiente⁶⁰.

⁶⁰ PRIEUR concluye que «la no regresión de los derechos humanos generalizada de esta manera, de forma bastante discreta, probablemente para no enfrentarse a los positivistas, al tiempo que satisface a los moralistas, está destinada a reflejarse de forma inevitable en el derecho ambiental como nuevo derecho del hombre. La aparición de este nuevo principio aplicable al medio ambiente coincide totalmente con el carácter finalista y voluntarista de dicho derecho e incluso podría recibir menos objeciones y resistencias que la no regresión en el ámbito social» (2010, p. 61). Agrega que la idea de «garantizar un desarrollo continuo y progresivo de las modalidades de ejercicio del derecho al ambiente hasta los niveles más

En el mismo sentido, otros autores han encontrado en el Principio de Progresividad el fundamento del Principio de No Regresión en Derecho Ambiental. Por ejemplo, en el derecho argentino CAFFERATTA analiza la reformulación del Principio de Progresividad de la Ley General del Ambiente argentina (Ley 25,675)⁶¹. El autor asimila los conceptos de progresividad y no regresión, y señala que del Principio de Progresividad derivan dos sub principios; en primer lugar, la proporcionalidad, referida a la razonabilidad en los tiempos que insumen los cambios impuestos por la normativa, el equilibrio de medios y fines, la equidad; en suma, la viabilidad en el cumplimiento de las exigencias. En segundo lugar, la gradualidad, principio reconocido en la Ley Provincial del Medio Ambiente de la Provincia de Salta (Ley 7070/2000) que señala que dadas las condiciones económicas y culturales de la Provincia, la degradación de la calidad ambiental no puede ser superada de un día para otro, por lo tanto la autoridad pública y la sociedad civil deberán cooperar con las empresas públicas y privadas para implementar las medidas de control, contención y prevención del daño ambiental. El cambio debe ser incremental para permitir un gerenciamiento y manejos adaptativos⁶².

Las autoras BERROS y SBRESSO, también en relación con el artículo 4 de la Ley argentina, señalan que en pos de la protección del ambiente, las medidas a adoptarse deben ser progresivas, graduales, escalonadas, indicándose el modo mediante el cual el Estado

elevados de su eficacia puede parecer utópica, pues la máxima eficacia es la contaminación cero, aunque se sabe que no es posible. Sin embargo, entre la contaminación cero y el uso de las mejores tecnologías disponibles para reducir la contaminación existente, hay un margen de maniobra importante. En consecuencia, la no regresión se situará entre la máxima descontaminación posible (que evolucionará con el tiempo gracias a los avances científicos y tecnológicos) y el nivel mínimo de protección del medio ambiente, que también evoluciona, por su parte, de forma constante. Un retroceso hoy no habría constituido un retroceso en el pasado. La aplicación concreta del Principio de No Regresión, que deberá precisar los límites para la no regresión, deberá producirse en el plano del derecho nacional» (2010, p. 93).

⁶¹ Artículo 4.º: «La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos».

⁶² CAFFERATTA (2012, p. 13).

puede, vía su poder de policía en la materia, disponer de mandatos que se traduzcan eventualmente en límites en el ejercicio de derechos de índole individual frente a objetivos supraindividuales tendientes a la protección ambiental⁶³. Agregan que si bien la idea de regresividad surge de la mano del principio de progresividad en los derechos humanos, en el ámbito ambiental existe una conceptualización más claramente vinculada a lo temporal a diferencia de lo que sucede en los primeros que poseen una orientación material más fuerte.

Por su parte, ESAÍN parte del Derecho al Ambiente como un Derecho Fundamental, lo que determina el enfoque de su exposición. Toma la noción de no regresión existente en el Sistema de Derechos Humanos, y la traduce al Derecho Ambiental (siguiendo a COURTIS), y afirma que la no regresión constituye una limitación sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación del derecho al ambiente. Con ella se veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel de protección del ambiente alcanzado, del que goza la población. En relación con la fundamentación del Principio de No Regresión, ESAÍN encuentra dicho fundamento en la progresividad de los derechos humanos, de los que el Derecho al Ambiente forma parte⁶⁴. Favorecer el progreso social, ordenar a los

⁶³ BERROS y SBRESSO explican también que «la noción de progresividad se estructura con base en una referencia temporal: de un lado, una situación determinada en un momento concreto, una suerte de vínculo con el pasado y presente como punto de partida; por otro lado, un objetivo ambiental de protección de máxima situado en el futuro. En medio de ambos polos se encuadra una referencia de índole temporal. En este marco, el objetivo de protección del ambiente es la finalidad del principio de progresividad, pero no parecen existir referencias a la imposibilidad de regresión sino a la imposibilidad de arribar a un objetivo protectorio de manera inmediata» (2012, p. 383). Es decir, estas autoras diferencian entre progresividad y no regresión, y les tratan como cuestiones diferentes.

⁶⁴ Para ESAÍN, la fundamentación de la no regresión está compuesta por tres elementos, «en primer lugar, una cuestión temporal, pues el reconocimiento de los derechos sociales conlleva una vocación de estabilidad, por lo que se debe establecer un principio que considere de manera negativa los retrocesos en el nivel de protección del ambiente. En segundo lugar, una cuestión material, relativa al contenido del principio del Estado en el marco del desarrollo sostenible, pues los contenidos abrazados por las políticas (tanto las de fomento como las de policía) que tienden a proteger el bien colectivo ambiente y a mutar el modelo de desarrollo, no pueden perderse, relativizarse o retrocederse. Finalmente, traza el fundamento de la no regresión desde el “volumen de transferencia” para con las generaciones futuras, y

Estados a avanzar de manera progresiva en el goce cada vez más acabado del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado implica que los esfuerzos de protección —tanto las limitaciones de derechos individuales como las medidas de acción positiva del Estado— se deberán dar de manera gradual —para no afectar drásticamente los derechos individuales de propiedad o industria lícita— pero sin retrocesos⁶⁵.

Ahora bien, para la construcción del fundamento del Principio de No Regresión partiendo del Principio de Progresividad, es necesario tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, se debe partir por analizar si el Derecho al Ambiente es un Derecho Fundamental, tal como parecen aceptar sin más precisiones algunos autores. De aceptarse que el Derecho al Ambiente es un Derecho Fundamental, habría que analizar, en segundo lugar, la posibilidad de extender las herramientas existentes para garantizar la protección y eficacia de los Derechos Humanos, como es el caso de la obligación de desarrollo progresivo, o Principio de Progresividad⁶⁶. Finalmente, será necesario señalar algunas pautas para extender y aplicar la progresividad al Derecho al Ambiente, de la cual se derivará la no regresión, con el fin de descubrir una fundamentación específica que atienda a la lógica de protección del Derecho Ambiental. Esta fundamentación específica requerirá, en primer lugar, determinar los valores mínimos, o el contenido esencial del Derecho al Am-

proyecta al Principio de Progresividad como el lazo entre derechos de primera y de tercera generación» (2013, pp. 29 y ss.).

⁶⁵ El autor opina que el análisis sobre este aspecto del poder de policía ambiental se dará en el ámbito de la razonabilidad, como se verá más adelante y, de este modo, si una medida administrativa, legislativa o judicial, que significa limitación de derechos particulares o fomento, implica un cambio drástico —contrario a la gradualidad— o un retroceso —contrario a la no regresión— será considerado antijurídico o contrario a los pactos que reglan este principio y, por tanto, arbitrario e ilegal. Considera que como «el derecho al ambiente es un derecho humano fundamental, habrá que considerar desde este prisma de la no regresión cualquier regla nueva que quite o limite el nivel de protección a dicha prerrogativa» (2013, p. 28).

⁶⁶ Algunos autores asimilan progresividad y no regresión, tratándolos como conceptos sinónimos e intercambiables (JUSTE RUIZ, CAFFERATTA), mientras que otros autores, la mayoría, los diferencian conceptualmente, argumentando casi siempre que se trata de las dos caras de una misma moneda (ESAIN, PEÑA, PRIEUR, BERROS, SBRESSO, MORO, DE SALLES CAVEDON).

biente, y en segundo lugar, identificar el volumen mínimo de transferencia a las generaciones futuras. Lo anterior permitirá evaluar las medidas supuestamente regresivas, y establecer pautas a seguir para su tratamiento.

Los primeros dos asuntos, el Derecho al Ambiente como Derecho Fundamental y el Principio de Progresividad como Principio de No Regresión, los trataré a continuación, con el fin de determinar si efectivamente el Derecho al Ambiente es un Derecho Fundamental que impone a los Estados una obligación de desarrollo progresivo, de la cual se deriva la no regresión. Lo relacionado con los valores mínimos, el contenido esencial, el volumen de transferencia a las generaciones futuras y la evaluación de las medidas supuestamente regresivas, lo examinaré en capítulos posteriores.

A) *El Derecho al Ambiente como Derecho Fundamental*

Este documento no tiene por objeto profundizar en la inabarcable polémica existente alrededor de la categorización del Derecho al Ambiente y la búsqueda de su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, como se verá, la clave del asunto está en la relatividad que caracteriza la protección de este derecho por vías jurídicas. Dicho lo anterior, hay que reconocer que la tendencia de este debate se encamina hacia su reconocimiento como Derecho Fundamental, eso sí, con ciertos matices, como expondré a continuación.

Igualmente, en los últimos años se ha empezado a hablar de la ecologización de los Derechos Fundamentales, pues se ha venido insistiendo en la vinculación entre medio ambiente y Derechos Fundamentales, que puede verse como derivación del hecho de que la existencia y la salud humana, protegidas jurídicamente como el derecho a la vida y el derecho a la salud, dependen de las condiciones ambientales. Este panorama ha generado un debate en la comunidad jurídica, en el que un sector aboga por la necesidad de reconocer un derecho fundamental al ambiente, como un medio para lograr la protección ambiental y el aseguramiento del derecho a la vida. Otro sector, por el contrario, niega la necesidad de reconocer este derecho como fundamental, centrándose en la vaguedad de su contenido, su relatividad, la ubicación constitucional del mismo y los problemas para su aplicación, entre otros argumentos.

Entonces, los ordenamientos nacionales y la comunidad y el derecho internacional han adoptado como tendencia una posición intermedia garantizando derechos ambientales⁶⁷, en vez de un Derecho al Ambiente como tal, cuestión sobre la que profundizaré más adelante.

Antes de abordar el tema del Derecho al Ambiente específicamente, resulta necesario hacer una breve referencia a la categorización de los Derechos y la evolución de dichas categorías. La reivindicación del derecho al medio ambiente se llevó a cabo en el marco de los que se han denominado «nuevos derechos», encuadrados en una determinada generación. PÉREZ-LUÑO, explica que la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos, lo que les confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos (derechos de *defensa*). La segunda generación, evidencia la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades existentes, con los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de *participación*). Posteriormente, la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presentó con rasgos novedosos al polarizarse en torno a temas como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, los derechos en la esfera de la biotecnología y respecto de la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida, o a la libertad informática. Con base en lo anterior, estamos ante una tercera generación de derechos humanos, que complementa los catálogos anteriores⁶⁸.

Ciertamente, como expone ANSUÁTEGUI ROIG, el discurso referido a las generaciones de derechos, si bien presenta evidentes virtualidades explicativas o expositivas, puede plantear problemas al

⁶⁷ El término «derechos ambientales» (*environmental rights*) es usado para designar derechos humanos que se protegen específicamente en el contexto de la protección ambiental, tales como libertad de asociación, derecho de acceso a la información, derecho de participación y debido proceso. Cfr. KISS y SHELTON (1994, p. 44).

⁶⁸ PÉREZ-LUÑO (2006, pp. 27 y ss.). Por su parte, RODRÍGUEZ PALOP (2010) habla de una «cuarta generación» de derechos, en la que incluye el derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos, y al patrimonio común de la humanidad.

momento de intentar marcar diferencias netas y claras entre estas generaciones⁶⁹. Afirma, con razón, que la alusión a las generaciones de derechos sirve para explicar las condiciones, rasgos y circunstancias en las que la evolución histórica de los derechos se produce. De esta manera, como se ha visto, el escenario en que se produce la preocupación por las condiciones del medio ambiente se caracteriza por el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la expansión de los niveles de población y de consumo humano, entre otras amenazas. En este contexto, las cuestiones ambientales empiezan a incidir en asuntos que anteriormente no tenían en cuenta estos parámetros, y el campo de los derechos humanos no ha sido una excepción, por lo que se ha venido insistiendo en la necesidad de releer los derechos humanos a la luz de una perspectiva ambiental⁷⁰. No obstante la utilidad académica de esta clasificación, en la práctica cada vez es más frecuente la dificultad para delimitar tajantemente la esfera y protección de los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los colectivos. Incluso, la jurisprudencia colombiana ha comenzado a percibir nuevas fisuras en la distinción tajante entre derechos fundamentales y derechos sociales⁷¹, como se verá en las páginas siguientes.

⁶⁹ Otra categorización tradicional de los derechos es aquella que diferencia entre Derechos Civiles y Políticos (Derechos de Primera Generación) y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Derechos de Segunda Generación). A este respecto opina NIKKEN, que una distinción ontológica, o incluso estructural, entre distintas categorías de derechos humanos, en orden a su exigibilidad o a su vigor, tropieza con la unidad e indivisibilidad de la dignidad humana. Como en temprana hora lo expresó la Asamblea General de las Naciones Unidas, «el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre». Casi 40 años después, en los Principios de Limburgo se dijo: «*Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales*». Por esa misma razón conceptual, una distinción fundada sobre una hipotética diferencia de naturaleza entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, adversa una de las notas características de los derechos humanos mismos, como lo es su indivisibilidad e interdependencia (2010, p. 113).

⁷⁰ ANSUÁTEGUI ROIG (2009, pp. 17 y ss.).

⁷¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-428 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.

Con el fin de precisar la naturaleza del Derecho al Ambiente en distintos ordenamientos, a continuación examinaré sucintamente la manera como se ha incorporado este derecho, su protección y eficacia en algunos sistemas jurídicos.

En primer lugar, en el *Derecho Ambiental Internacional*, el origen del reconocimiento del vínculo existente entre el medio ambiente y los derechos fundamentales puede situarse en la Declaración adoptada en la Conferencia de Estocolmo (1972), cuyo primer principio afirma que «el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y al disfrute de condiciones adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones futuras». Por su parte, la Declaración de Río de 1992 establece las bases sobre las cuales los Estados y los pueblos tienen que cooperar para una «mayor consolidación del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible» (principio 27), y concretó algunas de las actuaciones que han de acometer los Estados para hacer real y efectivo el derecho de los seres humanos a una «vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza» (principio 1).

En segundo lugar, en relación con los *Sistemas Regionales de Derechos Humanos*, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, no reconoce, en ninguna de sus disposiciones, ni en las de sus Protocolos, derecho alguno al medio ambiente, o a un medio ambiente sano o adecuado, ni siquiera un derecho a un «nivel de vida» suficiente para la salud, tal como constata MORTE. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano encargado de la aplicación e interpretación del Convenio, al que siempre define como un «instrumento vivo», ha venido protegiendo indirectamente este derecho a través de su jurisprudencia, ligándolo con alguno de los derechos que sí están protegido por el Convenio, y en particular, con el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, pero también, aunque de forma más embrionaria, con el derecho a la vida o el derecho a la propiedad privada⁷².

Una sentencia fundamental para este asunto es el caso *López-Ostra c. España* (sentencia de 9 de diciembre de 1994), en el que

⁷² MORTE (2008, p. 352).

el TEDH por primera vez vincula la protección del medio ambiente con el respeto a la vida privada y familiar y al domicilio del artículo 8 del Convenio. De esta manera, el TEDH incluye en el ámbito de protección del Convenio al derecho a un medio ambiente adecuado, pues si bien no se encuentra directamente reconocido por sus preceptos, se entenderá que en la medida en que un ataque al medio ambiente lesione o limite en gran medida el disfrute de determinados derechos que si se encuentran reconocidos, los órganos garantes del Convenio podrán entender de las agresiones ambientales determinantes de su lesión⁷³. Esta doctrina se ha visto corroborada por varias sentencias posteriores, como por ejemplo el caso *Moreno Gómez c. España* (Sentencia de 16 de noviembre de 2004).

Por otra parte, en el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, la normativa originaria que conforma este sistema (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana —Pacto de San José—), no consagra expresamente el derecho humano a un medio ambiente adecuado. Pero si ha sido reconocido como tal por el artículo 11⁷⁴ del Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene como objetivo «incluir progresivamente en el régimen de protección de la Convención otros derechos y libertades». A su vez, y en relación con las obligaciones de los Estados partes, el artículo 1 establece como obligación general el compromiso de que estos derechos progresen «hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo», que es lo que se conoce como Principio de Progresividad.

Entonces, en el marco de protección del Protocolo de San Salvador, se entiende que el medio ambiente sano es un derecho colectivo y, por tanto, parte de los derechos económicos, sociales y culturales⁷⁵. Y de esta manera, en el Sistema Interamericano se ha

⁷³ LOZANO CUTANDA (2010, p. 111).

⁷⁴ Artículo 11: «1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

⁷⁵ Sin embargo, esto no puede afirmarse de manera absoluta, pues como explica RODRÍGUEZ RESCIA, tomando en cuenta la indivisibilidad de los derechos humanos, es evidente que la protección del medio ambiente, por su amplitud y

procedido a realizar un reconocimiento «indirecto», por vía interpretativa, del derecho a gozar de un ambiente sano, que surge como consecuencia de la tarea que lleva a cabo la Corte Interamericana en virtud de la atribución conferida por la Convención Americana para resolver en materia de «interpretación o aplicación de dicha Convención»⁷⁶.

Por último, en relación con los *ordenamientos nacionales*, se hará referencia específicamente a los ordenamientos español y colombiano. En el ordenamiento español, por ejemplo, el artículo 45 de la Constitución Española de 1978 ha recogido la preocupación social por la calidad de vida y la defensa del medio ambiente, precepto constitucional que se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica que conforman el Capítulo Tercero del Título I, y que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.3 de la misma, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»⁷⁷.

Se trata de principios o valores informadores del ordenamiento jurídico pero que no son susceptibles de amparo constitucional, pues exclusivamente aquellos preceptos constitucionales a los que expresamente se refiere el artículo 53.3⁷⁸ de la Constitución son suscep-

ámbito de abstracción, trasciende los límites de la subjetividad clásica para ser un derecho individual, pasando por afectación a grupos colectivos nacionales o colectivos en situación especial como pueblos indígenas, hasta dimensionarse hacia toda la humanidad e, incluso, futuras generaciones. La especificidad del derecho al medio ambiente sano es de tal magnitud, que no puede existir «sentido de apropiación» por una sola persona. Por ello, en ocasiones se le ubica como un interés difuso, pero es inevitable que también pueda tener características de derecho claramente subjetivo, dependiendo del caso en que nos encontremos (2003, p. 3).

⁷⁶ Cfr. PINTO y ANDINO (2008, p. 529). Los autores citan las sentencias *Awas Tingi vs. Nicaragua*; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, entre otros.

⁷⁷ Artículo 45: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

⁷⁸ Artículo 53: «(...) 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y suma-

tibles del recurso de amparo, tesis que ha sido expuesta por la jurisprudencia⁷⁹. Entonces, de la ubicación del medio ambiente en el texto constitucional se puede afirmar que no se reconoce como derecho fundamental, al efecto de interponer en su defensa el recurso de amparo. Además, la regulación del medio ambiente no está sometida a reserva de Ley Orgánica del artículo 81, tampoco le es aplicable el principio de reserva de ley ni de garantía de su contenido esencial, que el artículo 53.1 reserva únicamente a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, asunto sobre el cual profundizaré más adelante.

No obstante, la configuración constitucional del medio ambiente en España no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, pues un sector mayoritario niega la existencia de un derecho al ambiente con base constitucional en el derecho español, y afirma que se está ante un principio rector⁸⁰, y su desarrollo dependerá de lo que indiquen las leyes que desarrollan los principios rectores de la política social y económica⁸¹. Pero también existen autores que defienden la existencia de este derecho fundamental, aunque con características propias⁸², sector minoritario en el ordenamiento español.

No obstante, se afirma que el hecho de que el medio ambiente no esté configurado como derecho fundamental, sino que —al igual que los demás derechos económicos y sociales— como un bien o

riedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 (...).

⁷⁹ STC 4/1989, de 18 de enero, y 161/1987 de 27 de octubre. ATC 940/1985, de 18 de diciembre, STC 199/1996, de 3 de diciembre, entre otras. Cfr. LOZANO CUTANDA (2010, p. 99).

⁸⁰ Este tratamiento resulta coherente con la naturaleza del bien jurídico medio ambiente, en palabras de LOZANO CUTANDA, pues no puede construirse únicamente como un ámbito jurídico atribuible a la disposición individual, por las propias exigencias derivadas de su protección como bien jurídico colectivo, y por los problemas estructurante que plantea la definición de su ámbito de protección (2010, p. 100).

⁸¹ En este sentido, EMBID IRUJO (2008); EMBID IRUJO y EMBID TELLO (2006); LOZANO CUTANDA (2010, 2012, 2014); ORTEGA ÁLVAREZ (2013), entre otros.

⁸² Es el caso de LOPERENA ROTA (1996), que lo concibe como un derecho fundamental no instrumental, es decir, sin garantía de amparo, lo que da la idea de un derecho fundamental *sui generis*, situado en un plano distinto al resto de los derechos fundamentales.

interés colectivo informador del ordenamiento jurídico, no significa en modo alguno que su proclamación en el texto constitucional carezca de operatividad normativa directa, ya que puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y como límite de otros derechos⁸³. Además, el medio ambiente puede aparecer protegido como derecho fundamental como contenido de otros derechos, tesis acogida por la jurisprudencia, como ya mencioné⁸⁴.

De otro lado, en el ordenamiento colombiano, el artículo 79 de la Constitución Política de 1991 establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. Este reconocimiento se encuentra en el Título II, de los Derechos, Garantías y Deberes, en el Capítulo 3, de los Derechos Colectivos y del Ambiente, por lo que de entrada, no parece haber duda acerca de su naturaleza de derecho, y específicamente de derecho colectivo, dada su ubicación constitucional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana así lo ha entendido, pues señaló que el derecho a gozar de un ambiente sano tiene una doble connotación: como derecho colectivo y como derecho subjetivo de todo ser humano: *«El derecho a un ambiente sano sólo puede ser concebido como un derecho colectivo. Sin embargo, lo cierto es que la Corte Constitucional en su jurisprudencia le ha reconocido que el goce efectivo de muchos otros derechos individuales, como por ejemplo, los derechos a la vida, a la salud y a la intimidad, depende de que se proteja y garantice el medio ambiente. En este sentido, el derecho a gozar de un ambiente sano es también un derecho subjetivo de todo ser humano, en tanto se considera titular del derecho a vivir sanamente y sin injerencias indebidas»*⁸⁵.

Entonces, aunque en Colombia este derecho está enmarcado como un derecho colectivo, existe sustento jurisprudencial y doc-

⁸³ En esto coinciden IBÁÑEZ MACÍAS (2007), LOZANO CUTANDA (2010, 2012), ORTEGA ÁLVAREZ (2013), y BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b).

⁸⁴ Por ejemplo, STC 119/2001 de 24 de mayo, en la que siguiendo la línea del TEDH, en el caso López Ostra (Sentencia de 9 de diciembre de 1994), ha declarado que el ruido puede afectar tanto al derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, como al derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 18 CE. LOZANO CUTANDA (2010, p. 109) habla de la «ecologización» de los derechos fundamentales reconocidos en estos artículos 15 y 18 de la CE. Cfr. LOZANO CUTANDA (2002, 2008).

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-271 de 2010. MP: María Victoria Calle Correa.

trinal para considerarlo un verdadero derecho fundamental, cuyo contenido esencial es el desarrollo sostenible⁸⁶, asunto sobre el cual profundizaré en capítulos siguientes.

Vemos entonces que no existe homogeneidad sobre la naturaleza jurídica del derecho al ambiente en los distintos ordenamientos analizados, y en la mayoría de los casos se ha llegado a su protección por circunstancias específicas, principalmente cuando de su lesión se derive la lesión de un derecho reconocido como fundamental. Dada la naturaleza de este derecho, no es posible perfilar una categorización definitiva, y en cada caso, las circunstancias especiales determinarán el tipo de protección que corresponda, de ahí la relatividad que caracteriza su configuración jurídica⁸⁷. No obstante, la

⁸⁶ Explica AMAYA NAVAS (2012, p. 226 y ss.) que la jurisprudencia colombiana recorrió un camino hacia el reconocimiento del derecho fundamental a gozar de un ambiente sano, especialmente en relación con su efectividad jurídica. En una primera etapa, la protección del medio ambiente en Colombia estaba limitada a las acciones populares, como instrumento diseñado para la protección de los derechos colectivos (Ley 472 de 1998). En un segundo momento, se fortalece el carácter de derecho colectivo fundamental de este derecho, y se empieza a consolidar la conexividad, como herramienta jurídica para extender la protección propia de los derechos fundamentales (acción de tutela) al derecho al medio ambiente, cuando con la vulneración de un derecho constitucional fundamental, como la vida o la salud, procederá la acción de tutela para su protección, por virtud de la mayor jerarquía que ostentan los derechos fundamentales dentro de la órbita constitucional. Con estos desarrollos, en una tercera etapa se termina de fortalecer este carácter fundamental, y se empieza a vislumbrar la posibilidad de afianzar su naturaleza autónoma. Concluye el autor explicando que si bien la Corte Constitucional le otorgó el carácter de fundamental al derecho a gozar de un ambiente sano, lo hizo por razones circunstanciales, invocando en los casos concretos conexividad con el derecho a la salud, a la vida, a la intimidad, o cualquier otro derecho de primera generación. Si bien se trata de un planteamiento acertado, el autor considera que es el desarrollo sostenible el elemento esencial para configurar la verdadera naturaleza fundamental del derecho a gozar de un ambiente sano, con carácter de generalidad y permanencia, sin depender de cualquier otro derecho por importante que sea.

⁸⁷ SIMÓN YARZA, afirma que la protección constitucional más adecuada del medio ambiente como bien colectivo no es la propia de los derechos fundamentales, sino la de los fines de la actividad estatal o los mandatos objetivos de protección (2012, p. 71). No obstante, muchas veces las formulaciones jurídico-objetivas parecen indicar la existencia de auténticos derechos subjetivos, dado que no son literalmente, como señalan BRANDL y BUNGERT, ni «prototipos de derechos fundamentales, ni prototipos de declaraciones de una política pública» (1992, p. 18). Es lo que ocurre en el derecho español, según SIMÓN YARZA, en donde «la formu-

mayoría de la doctrina coincide en que se trata de un derecho prestacional, de los llamados de tercera generación, y que hace parte de los denominados Derechos Colectivos. No cabe duda de la importancia de este derecho, y la determinación de si se trata o no de un derecho fundamental influirá específicamente en el tipo de mecanismos procesales que garantizarán su protección.

B) *El Principio de Progresividad y su relación con el Principio de No Regresión*

La segunda parte de este análisis consiste en el examen Principio de Progresividad de los Derechos Fundamentales, y su relación con la No Regresión, pues como apunté con anterioridad, este se ha consolidado como el fundamento con más fuerza del Principio de No Regresión.

El Principio de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra contemplado en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966)⁸⁸ y en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)⁸⁹.

lación de cada previsión medioambiental cae en algún lugar en un *continuum* entre el derecho subjetivo fundamental en un extremo, y la declaración objetiva de una política en otra». No es esta la opinión de RODRÍGUEZ PALOP, quien afirma que los derechos ecológicos no tienen como objeto, únicamente, asegurar una relación aceptable entre el hombre y su entorno, a fin de garantizarnos una mejor calidad de vida, o de lograr una protección del medio ambiente más adecuada, sino que exigen mucho más. Señala la autora que si la nueva categoría estuviera orientada exclusivamente a la consecución de tales objetivos no haría falta acogerse a la técnica de los derechos humanos, y bastaría con recurrir a la promulgación de leyes y disposiciones administrativas con las que pudiera hacerse compatible la intangibilidad del sistema y la recepción jurídica de las nuevas exigencias (2010, p. 59).

⁸⁸ Artículo 2.1: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

⁸⁹ Artículo 26: «Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en

La OG n.º 3 de 14 de diciembre de 1990 del Comité DESC, fija su criterio en relación con la índole de las obligaciones de los Estados Parte del Pacto, y en relación con la progresividad, se explicó que aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, una de las cuales consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de «adoptar medidas para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]», compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. Como explica el Comité la expresión «progresiva efectividad», que se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase, «constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo». Además, «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga».

Posteriormente, en 1997, en las «Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales» se insistió que el que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, «no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible». Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la

la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

plena efectividad de los derechos aludidos, y no puede recurrir a las disposiciones relativas a la «aplicación progresiva» del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento.

Completando lo anterior, en el marco específico de América Latina, en la «Declaración de Quito sobre la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales» (1998), se señaló que el Estado tiene la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad, que consiste en el deber que tiene el Estado de *«encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos»*. Se prohíbe al Estado la implementación de políticas regresivas, entendiéndose por tales *«aquellas que tengan por objeto o como efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales»*. En este sentido se explica que, en primer lugar, *«las normas reglamentarias aparentemente regresivas conllevan una presunción de invalidez que obliga al Estado a justificarlas plenamente bajo condiciones de escrutinio estricto»*; y en segundo lugar, que la progresividad implica que los Estados *«fijen de manera inmediata estrategias y metas para lograr la vigencia plena de los DESC, con un sistema verificable de indicadores que permitan una supervisión desde los sectores sociales; y la aplicación inmediata de los contenidos mínimos de los DESC para garantizar una vida digna y unas condiciones mínimas de subsistencia»*.

De los instrumentos internacionales analizados se pueden extraer algunas características esenciales del Principio de Progresividad, según lo dispuesto en el artículo 2.1 del PIDESC. En primer lugar, consiste en una *obligación positiva* para los Estados de adoptar medidas inmediatas y conducentes para el respeto, protección y aseguramiento de los DESC. Esta obligación contiene a su vez una serie de obligaciones más específicas, dentro de las cuales se encuentran: adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga; mejorar continuamente el disfrute de los derechos, dar prioridad a los derechos humanos en la distribución de recursos disponibles, buscar *«a través de todos los medios apropiados»* la plena efectividad de los derechos, medir el estado de disfrute de los DESC y elaborar un plan de acción para su implementación y puesta en práctica,

y finalmente de asegurar un contenido mínimo para cada uno de los derechos⁹⁰.

En segundo lugar, el hecho de que la consecución de la efectividad de los derechos se realice progresivamente no podrá servir de pretexto de incumplimiento, sino que existen medidas y obligaciones de aplicación inmediata. Es claro que no se trata de una obligación a futuro, pues cualquier que sea el nivel de desarrollo de los Estados están obligados a adoptar medidas y a continuar adaptándolas desde la entrada en vigor del Pacto. Entonces, la realización progresiva supone un *continuo avance*, de la manera más continuada y sin interrupciones que sea posible.

Estas dos características fueron señaladas por COURTIS, uno de los autores que más ha tratado el tema en América Latina, quien explica que la noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*, y que como se ha visto, implica que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo, lo que no debe ser malinterpretado en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para los países la plena realización de este grupo de derechos⁹¹. El segundo sentido consiste en el *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En este mismo sentido, el PIDESC, en su artículo 11.1 establece que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

⁹⁰ Todas estas obligaciones se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, y se caracterizan por el hecho de que se aplican uniformemente a todos los Estados Parte, sin importar el nivel de desarrollo que tengan, puesto que no están condicionadas a la existencia de recursos como expone SEPÚLVEDA (2006, p. 119).

⁹¹ COURTIS (2006, p. 8).

En tercer lugar, de la obligación de avance o progreso continuo, se deriva la obligación de *no regresividad* como obligación mínima asumida por el Estado, que se concreta en la prohibición de adoptar políticas y medidas, y en consecuencia, de promulgar normas jurídicas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora «progresiva». Dado que el Estado asume la obligación de 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 existentes⁹².

Finalmente, en cuarto lugar, de los instrumentos vistos se desprende una *presunción de invalidez* respecto de las medidas que las partes denunciadas logren exponer como «regresivas» en materia de DESC⁹³. Es decir, el Estado debe demostrar que la medida se ha adoptado después de realizar un examen exhaustivo de las alternativas posibles, que está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto, que se hizo un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles del Estado⁹⁴.

Parece ser entonces, que en materia de DESC, el Principio de Progresividad consagrado en los instrumentos internacionales ana-

⁹² Así lo señala COURTIS (2006, pp. 9 y ss.). Sobre el contenido de la obligación de no regresividad, tanto en DESC como en materia ambiental, volveré en el siguiente capítulo, como eje central de la investigación.

⁹³ Según MORO, la OG n.º 14 contiene una presunción *absoluta* de invalidez respecto de toda medida que implique retroceso en materia de los contenidos mínimos de los derechos; y una presunción *fuerte* de invalidez cuando se afectan los derechos por fuera del «coto vedado» de los contenidos mínimos. Esta presunción fuerte significa que el Estado deberá superar un escrutinio estricto sobre la razonabilidad de su medida. Se trata a la regresión como una «categoría sospechosa», que sólo puede sostenerse si se demuestra un interés «necesario» de la misma, o sea, que la medida fuera la menos gravosa posible en relación con el fin buscado por el Estado. Señala también el autor citado que para el análisis de las medidas gubernamentales regresivas que tienen una presunción fuerte de invalidez, le corresponde al Estado que la adoptó demostrar que lo hizo para la preservación de la totalidad de los derechos contemplados en el PIDESC, que se trataba de una medida necesaria, y que hizo uso del máximo de los recursos disponibles (2012, p. 105).

⁹⁴ SEPÚLVEDA (2006, pp. 138 y ss.).

lizados contempla efectivamente la no regresión; pues si los Estados tienen la obligación de mejorar las condiciones del ejercicio de los derechos y a moverse tan rápida y efectivamente como sea posible para garantizar su goce efectivo, están asumiendo, a su vez, la prohibición de adoptar medidas que empeoren la situación de los DESC.

Así ha sido entendido por parte de la jurisprudencia colombiana, pues la Corte Constitucional, en numerosos pronunciamientos se ha expresado acerca del Principio de Progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la derivación de la prohibición de regresividad⁹⁵. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de «seguir hacia adelante» en la consecución del goce pleno de estas garantías⁹⁶. Quiere esto decir

⁹⁵ De acuerdo con el artículo 93.2 de la Constitución Política Colombiana señala que *los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*. Esto es lo que se conoce como el Bloque de Constitucionalidad, que está integrado por todos los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos Ratificados por Colombia, dentro de los que se encuentran el PIDESC, El Protocolo de San Salvador, entre otros. Ha dicho la Corte que «todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior», el cual «constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos». Sentencia T-1319 de 2001. MP: Rodrigo Uprimny Yepes.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. C-228 de 2011; MP: Luis Ernesto Vargas Silva. El contenido del principio de progresividad en el ámbito interno ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en un amplio número de pronunciamientos. Ver, entre otros, C-1165 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-1489 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-671 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), C-981 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-038 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-1318 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-507 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-630 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa; S.V. Luis Ernesto Vargas Silva), C-629 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), C-372 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-644 de 2012 (MP. Adriana María Guillén Arango) entre otras.

«que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole». La Corte también acepta que el Principio de Progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, «de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso».

Reitera lo dicho por el Comité, cuando señala que «el alcance del principio de progresividad se reduce, así entendido, al imperativo de aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales, por lo que no puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos».

Además, la jurisprudencia constitucional más reciente ha señalado que el Principio de Progresividad no es solo aplicable a la categoría de los derechos sociales, sino que refiere a la faceta prestacional que tienen todos los derechos constitucionales, bien sean catalogados nominalmente como fundamentales, sociales o colectivos⁹⁷. Del mismo modo, para la Corte estas distintas categorías de

⁹⁷ En pronunciamientos más recientes, la Corte Constitucional ha resaltado la faceta prestacional de los Derechos, ya sean fundamentales, sociales o colectivos, para derivar la aplicación del Principio de Progresividad y Prohibición de la Regresividad. La Corte hizo énfasis en que todos los derechos poseen facetas positivas y negativas, por lo que la expresión «derechos prestacionales» constituye un «error categorial» lo prestacional se predica de determinadas facetas y no del derecho considerado como un todo. [Este carácter polifacético de los derechos fue constatado, principalmente, en las sentencias T-595 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-016 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-760 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)]. Entonces, lo que determina la aplicación de los principios estudiados será la faceta prestacional de cada derecho en cuestión. En la Sentencia T-428 de 2012 (MP: María Victoria Calle Correa) señaló que «el principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las facetas prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual, de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico. Este principio se construyó entonces a partir de la forma en que se estableció el alcance de las obligaciones de los estados parte del Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y, de la

derechos adquieren *carácter iusfundamental* a partir de diversos criterios, relacionados con las particularidades del caso concreto, o su concreción legislativa como un derecho subjetivo. En ese sentido, es errónea la categoría de derechos prestacionales, en oposición a los derechos fundamentales, puesto que todo derecho constitucional tiene facetas de prestación, enmarcadas en la vigencia del Principio de Progresividad⁹⁸.

misma manera, se consideró aplicable, en el ámbito interno, a los “derechos sociales”, bajo la doctrina tradicional de las “generaciones” de derechos. Sin embargo, como se desprende de lo expuesto, todos los derechos tienen contenidos de carácter positivo y negativo, razón por la cual el principio sería aplicable también a las facetas positivas de los derechos tradicionalmente considerados civiles y políticos, cuya aplicación inmediata suele considerarse fuera de discusión. La constatación de que los derechos ubicados históricamente en ese grupo poseen facetas prestacionales, sin embargo, no debe restarles fuerza normativa, sino que permite evidenciar la existencia de componentes prestacionales de los derechos constitucionales que son directamente aplicables y judicialmente exigibles. Esos contenidos no están sometidos entonces al principio de progresividad y constituyen estándares mínimos de protección y corresponde al juez competente analizar, en cada caso, si se enfrenta a una de esas facetas para establecer la procedencia de la acción de tutela y el alcance de las órdenes a impartir». En el mismo sentido, se había pronunciado la Corte en la Sentencia C-372 de 2011 (MP: José Ignacio Pretelt Chaljub), en donde afirmó que «todos los derechos fundamentales, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, implican obligaciones de carácter negativo y positivo. A diferencia de lo que solía afirmar parte de la doctrina, para la Corte no es cierto que solamente los derechos económicos, sociales y culturales tengan contenidos prestacionales; los derechos civiles y políticos también requieren de la adopción de medidas, la destinación de recursos y la creación de instituciones para hacerlos efectivos». Ahora, en lo que se refiere a los derechos colectivos, en el Salvamento de Voto a la Sentencia C-630 de 2011 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), el Magistrado señala que los derechos e intereses colectivos participan de la naturaleza de los derechos sociales y le son aplicables el principio de progresividad y la prohibición de regresividad. Explica que «si bien la protección de los derechos e intereses colectivos tiene, en muchos de los casos, incidencia directa en la eficacia de los derechos sociales, esta relación de interdependencia lleva a concluir, que las acciones populares inciden en la vigencia de los derechos sociales, no concurriendo ningún argumento plausible para negar que las reglas y exigencias constitucionales predicables de los instrumentos de protección de los derechos sociales, también resultan mutatis mutandi aplicables frente a las herramientas destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos, no siendo la acción popular el único mecanismo para proteger los derechos sociales, pero este argumento carece de la fuerza suficiente para concluir que las afectaciones a ese procedimiento constitucional pueden escindirse por completo del principio de progresividad».

⁹⁸ La doctrina también ha empezado a superar esta diferenciación tajante entre las distintas categorías de derechos. SEPÚLVEDA, por ejemplo, rechaza la supuesta dicotomía que, en términos generales, considera que los derechos civiles y políticos imponen sobre los Estados sólo obligaciones negativas (de abstención),

Así, la Corte ha considerado desde el año 2000⁹⁹, el principio de la progresividad y no regresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, como un elemento integrante del parámetro de control de constitucionalidad, siguiendo para ello dos argumentos de forma alternativa. El primero, según el cual dicho Principio integra el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, por mandato del inciso 2.º del artículo 93 Superior, que opera como un dispositivo amplificador de la protección debida a los derechos sociales contenidos en la Constitución. Y el segundo, según el cual dicho Principio cualifica el tipo de obligaciones que adquieren las autoridades públicas del Estado Social de Derecho, cuya nota definitoria es el reconocimiento no retórico de la importancia constitucional, la fundamentalidad y la existencia de garantías propias de los llamados derechos sociales¹⁰⁰.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana podemos constatar la aplicación del Principio de Progresividad, del cual se deriva efectivamente la Prohibición de Regresividad; principios que se aplicarán no solo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino que, como se vio, aplican también para los Derechos Individuales y los Colectivos.

Procede ahora examinar si estos principios se aplican también al Derecho a gozar de un ambiente sano que en el caso colombiano es considerado un Derecho Colectivo, perteneciente a la tercera generación de derechos humanos¹⁰¹. La Corte Constitucional, ya

obligaciones que son consideradas precisas y cuyo cumplimiento no requiere de la utilización de recursos económicos —y que, por lo tanto, los Estados podrían cumplir de manera inmediata— o, por otro lado, se dice que los derechos económicos, sociales y culturales sólo impondrían obligaciones de carácter positivo (un hacer del Estado), obligaciones que se consideran de contenido vago, costosas, y que por lo tanto los Estados sólo pueden cumplir de manera progresiva a través del tiempo. Para un examen más detallado sobre este punto, cfr. SEPÚLVEDA (2005, *in totum*).

⁹⁹ En una sentencia del año 2000 la Corte por primera vez declara la inconstitucionalidad de una ley apelando al principio de progresividad. Sobre la fundamentación de este principio ver consideraciones 1, 3 y 8. En el caso, la Corte consideró regresiva e inconstitucional la disminución del porcentaje de los aportes al sistema subsidiado de seguridad social en salud, vía fondo de seguridad y garantía, ordenada en la Ley 344 de 1996 (C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra).

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. C-228 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰¹ Para ESAIN, la progresividad en materia ambiental también tiene dos caras: por un lado, la progresividad implicará la obligación de adoptar soluciones gradua-

resolvió esta cuestión, y explicó que a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias «*hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*» (negrilla en el original)¹⁰². Entonces, de momento, podemos concluir que por lo menos en Colombia, el derecho a gozar de un ambiente sano si es objeto de la aplicación del Principio de Progresividad y la Prohibición de Regresividad analizados, cuyo contenido en materia ambiental se analizará con detenimiento más adelante.

La misma pregunta habrá que hacerse para el ordenamiento español, en el cual la Constitución también hace remisión a Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos para su correcta interpretación¹⁰³. Hay que señalar que a través del artículo 10.2 de la Constitución, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos en la Constitución Española; y ha sido el

les y dejar de lado cortes drásticos en pro de la protección del entorno, pues como se ha señalado, la protección del ambiente tiene como contrapartida la limitación de derechos individuales, y ella puede comportar una restricción de derechos individuales; entonces la progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación del derecho individual. Y por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado, en cuanto a la protección del ambiente, no puede disminuir sino que debe ser cada vez mayor, sobre todo a la sazón de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos (2013, p. 18).

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido, Sentencia C-123 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos.

¹⁰³ De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española, *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*; dentro de los cuales se encuentra el PIDESC, de escasa incidencia en la labor hermenéutica del TC.

Tribunal Constitucional el que ha delimitado el valor de esta estipulación. Así, la STC 36/1991, de 14 de febrero declaró que esta norma constitucional *«se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución»*.

Lo anterior pareciera indicar que en el ordenamiento español la cuestión sobre la aplicación del Principio de Progresividad al Derecho al ambiente toma un rumbo distinto al del ordenamiento colombiano, pues al no reconocerse al medio ambiente como derecho fundamental, sino como un principio rector¹⁰⁴, no cabe su interpretación a la luz de las disposiciones del PIDESC en relación con los DESC, entre ellas el Principio de Progresividad y la Prohibición de Regresividad.

Para terminar este análisis, es necesario reconocer que la fundamentación del Principio de No Regresión en materia ambiental a través del Principio de Progresividad, si bien tiene fuerza argumentativa, se enfrenta a ciertos desafíos, principalmente porque en la mayoría de los casos no hay en los instrumentos internacionales que regulan la materia un mandato de «progresividad» (como si ocurre en el derecho argentino) que pueda servir para avanzar la reinterpretación.

¹⁰⁴ Así fue reconocido recientemente por el TC en la STC 84/2013, de 11 de abril, en la que se resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja contra la Ley de Montes. En la sentencia se dijo que el artículo 45.1 CE, *«enuncia un principio rector, no un derecho fundamental (STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 3), si se repara en que este precepto constitucional, junto al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, proclama el deber de todos de conservarlo. Su apartado 2, además, impone a los poderes públicos la obligación positiva de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, correspondiendo al legislador la elección de las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector en el que la protección del medio ambiente consiste (SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 20; y 149/2011, de 28 de septiembre, FJ 3)»*.

tación como «no regresividad». No obstante, por ejemplo en Colombia, la jurisprudencia constitucional ya ha avanzado en esta tarea.

Otro desafío importante consiste en la construcción de la idea de un contenido mínimo del Derecho al Ambiente, con vistas a la fundamentación teórica de la No Regresión, lo que facilitaría consecuencias importantes como la de considerar que toda medida pública o privada que afecte los mínimos resultará inválida de manera absoluta, sin posibilidad siquiera de intentar superar esa invalidez por vía argumentativa, por ejemplo en un análisis estricto de su razonabilidad¹⁰⁵. A estos dos desafíos me referiré en los capítulos siguientes.

4. La inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso como fundamento del Principio de No Regresión

El papel de las generaciones presentes en el futuro del planeta y la creciente preocupación por las generaciones venideras son dos cuestiones que han tenido una gran influencia en la noción de progreso, y por lo mismo, podrían fundamentar la no regresión en materia ambiental, pues lo que se pretende con la evitación de las modificaciones normativas regresivas es precisamente proteger el medio ambiente y los recursos naturales de las generaciones presentes y futuras.

La noción de progreso, tradicionalmente entendido como «ir hacia adelante»¹⁰⁶ de manera lineal, como una mejoría constante de

¹⁰⁵ En igual sentido, para DE SALLES CAVEDÓN existen algunos desafíos para que el Principio de No Regresión pueda figurar entre los Principios del Derecho Ambiental, como por ejemplo, el hecho de que no exista una formulación específica del Principio de No Regresión en materia ambiental, por lo que se exige la construcción de una teoría para su aplicación, con las adecuaciones necesarias para hacer frente a las especialidades y a la lógica de la protección jurídica del ambiente. Además, hace falta reforzar la consideración del Derecho al Ambiente como Derecho del Hombre, y definir su contenido mínimo, para la identificación de las medidas posibles no justificables. Identifica también la necesidad de desarrollar la noción de grupos y personas más vulnerables, y la exigencia de un nivel más elevado de protección contra las medidas regresivas, asunto ya trabajado por el Comité DESC, y la posible relación con la noción de justicia ambiental (2012, p. 172).

¹⁰⁶ Diccionario RAE, 23.^a Edición, 2014.

las condiciones existentes, ha ido sufriendo una serie de modificaciones, que han incorporado nuevos elementos. En un segundo momento, se entendió también como implementación progresiva, que en directa relación con lo analizado en el capítulo anterior, parte del reconocimiento de que los objetivos y metas no pueden ser alcanzados de manera inmediata e instantánea, sino que se requiere un proceso para lograrlos. Ahora, más recientemente, con la aparición de las cuestiones ambientales, y la preocupación por las generaciones futuras, el progreso se empieza a ver como perdurabilidad, que básicamente consiste en mantener las condiciones existentes, que las mismas sean perdurables para la satisfacción de las necesidades venideras. El progreso es releído como garantía de transmisión intergeneracional de cierto volumen o capital. Entonces, en el actual proceso de transformación del concepto de progreso, la idea de no regresión en el campo ambiental consistirá en no disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso¹⁰⁷.

Asimismo, la idea de progreso se ha ligado cada vez con más frecuencia a un orden tecnológico, de continuo avance y mejora en las condiciones de la vida en la Tierra. Sin embargo, en la actualidad, las ideas de tecnología, progreso y desarrollo han empezado a tener significados ambiguos y contradictorios, pues aparecen a la vez como garantías tradicionales de bienestar, pero también como causas de agravación de las amenazas, lo que ha generado no pocas cuestiones relativas a la responsabilidad de cara al futuro¹⁰⁸. Así, tal como señala OST, en *«el momento en que las consecuencias de nuestra acción requieren ya una responsabilidad ampliada hasta la escala universal, hacen que se perciba la falta de un marco de pensamiento ético-político que permita establecer dicha responsabilidad»*,

¹⁰⁷ Así opina GONZALO SOZZO, quien encuentra en la idea del «progreso» el fundamento de la no regresión. Para el autor, *«el Principio de No Regresión exige repensar la idea de progreso que el Derecho moderno recepta como un dogma»*. Según el autor, esta idea de progresividad material ha sido entendida como una primera versión de la no regresividad: si es necesario asegurar el progreso como progresividad (faceta positiva), ello implica al mismo tiempo la inhibición de los retrocesos (faceta negativa) (2012, pp. 69 y ss.).

¹⁰⁸ Si bien existe un sector que ha hecho especial esfuerzo por abordar estas cuestiones, también es posible encontrar un sector negacionista de la responsabilidad hacia las generaciones futuras. Cfr. LEMA AÑÓN (2010, p. 102).

una «responsabilidad solidaria», a la vez necesaria e imposible, por lo tanto paradójica¹⁰⁹.

Por medio del concepto de *responsabilidad*, OST recuerda que se establece el vínculo entre un comportamiento y sus efectos. En el pensamiento ético y tradicional, y su institucionalización jurídica, dicho vínculo se ha considerado mirando hacia el pasado con una connotación, casi siempre, represiva. No obstante, según el autor, y citando a RICOEUR, esta connotación no está a la altura del problema planteado por las mutaciones de la acción humana¹¹⁰ en la era de la técnica, pues *«para satisfacer a ellas, es preciso que la idea de responsabilidad se vuelva decididamente hacia el porvenir: en vez de buscar culpables de acciones pasadas, servirá para definir el círculo de las personas solidariamente obligadas a aceptar nuevas misiones»*¹¹¹. Esta nueva «misión», si bien difícil de delimitar, estaría encaminada hacia la protección de lo que se caracteriza por su fragilidad, como expresa JONAS: *«en adelante nos compete ser guardianes de la naturaleza y de las generaciones futuras, cuyos intereses están indisolublemente confundidos, ya que son tan frágiles que no está asegurado su mantenimiento»*. Estas reflexiones plantean principalmente dos preguntas: ¿qué tipo de responsabilidad se asume respecto a las generaciones futuras? y ¿de qué

¹⁰⁹ OST (1996, p. 256).

¹¹⁰ Se puede hablar, siguiendo a JONAS (1995) y a RICOEUR (1991), de una «transformación de la esencia de la acción humana». JONAS afirma que los nuevos desarrollos, especialmente en la técnica moderna, han modificado el carácter de la acción humana, y *«dado que la ética tiene que ver con las acciones, seguidamente habremos de afirmar que la modificada naturaleza de las acciones humanas exige un cambio también en la ética. Esto, no sólo en el sentido de que los nuevos objetos que han entrado a formar parte de la acción humana han ampliado materialmente el ámbito de los casos a los que han de aplicarse las reglas válidas de comportamiento, sino en el sentido mucho más radical de que la naturaleza cualitativamente novedosa de varias de nuestras acciones ha abierto una dimensión totalmente nueva de relevancia ética no prevista en las perspectivas y cánones de la ética tradicional»*. JONAS (1995, p. 23). Es lo que LEMA ANÓN refiere como la *ética de los contemporáneos*, que empieza a mostrar sus límites *«a partir del momento en que se pone de manifiesto la posibilidad de que algunas acciones individuales o colectivas tengan consecuencias graves en el largo plazo»*, que viene dada en buena medida por los avances científico-técnicos. Por esta razón, el autor concuerda con la necesidad de considerar una ética orientada al futuro, pues la complejidad de los problemas *«pone de manifiesto la insuficiencia de nuestra forma tradicional de abordarlos y la precariedad de nuestros criterios para hacerlo»* (2010, p. 96).

¹¹¹ RICOEUR (1991) citado en OST (1996, p. 258).

generaciones futuras se está hablando?¹¹² A continuación, abordaré un breve repaso de algunas de las principales elaboraciones frente a estas dos preguntas.

Uno de los primeros autores que abordó el tema de los deberes frente a las generaciones futuras fue el norteamericano JOHN RAWLS, que sin enfatizar en las cuestiones relativas al medio ambiente, analizó la cuestión sobre la justicia intergeneracional únicamente desde el punto de vista de la fijación de una tasa de ahorro justo que la generación actual debería aceptar a favor de la próxima generación. OST con fundamento en los distintos modelos de responsabilidad frente a las generaciones futuras expuestos por la doctrina¹¹³; final-

¹¹² OST (1996, p. 267).

¹¹³ *Ibidem*, pp. 267 y ss. El modelo de RAWLS tiene dos características principales: se trata de un modelo *contractualista* y *doméstico*, porque existe una especie de equilibrio contractual por comparación entre generaciones continuas, pues cada generación transmitirá a la siguiente el equivalente equitativo de lo que ha recibido. Además, limita la extensión de la responsabilidad a los descendientes inmediatos, es decir, a las dos generaciones siguientes, las de los hijos y los nietos, con base en un sentimiento de benevolencia natural (1971, pp. 329 y ss.). En el mismo sentido de la tesis de RAWLS, pero ya haciendo énfasis específico en la problemática medio ambiental, PASSMORE señala que lo que se necesita es una responsabilidad *acerca* de la naturaleza, que resultará beneficiosa a las generaciones futuras, y no una responsabilidad *para con* la naturaleza, como tradicionalmente se ha concebido. Siguiendo el modelo de RAWLS, para la tesis de PASSMORE la cuestión de los equilibrios ecológicos que es necesario respetar podría exigir la realización de ciertos sacrificios para las generaciones presentes, dadas las condiciones actuales de los recursos; por lo que se podría romper la equidad contractual que caracterizaba la tesis de RAWLS. Además, en relación con la extensión de la responsabilidad, PASSMORE igualmente la extiende hasta la posteridad inmediata, fundamentándola en las relaciones de *amor* existentes entre una generación, sus hijos y sus nietos. PASSMORE (1974, p. 109). Frente a los anteriores modelos, el propuesto por JONAS puede ser calificado como *asimétrico* y *hercúleo*. En primer lugar, se trata de un modelo *asimétrico* porque rechaza explícitamente la idea del equilibrio contractual. Esta responsabilidad asimétrica confiere al hombre contemporáneo una misión de salvaguardia de la naturaleza y de las generaciones futuras, y no está fundamentada en la reciprocidad, pues «*sólo tiene exigencias aquello que plantea exigencias, es decir, lo que ya es. (...) Lo que no existe no plantea exigencias y, por ende, tampoco sus derechos pueden ser vulnerados*». Para el autor, la ética orientada hacia el futuro plantea una responsabilidad independiente de la idea de reciprocidad. JONAS (1995, p. 82). En segundo lugar, se trata de un modelo *hercúleo*, porque establece la responsabilidad del hombre moderno por la supervivencia de la humanidad en la tierra, pues se tiene un deber para con la existencia y la esencia de esa humanidad futura. JONAS (1995, p. 84). Como opina OST, la obra de JONAS constituye una contribución mayor a

mente propuso el modelo de *transmisión de un patrimonio común*, fundamentado en la idea kantiana de humanidad, el cual reintroduce cierta dosis de simetría y de búsqueda del equilibrio de la justicia conmutativa¹¹⁴. Lo anterior quiere decir, que aunque la obligación es incondicional, no es necesariamente unilateral. Este modelo adopta algunos elementos de las construcciones anteriormente descritas: del modelo de RAWLS adopta el innegable equilibrio y solidaridad de las generaciones en el tiempo, pues no es exacto presentar los deberes de la generación actual como puramente unilaterales. Si bien existe un vínculo asimétrico entre cada generación, pues la

la problemática estudiada, pues por primera vez *«la relación con las generaciones futuras rompe el círculo estrecho de la proximidad, se articula sólidamente sobre la idea de responsabilidad y se basa en una perspectiva filosófica extremadamente ambiciosa»*, no obstante, es merecedora de ciertas críticas. En primer lugar, el rechazo de toda idea de reciprocidad parece excesiva, y propone la «transmisión de un patrimonio común» como fundamento de la responsabilidad, la cual de todas formas exigirá cierto equilibrio. En segundo lugar, la condena que hace JONAS de la tradición filosófica y ética, por su insuficiencia como ética del futuro, parece exagerada, teniendo en cuenta que identifica en el concepto kantiano de humanidad elementos para legitimar el deber de compartir con los futuros huéspedes del planeta. Y finalmente, el tono general de pesimismo de la obra parece excesivo, pues se le imputa a la generación actual una suerte de «pecado ecológico original», como si fueran deliberadamente culpables de los desequilibrios actuales. Para OST se trata por el contrario fundamentalmente de una responsabilidad sin falta, en sus palabras, de una responsabilidad objetiva por riesgo creado, como se verá más adelante. Señala, citando a RICOEUR, que *«la ética del futuro exige una responsabilidad colectiva en forma de una “misión que se asume”. Es muy distinto “asumir una misión” y “cargar una falta no cometida”»*. Cfr. OST (1996, pp. 274 y ss.). De otro lado, se encuentra el modelo igualitarista de BRIAN BARRY, que se centra en la reciprocidad, y en el principio de igualdad de oportunidades entre las generaciones como respuesta a los desafíos que plantean los problemas ecológicos contemporáneos.

¹¹⁴ Sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones con las generaciones futuras, MERCADO PACHECO (2013) señala que dichas obligaciones *«no son recíprocas en el sentido estricto del término, no estamos aquí en la lógica sinalagmática del contrato. La fuente de las obligaciones ecológicas de los ciudadanos no reside en la ventaja mutua, sino en un sentido no recíproco de justicia»*. Como señala DOBSON, al exponer su modelo de ciudadanía ecológica, *«las obligaciones del ciudadano ecológico hacia las generaciones futuras y hacia otras especies no puede, por definición, fundarse en la reciprocidad. Los ciudadanos ecológicos no pueden esperar nada a cambio de su responsabilidad ni por parte de las generaciones futuras, ni de las demás especies»* (2005, pp. 55 y ss.). Más bien, se trata de una especie de *«obligación transitiva, el planeta que hoy se nos exige preservar para nuestros descendientes también lo hemos heredado de nuestros antepasados, y precisamente se trata de asumir la responsabilidad colectiva de poder transmitir a nuestros descendientes esta herencia común»*, MERCADO PACHECO (2013).

responsabilidad se encuentra del lado de la primera y el interés del lado de las siguientes. Pero, cuando se ven las cosas desde una perspectiva cronológica, mirando tanto hacia el pasado como hacia el futuro, «se restablece una especie de equilibrio, la balanza de haberes y deberes queda ajustada»¹¹⁵; de esta forma, la sucesión de las generaciones da lugar a unas relaciones jurídicas, sin duda no recíprocas, pero ciertamente transitivas.

En segundo lugar, del modelo de JONAS adopta la idea fundamental de una responsabilidad asumida que se extiende hasta donde alcanza el poder ejercido; razón por la cual el objeto de la preocupación no se limita únicamente a las dos generaciones más cercanas, sino a la «descendencia abstracta a la que necesariamente van a afectar las consecuencias lejanas y acumulables de las actuales acciones»¹¹⁶. Finalmente, del modelo de BARRY toma la idea de igualdad entre generaciones, resultado de la adopción del concepto kantiano de humanidad, cuyo rasgo más elemental es la igualdad dignidad entre los seres humanos, cualquiera que sea el lugar o el momento en el que vivan¹¹⁷.

Esta preocupación por la responsabilidad frente a las generaciones futuras tiene una de sus principales y más desarrolladas expresiones en el concepto de *desarrollo sostenible*, tal como ha sido definido por los instrumentos de Derecho Ambiental Internacional¹¹⁸. Una de las autoras que más ha aportado al debate, BROWN WEISS,

¹¹⁵ OST (1996, p. 284).

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 283.

¹¹⁷ Este modelo de OST así construido se enfoca fundamentalmente en tres conceptos. De un lado la responsabilidad, entendida como una *responsabilidad-proyecto*, movilizadora por los desafíos del futuro, no una *responsabilidad-imputación* atenta a las faltas del pasado. En segundo lugar el concepto de patrimonio, que desborda la concepción doméstica tradicional del mismo; y finalmente, la idea de humanidad, que intenta incluir la transmisión en un linaje virtualmente infinito, tanto del lado de los antepasados, como del lado de los descendientes. *Ibidem*, p. 283.

¹¹⁸ El Desarrollo Sostenible es aquel que busca «satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades». Comisión Brundtland. *Nuestro Futuro Común* (Comisión del Desarrollo y Medio Ambiente). Como señala MERCADO PACHECO la preocupación por el futuro quizás sea lo más interesante y novedoso de la definición del informe Brundtland. Según el autor, «el desarrollo sostenible nos sitúa ante la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano. es una prescripción ética que nos apremia a respetar el derecho de

afirma que el Desarrollo Sostenible es un compromiso de equidad con las generaciones futuras, y actúa como un «límite a la inclinación natural de tomar ventaja de nuestro control temporal sobre los recursos de la tierra, y usarlos únicamente para nuestro propio beneficio, sin poner cuidadosa atención sobre lo que dejamos a nuestros hijos y sus descendientes»¹¹⁹. Expone uno de los principales fundamentos de estas cuestiones, consistente en la *equidad intergeneracional*, según la cual la especie humana tiene el ambiente natural del planeta como un elemento en común con otras especies, otras personas, y con las generaciones presentes, pasadas y futuras. De esta manera, los miembros de las generaciones presentes son a la vez los encargados de la estabilidad y la integridad del planeta, y los beneficiarios de la misma, con el derecho a utilizar y beneficiarse de sus recursos. Entonces, todas las generaciones tienen el mismo lugar en relación con el sistema natural, y no hay fundamento para preferir ninguna generación por encima de las demás. Para la autora, existen tres principios normativos que rigen la equidad intergeneracional. En primer lugar, cada generación debe conservar sus *opciones*, es decir, debe conservar la diversidad de la base de los recursos naturales y culturales, de manera que cada generación no restrinja indebidamente las opciones disponibles para que las generaciones futuras resuelvan sus problemas y satisfagan sus valores. Así, las generaciones futuras tienen

nuestras descendientes a disponer de un entorno saludable y a utilizar los recursos naturales al menos en un grado similar al que disfrutamos los seres humanos actuales» (2013).

¹¹⁹ BROWN WEISS (1992, p. 20). El tema de la equidad o solidaridad intergeneracional también ha sido tratado en Colombia por AMAYA NAVAS (2012, p. 253). HENAO PÉREZ, al analizar el Derecho al Ambiente sano en el ordenamiento colombiano, parte del estudio del principio de *solidaridad*, el cual constituye el fundamento de todos los derechos colectivos, entre ellos el ambiente. Se trata de una relación entre seres humanos que no se limita a las actuales generaciones, sino que comprende a las futuras, y que parte sobre todo, de la noción de justicia. Por lo anterior, «el mantenimiento en condiciones óptimas de nuestro entorno, además de ser necesario para nosotros como generación actual, es indispensable si pretendemos ser justos con nuestros descendientes» (2010, p. 580). Sobre la solidaridad colectiva ya había expuesto MARTÍN-RETORTILLO que ésta tiene una vertiente temporal. Algunos textos aluden así a la solidaridad entre las generaciones, o al respecto para con las venideras. En efecto, «no deja de haber vertidos o residuos que no se degradan, de modo que su acción corrosiva puede mantenerse durante tiempo indefinido. Con lo cual una generación que irresponsablemente los consiente está proyectando inexorablemente los efectos perjudiciales sobre las generaciones futuras» (1996).

derecho a gozar de una diversidad similar, en términos comparativos, a la que ha sido disfrutada por anteriores generaciones.

En segundo lugar, cada generación debería conservar la *calidad* de los recursos naturales, para que, en la medida de lo posible, sean transmitidos a las siguientes generaciones en condiciones que no sean peores o inferiores a las que fueron recibidos. Es decir, las generaciones futuras deberán gozar de una calidad de los recursos naturales que sea comparable a la que gozaron las generaciones anteriores. Finalmente, cada generación debe proporcionar a sus miembros el derecho equitativo de *acceder* a la herencia de las generaciones pasadas y conservar, en las mismas condiciones equitativas, este acceso para las generaciones futuras¹²⁰.

El reconocimiento de esta preocupación por las generaciones futuras también ha tenido presencia en la jurisprudencia reciente. En un caso frecuentemente mencionado, la Corte Suprema de las Filipinas permitió a un grupo de menores que ingresaran con una demanda en nombre propio y de las generaciones futuras. Los menores de edad afirmaron que, como resultado de las licencias madereras privadas otorgadas por el gobierno, se les privaba de su derecho a disfrutar de los bosques tropicales de las Filipinas, un derecho protegido en virtud del artículo II§16 de la Constitución, según el cual el Estado *«debe proteger y promover el derecho de las personas a una medio ambiente equilibrado y saludable de acuerdo con el ritmo y la armonía de la naturaleza»*. El Tribunal sostuvo que las licencias madereras pueden ser modificadas o revocadas cuando los intereses nacionales así lo requieren. También sostuvo que el interés público en el medio ambiente sano y el derecho a la vida consagrados en la Constitución son razones válidas para que el Estado ejerza su poder de policía para cancelar las licencias a proyectos de desarrollo que contravengan esos derechos. Finalmente, la Corte determinó

¹²⁰ BROWN WEISS. Señala además la existencia de algunos criterios para la integración de estos principios. Por ejemplo, si bien estos principios deben animar la igualdad entre las generaciones, no deberán autorizar a la generación actual a explotar los recursos naturales excluyendo los derechos de las generaciones futuras, ni tampoco imponer límites irrazonables a las generaciones presentes con el fin de satisfacer necesidades futuras indeterminadas. Además, no se requiere la predicción de los valores de las generaciones futuras; sino que se debería proveer la flexibilidad suficiente para que cada generación logre sus propias metas y valores (1992, p. 20).

que esos intereses y derechos pueden ser invocados por y en nombre de las generaciones futuras¹²¹.

En la jurisprudencia constitucional colombiana también se han hecho algunas menciones sobre el tema. En reiteradas ocasiones se ha señalado que *«en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible»*¹²². Es decir, se ha reconocido que los derechos de las generaciones futuras actúan como un límite impuesto al goce de los derechos de las generaciones actuales, y al uso de los recursos naturales, en el contexto del Desarrollo Sostenible. Así, el Derecho al Ambiente en el ordenamiento colombiano, al estar encuadrado dentro de los llamados derechos humanos de «tercera generación», se le debe *«incluso a las*

¹²¹ Es el caso *Minors Oposa et. al. v. Factoran* (G.R.N.°101.083-30 de julio de 1993). Cfr. ALLEN (1994). Este caso plantea la necesidad de analizar el tema de la legitimación de las generaciones futuras en esta clase de litigios, que por razones de pertinencia no será profundizado en la presente investigación. No obstante, si es necesario destacar que la idea de proyección hasta el futuro implica asumir *«que en la política democrática del presente ya no podemos razonablemente decidir por nosotros, significa que es necesario asumir que podemos ser responsables de tomar decisiones eventualmente democráticas pero que pueden ser irreversibles, esto es, no revisables democráticamente por las generaciones futuras»*. MERCADO PACHECO (2013). Por lo anterior, es necesario que los problemas relacionados con la ética del futuro sean objeto de un debate democrático, en el que el papel del Derecho es primordial, con vistas a desarrollar las garantías procesales de dicho debate. OST (1996, p. 290). En este sentido, como señala las futuras generaciones deben estar representadas en las discusiones y conflictos que sobre la gestión medioambiental puedan darse. Incluso en los conflictos judiciales que puedan tener lugar en relación al uso de los recursos naturales, culturales y biológicos. Estarían necesariamente «legitimadas» para ello siendo un puro problema de «representación» procesal que el derecho y los tribunales deben resolver, el de la expresión de su voz en los distintos foros de adopción de decisiones (la autora discurre sobre diferentes formulaciones para ello, siéndole particularmente atractiva la idea del «Ombudsman» encargado específicamente de problemas ambientales y de la defensa de las futuras generaciones). BROWN WEISS (1999).

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero. Cfr., además: C-526 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell; C-671 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería; C-339 de 2002. MP: Jaime Araujo Rentería; C-189 de 2006. MP: Rodrigo Escobar Gil.

*generaciones que están por nacer, toda vez que la humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho»*¹²³.

Un concepto trascendental para este análisis es el propuesto por OST en relación con la responsabilidad frente a las generaciones futuras: el *patrimonio común de la humanidad*, ya mencionado; el cual supone una traducción jurídica importante de la idea de límite y de responsabilidad colectiva respecto del futuro. Según el autor, «*algo pasa de una generación a otra, y se transmite para sucesivos enriquecimientos (al menos, en los casos favorables) y hace tolerable el peso de la deuda para con las generaciones futuras. Ese algo es precisamente el patrimonio. La naturaleza (como también, en particular, los monumentos históricos, los testimonios artísticos y las lenguas) es, por excelencia, un elemento esencial de ese patrimonio común —common heritage, dicen los ingleses— de la humanidad*»¹²⁴. De esta manera, pensar la responsabilidad ecológica para con las generaciones futuras en términos de un deber de transmisión de un patrimonio común, impone la obligación de conservar y gestionar el mantenimiento del patrimonio con vistas a su transmisión. Lo anterior, plantea de forma inmediata la necesidad de pensar y de poner en práctica un uso no apropiativo de los bienes comunes¹²⁵, o mejor, un uso *racional y sostenible* de los recursos, por medio de la asignación de responsabilidades colectivas y deberes para con lo común¹²⁶, y no tanto derechos de acceso o de explotación de estos bienes, lo que deberá modificar las estructuras propias de la política y del Derecho Ambiental.

Este patrimonio común también ha sido llamado *volumen de transferencia intergeneracional*, pues supone la existencia de un volumen de bienes determinado, en este caso bienes ambientales, que debe ser transferido. Como explica BROWN WEISS, la actual generación

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011: MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²⁴ OST (1996, p. 284).

¹²⁵ Según, MERCADO PACHECO, debe proponerse un uso de los recursos naturales alejado «*de las propuestas del ecologismo de mercado que acaban privatizándolos y sometiéndolos a la lógica de su apropiación privada como mecanismo básico de asignación de responsabilidades y de internalización de costes*» (2013).

¹²⁶ Esta es la argumentación de BETANCOR RODRÍGUEZ, para quien es más apropiado hablar del *deber de conservación de la naturaleza* como fundamento del Derecho Ambiental (2014a, 2014b).

será concebida como una suerte de usufructuaria de un patrimonio común constituido por una suma de recursos (naturales, culturales y biológicos), que deberá transmitir a las generaciones futuras, al menos, en condiciones semejantes a las recibidas¹²⁷. Entonces, el conjunto de la regulación ambiental establece, delimita y diseña este patrimonio. Es en relación con este volumen de transferencia que se manifiesta el Principio de No Regresión; según el cual, ciertas reglas que disminuyan el nivel de protección podrían representar una afectación del núcleo duro de este patrimonio. El problema está, se insiste, en la determinación e identificación del «núcleo duro» de este patrimonio; es decir, ¿qué «heredarán» de nosotros las generaciones futuras?

La búsqueda a esta pregunta, y la determinación del patrimonio a transferir y sus características de contenido, territoriales, económicas, etc., exige una mirada a cuestiones relacionadas con la dualidad de máximos y mínimos de protección, y la escala de intermedios que pueden establecerse. Además, es necesario indagar quiénes fijan y cómo se fijan tales pautas protectoras, lo que inevitablemente conduce al estudio de la vinculación entre ciencia y derecho, y la forma como se construyen las regulaciones en materia ambiental, que requiere la conformación de espacios en los que intervengan una pluralidad de actores que no se circunscriban sólo al ámbito experto, ante la elaboración de medidas que potencialmente puedan conducir a regresiones¹²⁸, a lo que me referiré más adelante.

Finalmente, esta fundamentación basada en las generaciones futuras difiere de la que fundamenta la no regresión con base en la finalidad del Derecho Ambiental, pues se centra en la transferencia del patrimonio común realizada por la generación presente hacia las generaciones futuras, la cual se vería alterada si en la curva evolutiva de las normas surgieran retrocesos en el nivel de protección, disminución que atenta contra el derecho de las generaciones futuras¹²⁹.

¹²⁷ BROWN WEISS (1999).

¹²⁸ BERROS y SBRESSO (2012, p. 400); BERROS (2011).

¹²⁹ LÓPEZ RAMÓN encuentra también en el progreso el fundamento de este principio. Como explica, el Principio de No Regresión ambiental es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano que está detrás de la Declaración de Derechos de 1793 (art. 28: «una generación no puede

IV. Conclusiones

En la primera parte de este capítulo se vio el corto camino que ha recorrido el Principio de No Regresión desde su formulación como tal en el campo académico, hasta su inclusión en el documento «El futuro Que Queremos». Si bien los autores que lo formulan insisten en su naturaleza de principio, ya que trasluce una directriz futura para la regulación ambiental, dice mucho el hecho de que no se le haya dado esa cualificación en dicho instrumento internacional. Esta cuestión, sumada al análisis de los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Ambiental realizada en el Primer Capítulo, permitirá determinar con mayor certeza si efectivamente la no regresión es un principio jurídico, cuestión que abordaré posteriormente.

En la segunda parte se analizó la fundamentación que se ha construido al rededor del Principio de No Regresión, empezando por el carácter finalista del Derecho Ambiental, bajo el cual algunos autores han planteado la necesidad de una «nueva hermenéutica ambiental» que fundamente la No Regresión. Sin embargo, como analicé en su momento, no considero necesaria la creación de una nueva hermenéutica ambiental, pues las pautas interpretativas de los ordenamientos vigentes permiten la correcta interpretación de las normas ambientales, atendiendo a su específica finalidad.

En segundo lugar se abordó el tema de las transformaciones del Derecho y la vigencia temporal de las normas, asunto central de la teoría general del Derecho, que plantea algunas inquietudes. Como se analizó, la regla general es la naturaleza cambiante del derecho, derivada de la naturaleza cambiante de la sociedad; empero existen excepciones, como se vio en su momento, fundadas en razones de

comprometer con sus leyes a generaciones futuras»). Es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente (2010, p. 19). En relación con este fundamento, ESAIN acertadamente señala su carácter y presencia *relativa*. Afirma el autor que lo que los autores denominan *volumen de transferencia a las generaciones futuras* no puede conducir a una tesis de inmutabilidad de las cláusulas o estándares actuales, pues en este punto entonces el Derecho Ambiental tendría serios conflictos con el sistema democrático (2013, p. 26).

orden político y social. Ahora, en materia ambiental, la cuestión debe mirarse desde dos perspectivas. En primer lugar, desde el Derecho Ambiental como ordenamiento jurídico, el cual no puede ser considerado intangible o inmodificable, ya que el campo que regula exige una capacidad constante de adaptación a nuevos riesgos, nuevas amenazas y nuevas tecnologías. En segundo lugar, en relación con el Derecho al Ambiente, la cuestión no es tan clara. Si se reconoce la existencia de dicho derecho como Derecho humano, habrá ahora que analizar si existe un contenido mínimo sobre el cual se pueda exigir dicha intangibilidad, que actuará como límite a la modificación de las normas.

El tercer argumento tiene directa relación con lo acabado de decir. Para los autores citados, el Derecho al Ambiente es un Derecho Fundamental, por lo que puede gozar de la aplicación del Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, del cual efectivamente deriva la prohibición de retroceso. El estudio realizado en este punto permite concluir algunas reflexiones: en primer lugar, no se puede afirmar tajantemente que el Derecho al Ambiente sea reconocido como Fundamental, pues como se vio, esta calificación dependerá del marco normativo de cada ordenamiento, y de las circunstancias particulares de cada situación. En segundo lugar, una vez visto qué tipo de derecho es, se procedió al análisis del Principio de Progresividad, elaborado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para la protección y garantía de los DESC, del cual, como quedó claro, efectivamente se desprende la prohibición de retroceso (sin hacer uso del vocablo *principio*). Hay que decir en este punto que estas figuras no son sinónimos, sino que se trata de dos caras de una misma moneda. Entonces, por lo menos la protección de los DESC, tendrá dos caras: El Principio de Progresividad, y la prohibición de retroceso, derivada del primero. En tercer lugar, si se acepta que el Derecho al Ambiente puede ser objeto de la aplicación de estas figuras, se puede encontrar aquí el fundamento de dicho principio. No obstante, es imprescindible determinar el ámbito de aplicación de la no regresión en materia ambiental, esto es, si existe algún contenido (núcleo esencial o contenido mínimo) sobre el cual no se acepte ninguna regresión, cuestión que se abordará más adelante.

Finalmente, el último fundamento analizado tiene que ver con la construcción de ese contenido mínimo; pues de la mano de la

idea de progreso y la responsabilidad con las generaciones futuras, será necesario incluir nuevas consideraciones a este estudio. Se puede decir, desde ya, que la no regresión en materia ambiental deberá exigir un contenido mínimo inmodificable, o un nivel de protección que no podrá ser disminuido, que deberá tener en cuenta las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Una cuestión adicional para finalizar, y es que según lo que se vio en este capítulo, no parece tan novedosa la formulación del Principio de No Regresión, pues ya se ha vislumbrado su existencia previa. Parece entonces que la novedad no está en aceptar una mejora y progreso constante en la protección del medio ambiente, tratando de evitar los retrocesos en la misma; sino que la novedad estará en la determinación de cuándo y en qué condiciones puntuales será injustificable dicha regresión.

Capítulo 3

El Concepto de No Regresión en los Derechos Sociales

I. Consideraciones Previas

En el capítulo anterior se abordó el tema de la fundamentación del Principio de No Regresión, tal como se ha desarrollado desde su formulación, como un novedoso Principio del Derecho Ambiental. En realidad, se encontró que no parece ser tan novedoso, pues deriva su existencia del Principio de Progresividad de los Derechos Sociales, aplicado ahora al Derecho al Ambiente como derecho humano. Corresponde ahora analizar el concepto de no regresión, tal como se ha observado en el contexto de los Derechos Sociales, para lo cual examinaré el reconocimiento constitucional de los Derechos Sociales y su tratamiento como mandatos jurídicamente vinculantes y como derechos subjetivos; estudio que presenta sus matices en los distintos ordenamientos constitucionales a analizar (II). A continuación abordaré el concepto específico de regresividad en los derechos sociales, tal como ha sido planteado por la doctrina y la jurisprudencia (III); para continuar con el alcance y los límites de la prohibición de regresividad en este campo, su fundamento, consistente en la dignidad humana y su determinación dependiendo del caso concreto y del derecho social que se trate, y un repaso de las principales consecuencias de las medidas regresivas (IV). Por último, haré una breve referencia a la crisis económica y su relación con las medidas regresivas en materia de derechos sociales (V).

II. Reconocimiento constitucional de los Derechos Sociales

A lo largo de la segunda mitad del siglo xx, la fórmula del Estado liberal de Derecho sobre la cual se edificaban la mayoría de sistemas democráticos comenzó a demostrar sus insuficiencias frente a las nuevas realidades sociales. Como lo expone PAREJO ALFONSO, «*el paso a la sociedad industrial, la fragmentación en una pluralidad de clases sociales propia de ésta y la incapacidad de la misma para, mediante autorregulación, resolver en su seno los graves problemas emergentes*», constituyeron el origen de la ampliación e intensificación de las responsabilidades del Estado, conducentes al actual Estado social¹.

De esta manera, la incorporación de los derechos sociales a las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, supuso la transformación de la actividad del Estado y la vinculación de su actuar al bienestar de los ciudadanos, lo que implica el deber de todos los poderes públicos de velar porque las medidas públicas se adecuen a las necesidades existentes.

Así, las Constituciones recientes han incorporado en su texto derechos sociales jurídicamente exigibles, como respuesta a las exigencias de las transformaciones políticas y económicas de la sociedad. La Constitución Española de 1978, en el capítulo III del título I, contiene los «*Principios rectores de la política social y económica*», preceptos sobre los cuales continúa existiendo una cierta confusión doctrinal en torno a su eficacia jurídica². Y por su parte, la Cons-

¹ PAREJO ALFONSO (2000). Sobre el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho ver BENDA (2001); GARCÍA PELAYO (1995); VILLAR BORDA (2007).

² Recientemente PONCE SOLÉ expone los mitos jurídicos alrededor de esta cuestión: la consideración de programáticos de todos los preceptos de dicho capítulo III; la inexistencia de auténticos derechos subjetivos típicos o activos; y el contenido vago e indeterminado de los derechos sociales (2013, pp. 30 y ss.). Una útil síntesis de dichos argumentos, así como diversas refutaciones a los mismos puede hallarse en IBÁÑEZ MACÍAS (2007); aunque referido específicamente al derecho al medio ambiente del artículo 45 CE, sus consideraciones también resultan de interés en relación a otros preceptos constitucionales, como el derecho a la salud del artículo 43 o el derecho a la vivienda del artículo 47, por ejemplo. Sobre el valor y la eficacia de los *principios rectores* de la Constitución Española ver además GARCÍA DE ENTERRÍA (2006); SERRANO (1987); y en sentido contrario GARRIDO FALLA (2001).

titudin Polítca de Colombia de 1991 dedicó el Capítulo II, «*De los derechos económicos, sociales y culturales*» a la consagración de estos derechos, en los artículos 42 al 82. No obstante, a pesar de la expresa consagración en el texto constitucional de los derechos sociales y del paulatino reconocimiento de los mismos como derechos fundamentales de exigibilidad directa mediante acciones concretas que garanticen su eficacia, en la práctica, la efectiva realización de estos derechos encuentra grandes obstáculos³. Antes de continuar con el asunto de su eficacia, es necesario analizar brevemente dos de sus principales características.

1. *Se trata de mandatos jurídicamente vinculantes*

En el caso español, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo son contundentes en este punto. El primero ha señalado explícitamente que los preceptos del capítulo III del título I «*al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53*»⁴. Por su parte, el Tribunal Supremo también ha establecido sin lugar a dudas, la vinculatoriedad jurídica de dichos preceptos. Al referirse al artículo 49 CE señaló que «*pese a estar incluido bajo la rúbrica “de los principios rectores de la política social y económica”, no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. [...] De manera que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la*

³ En la doctrina colombiana BERMÚDEZ hace referencia a 3 obstáculos principalmente. En primer lugar, la reciente depresión económica, la cual representa un tangible retroceso de los derechos sociales. En segundo lugar, la privatización de los servicios públicos esenciales (aseo, electricidad, telefonía y televisión, acueducto y alcantarillado, salud, etc.) que implica un retroceso del Estado como garante principal de la satisfacción de los derechos sociales para todos los miembros de la población. Y finalmente, la existencia de dos condicionantes altamente limitativos para el desarrollo integral de los derechos sociales: de un lado, los recursos públicos son limitados o insuficientes para la protección y realización efectiva de estos derechos; y de otro, la sujeción de la realización de estos derechos a la expedición de leyes por parte del Congreso, es decir, a la voluntad política de los congresistas (2012, pp. 21 y ss.).

⁴ STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11.

Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos»⁵.

En Colombia, la Corte Constitucional, por su parte, en numerosos pronunciamientos ha expresado que *«es indudable que los derechos sociales orientan la actividad del Legislador, que debe entonces establecer todas las regulaciones necesarias para la realización efectiva de estos derechos»⁶. Señala además que la cláusula del Estado Social de Derecho (CP. art. 1), «tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportunidades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización. (...) El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario»⁷.*

⁵ STC de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396) FJ 2.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997. MP: Alejandro Martínez Caballero. En este sentido, la definición de los derechos sociales en la Constitución colombiana de 1991 no fue clara. Como explica ARANGO *«Al ser enlistados en un capítulo diferente al capítulo de los derechos fundamentales se pensó en un primer momento que el constituyente colombiano había querido diferenciar entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, al reconocer a los primeros carácter de derechos fundamentales mientras que a los segundos simplemente carácter de derechos de desarrollo legal progresivo. No obstante, la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones en el año 1992, restó fuerza normativa al argumento a rúbrica como criterio para la determinación de los derechos fundamentales. La fundamentalidad de un derecho no depende, así la jurisprudencia constitucional, de cómo estén organizados los derechos constitucionales en el texto constitucional, esto es, cómo estén rubricados»* (2009, p. 10).

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-111 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es decir, que sin importar la ubicación constitucional de las disposiciones relativas a los Derechos Sociales, existen obligaciones para el Estado derivadas de este reconocimiento. En algunos casos, serán obligaciones positivas y en otros casos negativas, pero de todas maneras se trata de compromisos jurídicamente vinculantes adquiridos por los Estados, los cuales deberán realizar en la mayor medida posible, según las circunstancias fácticas y normativas concretas.

2. *Se trata de derechos subjetivos*

Los derechos subjetivos pueden ser definidos como *una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona que se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica, o facultades, cuyo ejercicio queda a facultad del titular*⁸. Como es lógico, de la existencia de estos derechos subjetivos se deriva una obligación jurídica en términos civilistas⁹, esto es, una obligación a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, en cabeza de alguien (en el caso de los derechos sociales, será en cabeza del Estado). De esta manera, el contenido de un derecho subjetivo estaría compuesto por tres vertientes: las *facultades jurídicas* que competen al titular; los *deberes jurídicos* que vinculan o afectan a ciertas personas situadas en el lado pasivo de la relación, y la *protección jurídica* que se le dispensa. Ahora, en el caso de los

⁸ LACRUZ BERDEJO *et al.* (2005, pp. 73 y ss.). Los autores citan en el mismo sentido a CASTÁN TOBEÑAS quien opina que el derecho subjetivo es un «*poder reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico con significado unitario e independiente, y quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa*»; y a DE CASTRO, que lo define como «*una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa*» (2005, pp. 74 y ss.). Por su parte, DABIN define el derecho subjetivo con una palabra compuesta que define las dos caras de una misma realidad: *pertenencia-dominio*, en la que la pertenencia es causa y determina el dominio. En relación con la pertenencia, explica que todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, consagrado por otra parte por el derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o ese valor es *suyo*. Ahora, el dominio supone el aspecto de poder, y puesto que la cosa pertenece al sujeto, éste tiene poder sobre ella, es su dueño. Es un *poder de libre disposición de la cosa* objeto del derecho (2006, pp. 95 y ss.).

⁹ Artículo 1088 Código civil Español: «*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*».

Derechos Sociales, efectivamente nos encontramos frente a estas tres vertientes, pues el ciudadano goza de dichas *facultades jurídicas*, los poderes públicos tienen el *deber jurídico* de «promover las condiciones necesarias», establecer «las normas pertinentes» para la garantía de estos derechos (el art. 47 CE¹⁰ se refiere en estos términos especialmente al derecho a la vivienda, pero lo dicho puede extenderse a los demás derecho sociales). En Colombia, corresponde al Estado «organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes» (art. 49 CP¹¹); «fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda» (art. 51 CP¹²), y «regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación» (art. 67 CP¹³), entre otros. Y finalmente, estas facultades están cubiertas por una *protección jurídica* tanto constitucional como legal.

¹⁰ Artículo 47 CE: «*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*»

¹¹ Artículo 49 CP: «*La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.*»

¹² Artículo 51 CP: «*Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.*»

¹³ Artículo 67 CP: «*La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.*»

En el caso colombiano, la Corte Constitucional reconoce que los Derechos Sociales son derechos subjetivos, entre otras, en la ya citada sentencia C-179 de 1994, que señala que «*los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos¹⁴ que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno*». Adicionalmente, se ha trabajado reiteradamente el concepto de la trasmutación de los derechos sociales hacia derechos subjetivos fundamentales propiamente dichos, y la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en manifestar que «*la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta en favor de un sujeto específico. En reiterada jurisprudencia de esta Corporación se ha sostenido que los derechos económicos, sociales o culturales se tornan fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera su violación, conformándose entre ellos una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección*»¹⁵.

A este respecto, PONCE SOLÉ se pregunta si se trata de obligaciones de medios o de resultados, y considera que del artículo 47 CE se derivan claras obligaciones de medios «*de hacer y no hacer alguna cosa, tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos*

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley».

¹⁴ La Corte Constitucional utiliza la expresión «colectivos subjetivos» para denotar la naturaleza colectiva del titular de los derechos sociales, pero la naturaleza subjetiva de la potestad que tiene sobre los mismos, en contraposición de la naturaleza individual, y también subjetiva de los derechos individuales o de primera generación (Sentencia C-179 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz).

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-304 de 1998. MP: Fabio Morón Díaz.

como para los privados», por lo que no existiría dificultad para sostener la existencia de un derecho subjetivo, en este caso a la vivienda, en la Constitución¹⁶. Igualmente sucede en Colombia, pues el Estado deberá garantizar progresivamente, y por los medios que sea posible, la satisfacción de los Derechos Sociales.

Entonces, las obligaciones jurídicas derivadas de los Derechos Sociales son obligaciones de medios, no de resultados, y el obligado —en este caso el Estado— debe poner los medios para alcanzar dichos fines, pero no menos que eso. En las palabras del citado artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

Concluye PONCE SOLÉ reconociendo que, en definitiva, la Constitución española contempla Derechos Sociales que son auténticos derechos subjetivos, que generan obligaciones de medios, no de resultados, y que no se distinguen tanto de otros derechos civiles y políticos contenidos en la Constitución, los cuales en ocasiones exigen un comportamiento público intervencionista en su garantía y fuertes gastos presupuestarios.

Ocurre lo mismo en el caso colombiano, y ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que se ha expresado en este sentido. Al hacer referencia al Principio de Progresividad en materia de Derechos Sociales¹⁷, ha dicho que *«no es solo aplicable a la categoría de los derechos sociales, sino que refiere a la faceta prestacional que tienen todos los derechos constitucionales, bien sean catalogados nominalmente como fundamentales, sociales o colectivos. Del mismo modo, estas*

¹⁶ VAQUER CABALLERÍA afirma que los derechos sociales en la Constitución Española *«no se consagran como principios o mandatos, sino que tienen también una dimensión subjetiva: la tienen per relationem con otros derechos constitucionales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etc.) y la tienen también per se de forma inmediata, aunque limitada porque su plena justiciabilidad pasa por su desarrollo legal»* (2012, p. 80).

¹⁷ Para un análisis del tema ver ARANGO (2006).

distintas categorías de derechos adquieren carácter iusfundamental a partir de diversos criterios, relacionados con las particularidades del caso concreto, o su concreción legislativa como un derecho subjetivo. En ese sentido, es errónea la categoría de derechos prestacionales, en oposición a los derechos fundamentales, puesto que todo derecho constitucional tiene facetas de prestación, enmarcadas en la vigencia del principio de progresividad»¹⁸.

Así las cosas, los Derechos Sociales surgen como prestaciones a favor de un individuo a cargo del Estado, quien debe realizar un comportamiento positivo (o en ciertos casos, negativo) con el objeto de garantizar unos niveles mínimos de satisfacción. Pero la realización de estos derechos no puede ser lograda de manera inmediata, como es apenas lógico. Dadas sus características, y la forma de satisfacer este tipo de demandas, la realización de estos derechos debe realizarse de manera progresiva, en un tiempo razonable, tal como ha sido reconocido por el PIDESC y los demás instrumentos jurídicos ya referenciados. No obstante, como analizaré a continuación, esta obligación de progresividad y de no regresión que tiene el Estado en materia de garantía de Derechos Sociales, en algunas ocasiones se puede ver afectada por diversas cuestiones, llevando a la adopción de medidas regresivas que desmejoren los niveles de satisfacción alcanzados.

III. El concepto de regresividad en los Derechos Sociales

Resulta fundamental ahora indagar sobre el concepto de regresividad en los Derechos Sociales, al que la doctrina se ha referido en diferentes términos. Por ejemplo, PONCE SOLÉ hace referencia a la *reversibilidad*, entendiendo por esta «la vuelta en materia de contenido de derechos a una situación anterior, en el sentido de menos favorable para

¹⁸ De acuerdo con lo expresado en la sentencia T-760 de 2008, «No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría “derechos no prestacionales” o “derechos negativos”. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención. [...] La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de “prestacional” no se predica de la categoría “derecho”, sino de la “faceta de un derecho”. Es un error categorial hablar de “derechos prestacionales”, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales». MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

el titular del derecho en cuanto al contenido de aquel (que puede llegar a desaparecer), en cuyo supuesto nos encontramos ante una “regresión”, esto es “retrocesión o acción de volver hacia atrás”, que puede ser la consecuencia de una decisión pública regresiva, es decir, que hace “volver hacia atrás”. El autor también hace referencia al concepto contrario, es decir, la irreversibilidad o no regresión, que sería la “cualidad del derecho (o de ciertas facultades del mismo)” que lo hace “no reversible”, esto es, sin vuelta atrás, en cuanto a menor contenido o facultades y por tanto resistente a posibles medidas públicas regresivas, que no pueden afectarlo jurídicamente»¹⁹.

El autor argentino COURTIS²⁰, uno de los más destacados en la materia, distingue entre dos nociones posibles de regresividad²¹, o dicho de otro modo, dos campos posibles de aplicación de la noción general de regresividad, que se desprenden de la noción de «progresividad» ya estudiada, entendida como «*el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural*».

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (*regresividad de resultados*). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado será regresiva cuando sus resultados «*hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro*». Por lo tanto, esta noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas²². La demostración de este tipo de regresividad y su aplica-

¹⁹ PONCE SOLÉ (2013, pp. 23 y ss.).

²⁰ COURTIS (2006, pp. 3 y ss.).

²¹ Como explica COURTIS, los dos sentidos de la noción de regresividad pueden desprenderse de la noción de «progresividad» adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, órgano que el 7 de junio de 2005, aprobó las «Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador» [Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)]. Según lo dispuesto en la nota al artículo 11, «*por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido*».

²² De acuerdo con las «Normas para la confección...» arriba citadas, «*un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los*

ción en sede judicial puede ser bastante problemática, principalmente por inconvenientes vinculados con la relación de causalidad, es decir, la imputación del resultado regresivo en materia de indicadores a la política adoptada por el Gobierno en la materia.

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas; es decir, se refiere a la *extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa)*. En este sentido, —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva, «es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior». Esta última noción es la que según COURTIS resulta más adecuada a la estructura de la argumentación judicial sobre normas que es común a los países latinoamericanos. Explica el autor que al comparar una norma anterior con una posterior, el estándar de juicio de *regresividad normativa* consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado²³, juicio al que me referiré más adelante.

Entonces, como expuse en el capítulo anterior, de la obligación de avance o progreso continuo estudiada, se deriva la obligación de *no regresividad* como obligación mínima asumida por el Estado, que se concreta en la prohibición de adoptar políticas y medidas, y concretamente, de promulgar normas jurídicas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora «progresiva». Dado que el Estado asume la obligación de mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos

Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil».

²³ Este examen o juicio de regresividad es similar a distintos tipos de juicios comunes en diversas ramas del derecho, en los casos en los que se requiere comparar el nivel de protección de dos normas jurídicas distintas que tratan sobre la misma situación de hecho; por ejemplo en materia penal, con la evaluación de la norma penal más benigna (*in dubio pro reo*); en materia laboral, con la evaluación de la norma laboral más favorable (*in dubio pro operario*); en materia procesal, con la denominada prohibición de la *reformatio in peius*, entre otros ejemplos.

vigente, o en su caso, de derogar los derechos o las condiciones ya existentes.

Desde un punto de vista conceptual, podemos entender entonces por *regresividad normativa*, la disminución o desmejoramiento en los niveles de goce, ejercicio y protección de un derecho, o de una situación o condición jurídicamente protegida. Encontramos entonces dos perspectivas de esta prohibición: en primer lugar, la obligación de no regresividad constituye una limitación impuesta por la normatividad (Tratados de Derechos Humanos, y eventualmente las Constituciones) sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC. Señala COURTIS que la obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población²⁴. A lo anterior, debo añadir que esta obligación no solo limita a los poderes legislativo y ejecutivo como indica el autor, pues el poder judicial también tendrá la obligación de evitar cualquier interpretación regresiva e injustificada de los derechos en juicio. Como explican ABRAMOVICH y COURTIS, se trata de una obligación ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional adqui-

²⁴ COURTIS fundamenta esta prohibición en dos fuentes de justificación: en primer lugar, nociones clásicas del Estado de derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales. Se trata de la *seguridad jurídica* y de la protección de la *confianza*, nociones que es posible reconducir al valor de la previsibilidad. Así, la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones jurídicas creadas por normas y medidas de carácter social, como consecuencia de la adopción del modelo de Estado Social de Derecho, en el que la protección y la confianza y el estatuto de seguridad jurídica se extiende también a las conquistas sociales. El segundo fundamento tiene que ver con el *contenido material del principio del Estado social*, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas, a la luz de la noción de dignidad humana y del desarrollo material y científico de nuestras sociedades. Entonces, la prohibición de regresividad puede ser entendida como «una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como una cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social, o bien de las cláusulas de pactos internacionales que imponen al Estado obligaciones en materia social» (2006, pp. 17 y ss.).

rido²⁵. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en la citada OG n.º 3, «*más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone*» (punto 9). Ahora, en segundo lugar y desde la perspectiva del titular del derecho, este se encuentra frente a una garantía sustantiva del mantenimiento de sus derechos desde el momento de su consagración como tales y de todas las mejoras que hayan experimentado desde entonces.

Debe mencionarse que una de las primeras elaboraciones sobre la reversibilidad de los derechos se le atribuye a HESSE (1978), aunque luego fue matizada por el autor alemán, como respuesta a la crítica mayoritaria de la doctrina de ese país. Esta teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales o *Nichtumkehrbarkeits-theorie*, tal como lo explica PAREJO ALFONSO (1983, 2000) parte de la idea de que de la propia Constitución alemana no es posible directamente inducir el contenido sustantivo de la vinculación social del Estado, si bien corresponde al legislador y a la Administración conformar éste, una vez ya existe regulación en un ámbito, es decir, una vez que ha tenido lugar la conformación legal o reglamentaria en éstos del principio, éste determina la inconstitucionalidad de toda medida regresiva que afecte al contenido esencial de las regulaciones establecidas, es decir, la irreversibilidad —al menos en su contenido esencial— de las conquistas sociales alcanzadas²⁶. Para el autor, de todas formas, es evidente la inconstitucionalidad de toda legislación

²⁵ ABRAMOVICH y COURTIS (2004, pp. 94).

²⁶ A esta teoría se le ha opuesto el argumento de la dependencia de los recursos económicos del Estado social. Como lo señala PAREJO ALFONSO, «*en épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento, en tales épocas de crisis, de prestaciones otorgadas en situación de alta coyuntura económica*». Estas posiciones llevaron a HESSE a limitar la garantía derivada del principio social al núcleo esencial de las regulaciones sociales establecidas, distinguiendo entre componentes elementales o básicos y componentes suplementarios (1983, p. 54). Sobre estos asuntos profundizaré más adelante.

de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, es decir, justificable constitucionalmente, esté específicamente encaminada a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales establecidos previamente²⁷.

Ahora, en materia jurisprudencial, como explica PONCE SOLÉ, el Tribunal Constitucional Español ha rechazado hasta el momento entrar en una discusión sobre el principio de irreversibilidad en la Constitución Española, si bien en diversos pronunciamientos ha dado algunas pistas sobre el tema. Por ejemplo, la STC 134/1987, en su FJ 5 ha señalado, en relación a una cuestión de inconstitucionalidad que planteaba «el principio de irregresividad de la seguridad social, que *no es necesario entrar a discutir en un plano abstracto y general el significado de este principio ni en qué medida podría considerarse incorporado a nuestra constitución*». No obstante, el TC si ha señalado que «*debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas*»²⁸.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana en numerosos pronunciamientos se ha expresado acerca del Principio de Progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la derivación de la prohibición de regresividad. En los pronuncia-

²⁷ PAREJO ALFONSO (2000, p. 226). Coincide con autores como SANTAMARÍA PASTOR (1988, p. 232), quien rechaza la tesis de HESSE por «*falta de realismo económico que entraña la exigencia de mantenimiento a ultranza (en épocas de crisis graves como la actual, que imponen reajustes transitorios y medidas restrictivas a todos los sectores sociales) de situaciones de bienestar y protección social alcanzadas en momentos de prosperidad, lo que puede entrar en conflicto con la capacidad financiera del Estado*». Lo dicho en 1988 aplica sin lugar a dudas en el contexto socio económico actual, como se verá más adelante. En el mismo sentido, LÓPEZ MENUDO afirma que la tesis de la irreversibilidad, quizás defendible en épocas de bonanza económica es insostenible en situaciones de crisis, «*para las cuales resulta preferible, más que la defensa a ultranza de lo imposible, la aceptación del retroceso, pero siempre en la parte en que éste sea irremediable. Salvo que el Estado caiga en una absoluta bancarrota, no será verosímil que cualquier situación de crisis legitime a los poderes públicos para dismantelar todo lo realizado en el campo de la acción social y por ello la alternativa no es otra que la de optar selectivamente, establecer prioridades en un contexto de recursos escasos. En este sentido, se señala la conveniencia de la reversibilidad, precisamente para asegurar la preservación del núcleo esencial de las prestaciones para que éstas se proyecten hacia el mayor número de destinatarios posibles*» (2009, p. 185). Sobre estos asuntos trataré más adelante.

²⁸ STC 81/1982, FJ 3.

mientos iniciales²⁹, al proceder con la revisión constitucional del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo; la Corte reconocía que *«así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”. Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación»*. Adicionalmente, en este pronunciamiento, citando el Principio de Limburgo No. 21, se señaló que *«además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga»*.

Posteriormente la Corte señaló que *«el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional»*, de esta manera, *«la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto»³⁰*.

No obstante, la Corte señaló que los Estados pueden enfrentar dificultades, las cuales pueden hacer imposible el mantenimiento del grado de protección que había sido alcanzado, por lo que resulta obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997. MP: Alejandro Martínez Caballero.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que «un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social»³¹.

Después de esta fase inicial, los siguientes años la Corte Constitucional reiteró estos criterios establecidos, en diversos pronunciamientos significativos en materia de Derechos Sociales. No obstante, en un desarrollo posterior se empezaron a introducir nuevas consideraciones de distinta naturaleza. Por ejemplo, en la Sentencia C-228 de 2011³², se reconoce que el principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales y la prohibición concomitante de la regresividad de éstos derechos se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política que establece que «el Estado, con la participación de los particulares, ampliará **progresivamente** la cobertura de la seguridad social...» (negrita en el original), lo que fundamenta la base constitucional de este principio en el ordenamiento jurídico del país.

En un pronunciamiento interesante relacionado con la derogación de normas que establecen un incentivo económico para el actor de acciones populares³³, la Corte aclara que la prohibición de regresividad «no se trata de una medida automática que constitucionalice las políticas públicas³⁴ existentes, cristalizándolas e impidiendo su modificación. El principio de no regresividad busca, ante todo, evitar retrocesos en los estándares de protección alcanzados en facetas progresivas de los derechos

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2004. MP: Eduardo Montealegre Lynett. Ver en este sentido también la sentencia C-1165 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-630 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa.

³⁴ En la Sentencia C-629 de 2011, la Corte señaló expresamente que el mandato de progresividad y la prohibición de regresividad «no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia». MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

sociales. Es pues, en tal sentido que la regla ha de ser entendida. Es una prohibición para retroceder en los medios establecidos, como forma de evitar que no se afecten “los objetivos” propuestos y alcanzados. Es una prohibición para disminuir el nivel de cumplimiento que se había alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado».

En los últimos años, además de la reiteración de los pronunciamientos iniciales, la Corte Constitucional ha desarrollado con más detalle el contenido y el alcance del Principio de Progresividad y la Prohibición de Regresividad que le subyace. En el 2012, la Corte³⁵ señaló que «el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “seguir hacia adelante” en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso». Como se ve, frecuentemente la Corte ha ligado el análisis de regresividad de una medida al juicio de proporcionalidad de la misma, asunto sobre el cual volveré más adelante.

Por su parte, en la sentencia C-536 de 2012³⁶ se reitera el carácter constitucional de dichos preceptos, pues por mandato del principio de supremacía de la Constitución (art. 4.º CP), «el desconocimiento injustificado de la prohibición de regresividad pueda conducir a una declaratoria de inconstitucionalidad si no se supera el test de constitucionalidad respectivo», el cual se compone de 3 elementos: que la medida sea regresiva, que no afecte los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales y que esté justificada. Además, mencionó algunas formas existentes de regresión, al demostrarse que «la

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-288 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana María Guillén Arango.

disposición demandada modifica las condiciones normativas que le preexisten, ya sea porque reduce el “radio de protección de un derecho social”, disminuye “los recursos públicos invertidos en [su] satisfacción”, aumenta “el costo para acceder al derecho”, o en términos generales, tal disposición “retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social”»³⁷.

IV. Alcance y límites de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Sociales: el contenido esencial o irreversible

Desde los tempranos rechazos a la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales de HESSE se ha logrado establecer con claridad y acierto, que no es posible hablar de irreversibilidad o no regresión absoluta de los Derechos Sociales, puesto que hay cuestiones —coyunturas socioeconómicas— que impiden el mantenimiento de las condiciones existentes. Ahora bien, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Existe un contenido esencial o irreductible de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual no pueda ser dispuesto por parte del legislador? Es lo que se cuestiona PONCE SOLÉ³⁸ cuando se pregunta si ¿cabe hablar de la *resiliencia* de los Derechos Sociales? A esta cuestión me referiré en las siguientes líneas. Se debe partir entonces de la posibilidad jurídica de un retroceso en las conquistas sociales obtenidas, en función de las circunstancias concurrentes y de los derechos en juego. Deberá indagarse ahora sobre el alcance y la limitación de esa posible regresión.

Considero que es posible identificar ese límite a la potestad de configuración normativa del legislador en el *núcleo o contenido esencial de los derechos sociales*, que se configura como un ámbito material el cual no puede ser afectado por medidas legislativas en la materia³⁹.

³⁷ Hipótesis todas recogidas en la consideración 5.6.1, Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Tribiño.

³⁸ PONCE SOLÉ (2013, p. 53).

³⁹ Así ha sido reconocido en algunos ordenamientos para el caso de los Derechos Fundamentales de manera específica: Constitución argentina (art. 28): «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio». En la Constitución alemana se encuentra la garantía del *contenido esencial del derecho* (art. 19.2 Ley Fundamental de Bonn): «...en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho

Es decir, el legislador podrá modificar (o disminuir) el nivel de protección alcanzado en un derecho social específico, siempre y cuando y hasta tanto no se altere el núcleo esencial del mismo, y atendiendo a circunstancias y específicas⁴⁰. Así ha sido reconocido por instrumentos internacionales y se ha señalado que una de las obligaciones⁴¹ que surgen para los Estados al momento de reconocer Derechos Sociales, es la de garantizar niveles mínimos de satisfacción de estos derechos, incluso en épocas de crisis o dificultades fácticas⁴². La Constitución Española así lo reconoce en el artículo 53

fundamental». Constitución Federal suiza (art. 36.4): «El contenido fundamental de los derechos fundamentales es inviolable», entre otros (COURTIS, 2006).

⁴⁰ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR es quien más claramente ha afirmado la existencia de un *núcleo indisponible* de los derechos socioeconómicos. Se trata de «prestaciones esenciales de carácter general que condicionarían, en cuanto tales, la libertad de configuración del legislador ordinario a la hora de su desarrollo». Agrega que lo anterior no quiera decir que el legislador sea completamente libre para configurar el derecho más allá de este núcleo, pues en su opinión, de acuerdo con los artículos 1.1 y 9.2 CE, no sería constitucional *la simple supresión, sin razón alguna o fundamento suficiente* de las conquistas sociales alcanzadas (2008, pp. 378 y ss.). Para PISARELLO, el hecho de que todos los derechos reconocidos exijan concreciones legislativas que de alguna forma determinen su exigibilidad, «no impide que todos tengan, al menos, un contenido constitucional mínimo, indisponible, susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional incluso en caso de que no exista regulación legal» (2007, p. 84). ARANGO afirma que el concepto de núcleo o contenido esencial de los DESC puede comprenderse actualmente como una función de justificación pues «representa un límite de defensa de los derechos que solo puede ser flanqueado con argumentos de mucho peso. En principio, tal límite no puede ser desconocido salvo que se trate de circunstancias tan extremas que sea imposible evitar razonablemente el sacrificio del derecho fundamental» (2006, p. 170).

Por su parte, PARRA VERA, define el contenido esencial como «el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, razón por la cual constituye el parámetro al que se debe someter toda intervención de los poderes públicos sobre el correspondiente derechos» (2006, p. 54).

⁴¹ ABRAMOVICH y COURTIS señalan que una de las obligaciones que adquieren los Estados cuando reconocen Derechos Sociales es la de *garantizar niveles esenciales de los derechos*. Como señalan los autores, se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad, y esto implicará, en algunos casos, «adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles» (2006, p. 5).

⁴² Principio 25 de los Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC; Principio 9 de los Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; párrafo 10 de la Observación General 3 del Comité DESC; artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos

al señalar que «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto...». En el caso colombiano, el artículo 334 de la Constitución Política, relativo a la intervención del Estado en la economía, señala que «El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos». Además, en relación con la sostenibilidad fiscal, señala que «en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva».

1. El fundamento del contenido esencial: la dignidad humana

El primer asunto a tratar en relación con el núcleo esencial de los derechos sociales es su *fundamento*, que sin duda lo constituye el concepto de la dignidad humana, de larga tradición filosófica, y constitucionalmente reconocido (art. 10.1 CE y art. 1 CP)⁴³. Si bien en el derecho español, la dignidad humana no es reconocida como un derecho por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitu-

Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Protocolo de San Salvador»).

⁴³ En este sentido, PONCE, apoyándose en la doctrina alemana, especialmente en autores como DÜRIG o NIPPERDEY, destaca que la dignidad de la persona queda comprometida cuando esta se ve obligada a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto, pues no es posible «aislar el contenido ético valorativo de la dignidad humana de la sustancia económica que resulta necesaria para toda realización de valores, no pudiendo subsistir la dignidad humana con plena independencia de los bienes materiales». El autor en cita considera que los mismos razonamientos son posibles en el caso español, pues el artículo 10.1 CE señala como los derechos inviolables son inherentes a la dignidad, incluyendo, por supuesto, los derechos sociales que permiten a una persona convivir en sociedad como tal (2013, p. 60). Ya había dicho CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, que lo esencial sería todo aquello que faltando, afectaría la dignidad humana (2008, p. 378.).

cional; si se le reconoce el carácter de valor jurídico fundamental y /o de bien constitucional, pero no de derecho. Ha dicho el TC que «*las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (...), si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática...*»⁴⁴. Lo anterior responde a que en el artículo 10.1 CE a la dignidad humana se le reconoce el carácter de «fundamento del orden político y de la paz social». Entonces, esta disposición instituye a la dignidad humana como un elemento de gran importancia dentro del sistema constitucional español y su concepción del Estado y de las relaciones entre éste y sus ciudadanos, y se configura en un elemento clave para la estructuración del Estado Democrático de Derecho y el respeto a los derechos humanos⁴⁵. Así lo confirma al comentar que «*el artículo 10.1 en su apartado 1 vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad, y en su apartado 2, los conecta con los llamados derechos humanos...*»⁴⁶. En este sentido, en reiteradas ocasiones ha dicho que la dignidad de la persona «*es un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar*»⁴⁷.

Como explica PASCUAL LAGUNAS, la dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, se configura como el referente fundamental de los contenidos del ordenamiento jurídico pero también de las actuaciones de los poderes públicos y de las instituciones del Estado: «*la dignidad de la persona es principio y fin de todo el sistema jurídico y político que instituye nuestra Carta Magna*»⁴⁸. Además, es un elemento inspirador y de cohesión, o como señala el TC, «*forma parte de corpus de derechos inviolables que amalgama a todos los ciudadanos de un Estado en torno a unos valores comunes determinados*»⁴⁹. Finalmente, es un elemento de configuración e interpretación del sistema jurídico, pues permite configurar el contenido de los derechos fundamentales, «*en cuanto*

⁴⁴ STC 150/1991 FJ 4.

⁴⁵ En este sentido OEHLING DE LOS REYES (2010); PASCUAL LAGUNAS (2009).

⁴⁶ STC 64/1988 FJ 1.

⁴⁷ STC 120/1990 FJ 4; STC 91/2000 FJ 7; STC 57/1994 FJ 3A.

⁴⁸ PASCUAL LAGUNAS (2009, p. 52).

⁴⁹ STC 25/1981.

proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona»⁵⁰. Así, en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, «todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad»⁵¹.

De esta manera, al igual que como se verá en el caso colombiano, la dignidad humana se convierte en un mínimo invulnerable que permite concretar el contenido esencial de los derechos fundamentales en caso de limitación, y designaría el ámbito de cada derecho que en todo caso debe permanecer inmodificable⁵², configurando así el *límite de los límites*⁵³.

En Colombia, por su parte, ha sido la Corte Constitucional quien ha sentado las bases de la dignidad humana, en numerosos pronunciamientos⁵⁴. Al definir los derechos sociales, los ha vinculado con la dignidad humana como fundamento. Los define como

⁵⁰ STC 194/1994 FJ 4.

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO (1993, p. 203).

⁵² LUCAS VERDÚ (1986, p. 172 y ss.).

⁵³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2005, pp. 110 y ss.).

⁵⁴ Se ha definido la dignidad humana como «la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo. Esto, porque el hombre es un ser susceptible de valoración en sí mismo y no en consideración “al otro” ni “por el otro”, y por lo mismo, no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que en sí mismo subyace. Por lo tanto, la mera existencia del hombre le atribuye a éste el derecho a exigir y a obtener la vigencia de todas las garantías necesarias para asegurar su vida digna, es decir, su existencia adecuada, proporcional y racional al reconocimiento de su esencia como un ser racional. Al mismo tiempo que le impone al Estado el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, es decir, la vida, la integridad, la libertad, la autonomía, etc.». Aclaración de Voto a la Sentencia C-695 de 2002. MP: Jaime Araújo Rentería. Más adelante recoge un concepto de dignidad humana que «únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos [entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas] cuyos contenidos esenciales están sus-

«...aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno»⁵⁵.

Al analizar el derecho a la vivienda digna, la Corte señaló que los derechos económicos, sociales y culturales «traducen necesidades históricamente desconocidas respecto de sujetos que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privados de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de libertad que en adelante reconocerá como prerequisite de su goce a la igualdad, entendida ya no en el sentido formal clásico sino como mandato dirigido al Estado en cuanto organización política encargada de la satisfacción de las necesidades básicas, con la intención última de asegurar a los Ciudadanos una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana»⁵⁶. Se advierte la estrecha relación existente entre la dignidad humana —como valor fundante del ordenamiento constitucional colombiano y principio orientador del derecho internacional de los derechos humanos— y la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente si, como se ha señalado, el respeto y garantía de estos derechos constituye el carácter esencial definitivo del Estado Social de Derecho.

Finalmente, la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas se ha vinculado con el concepto de *mínimo vital*⁵⁷, considerado un derecho fundamental y un presupuesto ineludible

traídos de las mayorías transitorias». Sentencia T-227 de 2003. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto a la Sentencia C-630 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-585 de 2008. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁷ La primera sentencia de la Corte Constitucional colombiana que reconoce el derecho innominado al mínimo vital, inspirada en la jurisprudencia alemana del *Existenzminimum*, es la T-426 de 1992 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se ampararon los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad personal, a obtener una pronta y oportuna respuesta a las peticiones, y al mínimo vital de un

del Estado Social de Derecho y la garantía del mismo, el cual «... abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna»⁵⁸. De acuerdo con la jurisprudencia, el derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La primera, alude a la obligación subsidiaria que tiene el Estado de garantizar a todas las personas «... las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano ...», cuando se encuentren en una situación en la que no puedan acceder a ellas autónomamente. De allí surgen específicas obligaciones de prestación para el Estado y para los particulares. En su dimensión negativa, por su parte, el derecho fundamental al mínimo vital, ha dicho la Corte, «...se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna».

De este modo, la dignidad humana constituye el fundamento del núcleo esencial de los derechos, y al vincularlo con el concepto del mínimo vital, configura el límite constitucionalmente establecido para garantizar la supervivencia digna de la persona, que el Estado no puede, para la realización de los fines que le son propios, traspasar o disminuir.

2. La determinación del contenido esencial: el caso concreto

El segundo asunto a tratar, es el relativo a la *determinación* del contenido esencial. Una vez afirmada la existencia de un núcleo intocable por el legislador de los derechos sociales establecidos en la Constitución, surge ahora la necesidad de identificar y delimitar ese núcleo, es decir, darle un contenido concreto. Dadas las características y particularidades de estos derechos, es apenas lógico

adulto mayor sin medios económicos a quien las autoridades públicas competentes no daban respuesta a una solicitud pensional.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-793 de 2009. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En el mismo sentido: Sentencia C-776 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-865 de 2009. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

considerar que el contenido mínimo de los derechos sociales debe ser asegurado por el Estado en cada caso concreto, y será tarea del legislador, en primera instancia, definir el mínimo y delimitar el área intangible del derecho social en cuestión, para lo cual se deberá tener en cuenta la realidad social y el momento temporal en el que se configura el derecho en cuestión⁵⁹.

La dificultad radica en identificar el alcance concreto de lo esencial, pues solo con fundamentar dicho contenido en la dignidad humana no es suficiente para determinar dicho alcance. Su determinación exige la utilización de criterios adicionales⁶⁰. Es evidente que los elementos que conforman el contenido mínimo o esencial de un derecho no pueden ser planteados en términos abstractos o teóricos, pues varían en cada caso, de derecho a derecho, y dependen de una contextualización y actualización histórica⁶¹.

El Comité DESC, en la ya citada Observación General no. 3 señaló que *«corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos»*. Siguiendo a PARRAVERA, una interpretación sistemática de las Observaciones Generales del Comité DESC permite diferen-

⁵⁹ En este sentido, BENDA opina que la cláusula de Estado social ha sido caracterizada como *prototipo de categoría jurídica orientada al futuro*, es decir, como *«norma constitucional capaz de ser interpretada según las cambiantes circunstancias sin perder la referencia al fin último. Tanta justicia social como sea posible es el objetivo. Pero qué deba entenderse por social puede ser diferentemente estimado al paso del tiempo; no se deja fijar materialmente de una vez por todas»* (2001, p. 533).

⁶⁰ La Corte Constitucional italiana en su Sentencia 27/1998 de 26 de febrero (p. 148 y ss.), utiliza la expresión *medida mínima esencial*, que en opinión de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, no es muy clarificadora, pues la garantía de los derechos socioeconómicos no se traduciría en la existencia necesaria de prestaciones mínimas, sino de prestaciones esenciales, lo que para el autor es distinto. En el caso alemán, se habla de la existencia de un derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital (Existenzminimum)* (2008, p. 379).

⁶¹ Como afirma PISARELLO, *«lo que en un ordenamiento o en un contexto dado podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material puede considerarse básico o esencial y lo que, por el contrario puede reputarse adicional o accidental, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta»* (2007, p. 85). En igual sentido advierte MEDINA GUERRERO para quien *«no habría, pues, un contenido esencial fijado de una vez por todas, sino que estaría dotado de unas dimensiones variables, dependientes en suma de la peculiar relación medio/fin resultante de cada concreta limitación que sufriera el derecho»* (1996, p. 147).

ciar entre dos conceptos relacionados con los niveles esenciales. En primer lugar, el *contenido esencial*, conformado por las garantías centrales que constituyen un determinado derecho. En este contenido se reúnen características que se aplican a todos los derechos sociales (como la no discriminación) y elementos específicos de cada derecho. La inexistencia de los elementos esenciales implica una violación del derecho; sin embargo, el Comité acepta que en circunstancias extremas los elementos esenciales puedan ser objeto de ponderación con otros intereses constitucionales que en un caso concreto puedan llegar a prevalecer si existe una justificación imperiosa para ello. En segundo lugar, se encuentra el contenido inderogable, esto es, el *contenido mínimo esencial*, que es aquél estándar que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables que enfrenten los Estados parte. Constituye una línea base que debe ser garantizada para todas las personas en todos los contextos. En este punto, el Comité adopta una teoría absoluta del contenido mínimo esencial, dado que no admite justificación alguna para la no realización de estas garantías básicas⁶².

⁶² PARRA VERA (2006, pp. 58 y ss.). En relación las distintas teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, BERNAL PULIDO ha realizado un desarrollo exhaustivo y crítico del contenido esencial de los derechos como determinante de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Una exploración exhaustiva de todas las teorías elaboradas excedería las pretensiones de este acápite, por lo que bastará una aproximación a los aspectos más importantes de dichas teorías. La tipología de las teorías obedece a dos grandes clasificaciones: En primer lugar, la distinción entre teorías absolutas y relativas. Según las teorías absolutas, el contenido esencial nunca puede ser afectado, y según las teorías relativas, se consideran admisibles las restricciones en todo el contenido del derecho siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad. En segundo lugar, la distinción entre teorías temporales y espaciales. Las teorías espaciales dan cuenta del contenido esencial como un espacio geográfico dentro del derecho, es decir, como un equivalente del núcleo de las células, en el contexto de la biología. Y según las temporales, se considera que el contenido no se trata de un espacio en sí sino de un componente del derecho fundamental que debe salvaguardarse a pesar de que se transforme con el tiempo. Existe además una teoría mixta, ecléctica, que reduce dos contrarios en conflicto: la teoría absoluta y la teoría relativa. De la teoría absoluta adopta el credo del contenido esencial como ámbito intangible del derecho, que no tolera ninguna restricción legislativa. De la teoría relativa, por su parte, toma la aplicación del principio de proporcionalidad para juzgar las restricciones en la periferia del derecho. La teoría mixta integra estos dos elementos en un solo concepto teórico, según el cual, el contenido de todo derecho fundamen-

Entonces, como vemos, la determinación del núcleo esencial del derecho se hará en cada caso concreto, atendiendo a las particularidades de la situación y el contexto del debate, pues la determinación de un núcleo rígido que no permita su adaptación a las circunstancias del caso atentará contra la realización efectiva del derecho. En relación con el límite, como se vio, algunos autores hacen especial énfasis en que la prohibición de modificaciones regresivas se circunscribe únicamente al núcleo esencial del derecho una vez determinado, y que el legislador gozará de autonomía sobre aquello considerado adicional o periférico. Para otros autores, el legislador también se encuentra limitado en relación con lo que no conforma el núcleo, por lo que la definición de un contenido esencial no puede significar un techo sino tan solo un piso a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo, referente además a partir del cual se debe predicar la prohibición de regresividad⁶³.

Resulta útil analizar brevemente el caso del *derecho a la Salud*⁶⁴. La Corte Constitucional colombiana ha distinguido entre la salud

tal se divide en dos partes: un contenido esencial, cuyas normas y posiciones valen de modo *definitivo*; y un contenido periférico, cuyas normas y posiciones tienen una validez *prima facie*, porque su validez definitiva puede ser desplazada por razones de mayor peso que se deriven de otros derechos y que prevalezcan en la ponderación. Para el autor, la teoría mixta no se percató de que los dos elementos que toma respectivamente de la teoría absoluta y de la teoría relativa son irreconciliables desde el punto de vista metodológico, y se excluyen mutuamente entre sí (2014, pp. 509 y ss.).

⁶³ En este sentido, BOLÍVAR (1996); CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2008); PARRA VERA (2006).

⁶⁴ Artículo 49 CP: «La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad». Para un análisis detallado del análisis del derecho a la salud ver ARANGO (2009); PARRA VERA (2003, 2006).

como un servicio público que genera, al mismo tiempo, derechos prestacionales y derechos fundamentales. Además, la salud es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal. En otras palabras, la Constitución difiere a la ley la regulación del acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. Al precisar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, la Corte Constitucional expresó que *«en la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas»*⁶⁵.

La realización del derecho a la salud tiene como punto de partida el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad. Por esta razón, la doctrina le asigna el carácter de derecho prestacional, lo cual significa que requiere de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura, característica propia de los derechos sociales, tal como se ha visto. De esta manera, la prestación que involucra el derecho a la salud es de carácter programático porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que hacen posible su realización progresiva. Por lo anterior, el derecho a la salud, en principio, no puede considerarse como derecho fundamental. Sin embargo, como se ha visto, en ciertas situaciones especiales los derechos prestacionales se transforman en derechos subjetivos. A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte ha establecido algunos supuestos bajo los cuales se puede entender el derecho a la salud como derecho fundamental, y se ha elaborado, entre otras, la teoría de la *conexidad*. La jurisprudencia constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad *«son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no*

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero.

siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida»⁶⁶.

A partir de este criterio, una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional precisó en los siguientes términos los alcances del derecho a la salud: «El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida»⁶⁷.

Por su parte, la Observación General no. 14 de las Naciones Unidas, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), reconoce que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, y todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Este derecho abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad⁶⁸.

Tal como se señala en la citada Observación General no. 14, al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-491 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-484 de 1992. MP: Fabio Morón Díaz.

⁶⁸ A partir de estos cuatro elementos esenciales, se ha diseñado una metodología para identificar el núcleo esencial del derecho a la salud. Ver PARRA VERA (2003, 2006).

adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el *examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*. En relación con lo anterior, el derecho a la salud es un buen ejemplo del retroceso en la protección de los derechos sociales en Colombia. Explica ARANGO que pese a avances importantes en la primera década luego de la reforma constitucional de 1991 que universalizó la garantía del derecho a la salud, con un perceptible avance en el cubrimiento del servicio público de la salud, lo cierto es que la privatización de la prestación del servicio público y el ánimo de lucro que impera en las entidades prestadoras de la salud evidencian fallas significativas del diseño institucional, bien sea en el diseño de la política pública como en su ejecución administrativa, en especial en materia de supervisión y control por parte de agencias administrativas del Estado⁶⁹.

Se puede mencionar, a manera de ejemplo, la Sentencia C-1165 de 2000, en la que se demandaba la inconstitucionalidad de la Ley 344 de 1996, sobre normas tendientes a la racionalización del gasto público. Según los demandantes, la disminución de recursos públicos destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud establecida en dicha norma, atenta contra los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, relativos a la «ampliación progresiva de la cobertura en Seguridad Social»⁷⁰. En síntesis, la Corte encontró, sin lugar a duda, que *«esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales, que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad de servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por*

⁶⁹ ARANGO (2009, p.3). Al respecto, ver la sentencia T-760 de 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁰ MP: Alfredo Beltrán Sierra.

el desempleo y otros flagelos sociales». La decisión de la Corte fue declarar la inexequibilidad de dicha medida regresiva, pues atenta contra uno de los elementos del contenido esencial del derecho a la salud, relativo a la disponibilidad de recursos y a la ampliación progresiva de su cobertura.

Otro caso interesante, de reciente desarrollo es el relacionado con el *Derecho Humano al Agua*. El Comité DESC adoptó en el 2002 la Observación General no. 15, sobre el derecho al agua, en la que se define el derecho al agua en el contexto de los artículos 11 y 12 del PIDESC⁷¹. Esta OG establece que «*el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos*». Lo anterior fue confirmado en el marco del Derecho Internacional por la Resolución 64/292 de 28 de julio de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por la Resolución 15/9 de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, por medio de la cual se declaró que el derecho al agua potable y el saneamiento constituye un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. De acuerdo con la definición, el derecho humano al agua es el «*derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*». Como se observa, se trata de un derecho social con un contenido prestacional concreto, pero que recientemente ha sido aceptado como un derecho fundamental.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana así lo ha reconocido, en los siguientes términos: «*el agua potable constituye un derecho fundamental en la medida que, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y la salubridad pública (CP art. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es*

⁷¹ Sobre el valor jurídico de las Observaciones Generales, MITRE realiza un análisis específicamente en referencia con la OG n °15, sobre el derecho al agua. Al respecto, el autor señala que se trata de una interpretación descriptiva y abstracta, dimanada de una norma convencional y de la práctica consuetudinaria. Se trata de una interpretación auténtica, creadora de derecho, extensiva y evolutiva. Pero añade que no se agota con la sola función interpretativa de los artículos del Pacto, sino que constituye «*un desarrollo cuasi-legislativo*» puesto que entraña «*cierto grado de vinculación de modo indirecto, ya que representa una "guía ineludible" para los tribunales nacionales al momento de interpretar y aplicar derechos fundamentales dispuestos en normas de Derecho internacional, y éstos de cada a las normas internas*» (2012, pp. 253 y ss.).

un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela»⁷².

En relación con la determinación de su contenido, partiendo de lo expuesto en la OG n.º 15, se han podido identificar los elementos que forman parte del contenido sustantivo: la capacidad para acceder al recurso (accesibilidad), las condiciones en las que debe encontrarse dicho recurso (calidad) y los objetivos o fines para los que se accede al mismo⁷³. La *disponibilidad* hace referencia a que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y doméstico. La *calidad* hace referencia a la potabilidad del agua para uso doméstico, por lo tanto no podrá contener microorganismos o sustancias químicas radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. La *accesibilidad* se refiere a que el agua y las instalaciones de servicios de agua deben estar al alcance de todos, y por tanto, no deben ser objeto de discriminación alguna.

El anterior contenido implica entonces tanto obligaciones positivas —y complejas— como negativas para el Estado. Una de esas obligaciones es la de garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades, tal como lo dispone la OG n.º 15 (pár. 37) en concordancia con lo dispuesto para todos los derechos incluidos en el Pacto. Así, por ejemplo, sobre el deber de asegurar el acceso al agua en un nivel mínimo esencial, la sentencia T-740 de 2011 que conoció el caso de un sujeto de especial protección al cual le fue suspendido el servicio público domiciliario de agua por el incumplimiento en el pago, reiteró la postura asumida por la Organización Mundial para la Salud (OMS) en su informe «La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud (2003)» al señalar que «*la cantidad de agua mínima que una persona*

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-522 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido: Sentencia T-077 de 2013. MP: Alexei Julio Estrada; Sentencia T-740 de 2011. MP: Humberto Antonio Sierra Porto (para un análisis detallado de la sentencia ver BERNAL PULIDO, 2012) y Sentencia T-749 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa, entre otras. Para un análisis del derecho al agua potable en la jurisprudencia colombiana, actualizado hasta el año 2011, ver MOTTA VARGAS (2011).

⁷³ MITRE (2012, pp. 184 y ss.); SALINAS (2006, pp. 106 y ss.).

necesita para la satisfacción de las necesidades básicas es de 50 litros de agua al día». En concordancia con lo anterior, la Corte señaló que «estas obligaciones que constituyen el núcleo esencial del derecho al agua no pueden suspenderse, ni podrá justificarse su incumplimiento en la falta de recursos para garantizar su plena realización. Por esta razón, el Estado tiene el deber de asegurar este derecho a todos sus asociados, sin discriminación, de forma inmediata y atendiendo especialmente a las personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho»⁷⁴.

Otra obligación derivada del reconocimiento de este derecho, al igual que como ocurre en los demás derechos, es la de adoptar, de manera progresiva, medidas tendientes a la satisfacción del derecho en cuestión. En el caso del derecho humano al agua, la OG señala obligaciones generales, y obligaciones específicas, dentro de las que se encuentran la obligación de respetar, de proteger y de cumplir. En algunos casos, se trata de obligaciones de cumplimiento inmediato, y en otros de cumplimiento progresivo. Además, dispone la OG, existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto.

En relación con lo anterior, se pueden considerar regresivas medidas como aumentar desproporcionadamente el precio de los servicios de manera que los pobres no puedan pagar el agua y el saneamiento o permitir el deterioro de la infraestructura por falta de inversión en su funcionamiento y mantenimiento. Es claro que en tiempos de crisis económicas es cuando las medidas regresivas son más comunes, tal como se ha evidenciado en los últimos años, y ha sido expuesto por la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento CATARINA DE ALBUQUERQUE, quien señala que además de las medidas intencionadamente regresivas, es preciso ocuparse de la regresión desde una perspectiva más general: *«Aun cuando no sean deliberadamente regresivos, algunos actos u omisiones de los Estados pueden tener ese tipo de efectos. Cuando los Estados no logran garantizar ni un funcionamiento ni un mantenimiento adecuados, ni aplican mecanismos adecuados para la regulación, la vigilancia y la supervisión del sector, o no logran fomentar y fortalecer su capacidad a largo plazo, el resultado pueden ser intervenciones insostenibles que ocasionen*

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-077 de 2013. MP: Alexei Julio Estrada.

disfunciones en el acceso al agua y al saneamiento, y un retroceso en el ejercicio de los derechos humanos al agua y al saneamiento...»⁷⁵.

De lo expuesto podemos evidenciar claramente otro caso en el que un derecho de naturaleza social es reconocido como un derecho fundamental, con un contenido esencial que no puede ser afectado por la normatividad por medio de medidas regresivas, las cuales deberán ser evitadas por los Estados, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas al momento de reconocer estos derechos.

3. La consecuencia de la regresividad contra el contenido esencial: la inconstitucionalidad

Una vez establecida la existencia de un núcleo esencial como límite inquebrantable para la regulación en materia de derechos sociales, el tercer y último asunto a tratar es el de las *consecuencias* de la existencia de una norma regresiva que atente contra el núcleo esencial de los mismos. La principal consecuencia de la identificación en el control judicial de una medida regresiva de los derechos es su inconstitucionalidad, tal como se ha apreciado de lo expuesto hasta ahora. La cuestión, entonces, es determinar lo que podría llamarse el «grado» de la inconstitucionalidad, pues si bien, para algunos autores esta es absoluta, en la mayoría de los casos se ha aceptado que se trata de una inconstitucionalidad *prima facie*.

En el primer caso, se afirma que cuando se identifique una decisión, ajustada a la ley (esto es, no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada), que al revocar prestaciones sociales incida sobre el núcleo resistente de un derecho social, será inconstitucional *«siempre y en todo caso»*⁷⁶. En el segundo caso, se habla de una in-

⁷⁵ Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento. A/HRC/24/44 (2013) Consejo de Derechos Humanos.

⁷⁶ Para PONCE SOLÉ, las limitaciones vinculadas a la revocabilidad de prestaciones asociadas a los derechos sociales exigen que el control de la constitucionalidad de las mismas pase a través de tres filtros: determinar si la revocación o regresión incide sobre el contenido de un derecho social constitucionalmente declarado; comprobar si tal incidencia afecta al núcleo esencial del mismo vinculado a la dignidad de la persona; y suponiendo que la respuesta sea negativa (pues si fuera positiva, ya no superaría el control y debería finalizar aquí el análisis con

constitucionalidad *prima facie*, que podrá ser desvirtuada dependiendo de las circunstancias. Es la tesis expuesta por la Corte Constitucional colombiana, en los siguientes términos: «cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición *prima facie* y no absoluta. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad»⁷⁷.

La jurisprudencia ha aceptado, como regla general, que el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, señala la Corte, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad *prima facie*, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (1) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (2) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (3) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas⁷⁸.

declaración de inconstitucionalidad), entonces, en tercer lugar, analizar si supera los principios constitucionales y legales que limitan la decisión de revocación situada fuera de ese núcleo de facultades o posibilidades de actuación asociados a la dignidad de la persona (2013, p. 66). En igual sentido parece opinar COURTIS, para quien «en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego» (2006, p. 39).

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-182 de 2010. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁸ En este sentido ver las Sentencias T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-641 de 2007; MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-389 de 2009, MP: María Victoria Calle Correa.

De manera similar, algunos autores afirman que como la regresividad constituye un factor agravado de la razonabilidad, asunto que analizaré más adelante, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, cuya principal implicación es la transferencia al Estado de la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. Así las cosas, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, asegurando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Una vez demostrado lo anterior, la norma se presume inválida, y corresponderá al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, se encuentra justificada y es necesaria e imperiosa⁷⁹.

Entonces, el Estado queda obligado a demostrar la *estricta necesidad de la medida*, tal como ha sido exigido por el Comité DESC. Para lo anterior, el Estado deberá demostrar: (1) la existencia de un interés estatal permisible; (2) el carácter imperioso de la medida; y (3) la inexistencia de cursos de acción alternativos o menos restrictivos del derecho en cuestión. Distintas Observaciones Generales del Comité fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado, y las condiciones y el contenido de la posible justificación, que *«deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone»*⁸⁰.

⁷⁹ ABRAMOVICH y COURTIS (2006, pp. 106 y ss.).

⁸⁰ OG n.º 3, pár. 9: «Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa...»; OG n.º 13, pár. 45: (derecho a la Educación) «Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue *implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte*»; OG n.º 14, pár. 32: (derecho a la Salud): «Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado *tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*». OG n.º 15, pár. 19: (derecho al Agua): «Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado *tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referen-*

Además de lo anterior, en las Observaciones Generales n.ºs 14, 15 y 17, el Comité establece otro límite a las posibilidades de justificación del Estado, y es la vinculación con el contenido mínimo esencial, elemento común generalizable a todos los derechos del Pacto. En la OG n.º 14, relativa al derecho a la salud, se establece que «*la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, constituye una violación del derecho a la salud*» (pár. 48). Entonces, de acuerdo con la interpretación del Comité, se establece una prohibición absoluta de medidas regresivas que tengan como efecto el incumplimiento de la obligación de satisfacer niveles esenciales, en este caso, del derecho a la salud. En el mismo sentido, la OG n.º 15, relativa al derecho al agua, señala que «*los Estados partes violan el pacto en materia del derecho al agua cuando adoptan medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas*» (pár. 42).

En síntesis, puede afirmarse que cuando se identifique una medida regresiva de los Derechos Sociales, si dicha medida afecta el núcleo esencial de los mismos, quedará excluida de ser justificada por el Estado, y será declarada inconstitucional (*prohibición de regresividad absoluta sobre el contenido esencial de los derechos*). Si por el contrario, dicha medida no afecta el contenido esencial del derecho, se presumirá inválida inicialmente, y corresponderá al Estado demostrar (1) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos sobre algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos contemplados en el Pacto*; y (2) que ha empleado *todos los recursos de que dispone*, y que aún así, necesita acudir a dicha medida para proteger los demás derechos del Pacto (*prohibición de regresividad prima facie sobre el contenido no esencial de los derechos*)⁸¹.

cia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte»; entre otras.

⁸¹ Esta tesis ha sido expuesta por ABRAMOVICH y COURTIS (2004, 2006) y adoptada por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-469 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

V. La crisis económica y las medidas regresivas de los Derechos Sociales

Resulta pertinente hacer una referencia puntual a la crisis económica y su relación con las medidas regresivas⁸². Ya se ha visto como una de las principales críticas a la *Teoría de la Irreversibilidad* de las conquistas sociales propuesta por HESSE fue precisamente la dependencia de los recursos económicos del Estado y la imposibilidad o dificultad de mantener en época de crisis económica dichas conquistas sociales. Esta crítica, expuesta principalmente por PAREJO ALFONSO (1983, 2000), SANTAMARÍA PASTOR (1988) y LÓPEZ MENUDO (2009), señala que en épocas de crisis económicas (lo dicho en la década de los años ochenta es perfectamente aplicable en el período actual), se imponen reajustes transitorios y necesarios, que llevan en algunos casos a la aceptación del retroceso, pero siempre en la parte en que éste sea irremediable. No obstante, no es viable aceptar que cualquier situación de crisis legitime a los poderes públicos para derribar todo lo realizado en el campo de la acción social, por lo que la alternativa es la de establecer prioridades en un contexto de recursos escasos con el fin asegurar la preservación del núcleo esencial de las prestaciones, tal como se ha expuesto.

Es por esto que la actual coyuntura económica representa un contexto necesario para el estudio de las medidas regresivas y su campo de aplicación. Sin pretender abarcar el complejo asunto de la crisis económica y sus amplias posibilidades de análisis y discusión, me enfocaré especialmente en dos de sus —múltiples— consecuencias, de absoluta relación con el objetivo de esta investigación. De un lado, el desencadenamiento de recortes presupuestales y su incidencia en las prestaciones sociales reconocidas; y de otro lado, el fortalecimiento de las tendencias desreguladoras y su influencia en la normatividad ambiental, que por cuestiones metodológicas analizaré en el siguiente capítulo. Ambas consecuencias —recortes y desregulación— se presentan como respuestas a la crisis económica sufrida por la economía mundial a partir del 2008; no obstante, me enfocaré en el estudio de las mismas particularmente en el ordenamiento español.

⁸² Para una visión de conjunto de la problemática de la crisis económica en España ver, entre otros, AA.VV. (2011b) y EMBID IRUJO (2009, 2012).

1. Recortes presupuestales y regresión en los Derechos Sociales

Como explica VAQUER CABALLERÍA, uno de los caminos para la consolidación financiera y la disminución del déficit público es la reducción o supresión de compromisos de gasto, en otras palabras, el recorte de las prestaciones. Y dentro del grupo de derechos constitucionales, los más frágiles y vulnerables a los recortes presupuestarios son los derechos económicos, sociales y culturales, por varias razones⁸³. En primer lugar, su juventud, por ser el grupo de derechos de más reciente inserción en los textos constitucionales a partir de la configuración de la cláusula del Estado social. Esta característica hacen que estén menos consolidados política, social y jurídicamente. En segundo lugar, su contenido, pues constituyen derechos principalmente de carácter prestacional, cuya efectividad requiere mayor medida de gasto público⁸⁴, lo que los convierte en objeto apetecido de las decisiones de reducción o indisponibilidad de créditos presupuestarios⁸⁵.

Frente a la problemática descrita, se plantean dos importantes inquietudes. De un lado ¿la crisis económica constituye un argumento válido y suficiente para fundamentar las medidas regresivas de los derechos sociales?, y, de otro lado, ¿puede haber libertad absoluta en la adopción de dichas medidas regresivas con fundamento en la crisis económica?

En relación con la primera inquietud, ya he expuesto que en términos generales, la prohibición de retroceso es una prohibición *prima facie*; es decir, no es absoluta, y es posible admitir regresiones

⁸³ Para una síntesis de las razones de la vulnerabilidad de estos derechos, ver PISARELLO (2011).

⁸⁴ Para EMBID IRUJO «es evidente que casi con generalidad, la traducción de los derechos económicos y sociales tiene necesariamente un contenido económico, de gasto público, lo que en situaciones de crisis desemboca usualmente en el necesario endeudamiento de los poderes públicos, pues los recursos económicos ordinarios no suelen alcanzar, en esos momentos, a cubrir enteramente las decisiones de gasto adoptadas» (2009, p. 93). Pero hay opiniones que señalan que «no todos los derechos sociales dependen de una clave financiera, lo que señala con acierto la existencia de límites objetivos al discurso economicista. Por tanto, hay derechos sociales que no conllevan gasto alguno para el aparato del Estado más allá del funcionamiento ordinario de las estructuras administrativas (por ejemplo, las políticas de igualdad de género) y cuya preservación no debería estar amenazada por la reducción presupuestaria». EDITORIAL (2013) y PORRAS NADALES (2013).

⁸⁵ VAQUER CABALLERÍA (2012, p. 84).

en los derechos sociales, siempre que se encuentren debidamente justificados y motivados, y no se atente contra el contenido mínimo, esencial e irreductible de dichos derechos, el cual no podrá ser degradado. En relación con la motivación, VAQUER CABALLERÍA señala que *«resulta primordial que en los tiempos de crisis en los que se aceleran las reformas y se impulsan los ajustes y recortes, se ponga especial cuidado en la motivación de las medidas que se proyectan y aprueban, de forma que se justifique la licitud de los fines perseguidos, la necesidad e idoneidad de los medios articulados para alcanzarlos, y la proporcionalidad en el sacrificio de principios y derechos»*, en su caso⁸⁶. Es lo que ya se ha analizado como el plus de motivación que requieren las medidas regresivas de los derechos sociales, que obliga al Estado a demostrar y justificar la necesidad de dichas medidas.

VAQUER CABALLERÍA trae dos ejemplos en materia de vivienda, en los cuales se han adoptado medidas regresivas (supresión de subvenciones y reducción de la cuantía de algunas de las restantes ayudas a la promoción y el acceso a la vivienda protegida), entre otras razones porque *«se ha hecho imprescindible afrontar un gran esfuerzo de contención y reajuste presupuestario por las Administraciones públicas»*⁸⁷ o porque es necesario atender *«al contexto de austeridad y contención en el gasto público que hace necesario dejar sin efecto la medida de política económica de carácter coyuntural que dicha norma regula»*⁸⁸. Como explica el autor en cita, en ninguno de los casos mencionados las normas restrictivas o supresoras de las respectivas prestaciones se fundamentan en la ineficacia de dichas medidas o en su necesidad de mejora, *«sino que simplemente apelan a la necesidad*

⁸⁶ *Ibidem*. En otras palabras LOPERENA ROTA opina *«recortes sí, pero con criterio constitucional, no con un presuntamente aséptico criterio gubernamental. Y éste es el riesgo que estamos corriendo, el desconocimiento de las prioridades constitucionales en la elaboración de los proyectos de presupuestos»* (2012, p. 13).

⁸⁷ Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, reformó el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, con el objeto de suprimir una subvención tradicional al comprador de vivienda protegida (arts. 15 y 44 del RD 2066/2008, relativos a la ayuda estatal directa a la entrada, AEDE).

⁸⁸ Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que derogó el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regulaba la renta básica de emancipación de los jóvenes.

de ahorrar»⁸⁹, como se descubre de los respectivos preámbulos transcritos.

Para este autor entonces, las circunstancias socioeconómicas de la crisis pueden ser razón válida y suficiente para las leyes y medidas restrictivas de los derechos sociales, *«pero no debiera bastar con la invocación genérica de la crisis para justificarlas, sino que estas disposiciones deberían motivar su adecuación y proporcionalidad a las circunstancias invocadas»*⁹⁰.

Por su parte, EMBID IRUJO reconoce que la época actual contempla una evidente reducción de determinados derechos sociales, y opina que *«nada, podría decirse, está a salvo por completo de la posibilidad de revisión con fundamento en la necesidad de reducción del déficit y de la deuda»*. Para el autor, no sería posible poner un obstáculo de tipo jurídico a este proceso de reducción de dichos derechos fundándose en lo que llama la «inatacabilidad» de tales conquistas sociales. Señala, *«no hay tal inatacabilidad en relación con determinadas configuraciones del ordenamiento jurídico reguladas en un determinado momento por Ley, siendo derogada tal regulación legal en otro y, quizás y porqué no, reinstaurada en otro por venir. No veo en la Constitución un precepto expreso o una simple línea que permita una interpretación de la que deducir tales conclusiones que suenan más a literatura que a rigor en la construcción jurídica»*⁹¹. Es decir, para EMBID IRUJO, la crisis económica es razón suficiente⁹²

⁸⁹ VAQUER CABALLERÍA (2012, p. 85).

⁹⁰ *Ibidem.* p. 86.

⁹¹ EMBID IRUJO (2011b, pp. 113-115).

⁹² *Ibidem.* La expresión «razón suficiente» ha sido utilizada por la doctrina tras la interpretación de la STC 81/1982, de 15 de diciembre, en la cual se señala que *«Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»*. Para EMBID IRUJO la clave de la sentencia es *«la igualdad y no la inatacabilidad de las conquistas sociales por mucho que una lectura apresurada pudiera dar a pensar lo contrario»*. *Ibidem.* Por su parte, para SALA SÁNCHEZ en el caso analizado, *«no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores»* (2014, p. 64).

para justificar los necesarios retrocesos en los derechos sociales. Eso sí, los límites que pueden ponerse a estas políticas de reducción de derechos son únicamente «*los que puedan provenir de los derechos fundamentales “sociales”, regulados por la Constitución, y que pudieran ser afectados de tal forma en su contenido esencial que desapareciera, como consecuencia de esa afección, hasta la “imagen” identificadora de los mismos*»⁹³. Señala, finalmente, que admitir la inatacabilidad absoluta de estos derechos supondría el traslado de la deuda pública que inevitablemente genera tal mantenimiento de prestaciones sociales a las futuras generaciones.

En opinión de SALA SÁNCHEZ existen claros límites derivados del ordenamiento constitucional que una eventual o producida reversión social nunca podría traspasar. En primer lugar, límites derivados de la necesidad de un *razonamiento o motivación «suficiente»* de la restricción. Para el autor, la apelación genérica a situaciones de crisis o incluso a los principios de sostenibilidad económica y estabilidad presupuestaria también recogidos en el Texto Fundamental no pueden considerarse «motivación suficiente» para «*adoptar una restricción de un derecho social reconocido en la Constitución y, sobre todo, configurado en la legislación de desarrollo de acuerdo con los mandatos de progreso y optimización que aquella establece*». Agrega, «*el sacrificio de los derechos sociales no puede tener como único fundamento el ahorro, sino que éste —el ahorro— debe estar al servicio del mantenimiento de tales derechos. Como ha podido decirse con acierto, tenemos crisis, pero también Constitución*»⁹⁴.

⁹³ A manera de ejemplo, EMBID IRUJO plantea que no se produciría una violación del derecho a la educación por el hecho de que se decidiera suprimir o reducir —en las CC.AA. en que exista— la gratuidad de los libros escolares, mientras que sí se atentaría este derecho si se exigiera una colaboración económica de las familias en los ámbitos del marco temporal y material de lo que se entiende por educación obligatoria. La gratuidad de los libros escolares es la guinda, dulce, de la construcción de un derecho que no se vería afectado en lo más mínimo por su desaparición o minoración sustancial; mientras que la otra política atentaría frontalmente a esa «educación gratuita y obligatoria» de que habla expresamente el artículo 27 CE (2011b, pp. 113-115).

⁹⁴ Agrega que «*la “razón suficiente” exige también que la medida regresiva sea proporcionada, esto es, que constituya un medio coherente para alcanzar el fin pretendido, que sea el que menos merme el derecho social afectado y que el beneficio que proceda de la restricción (el ahorro) supere los perjuicios que se deriven de ella. Y no solo eso, sino que*

En segundo lugar, existen límites derivados de la invulnerabilidad del *contenido esencial* de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución, núcleo que es indisponible, incluso para la ley, cuando se trata de derechos fundamentales o constitucionales. En tercer lugar, hay límites derivados del *tipo de norma* por el que se establece la limitación regresiva. El problema radicaría en la utilización reiterada del Decreto-Ley para el establecimiento de medidas correctoras en sentido regresivo de derechos económico-sociales reconocidos o consolidados por ley; pues la Constitución (art. 86.1 CE) exige el requisito de «extraordinaria y urgente necesidad» para que el Gobierno pueda dictarlos.

En cuarto lugar, existen límites derivados de la *conexión* de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales, conexión evidente y constitucionalmente reconocida⁹⁵. Para SALA SÁNCHEZ, «*si la medida regresiva implica el cercenamiento de todo o parte de lo que con anterioridad ha calificado de contenido esencial de dichos derechos derivados (v. gr., el derecho a la asistencia y a recibir prestaciones suficientes en caso de necesidad, especialmente en situación de desempleo —art. 41 CE— o el derecho a tener garantizada la suficiencia económica durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas —art. 50 CE— o a recibir los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos atención especializada —art. 49 CE—), el retroceso podría calificarse de inconstitucional*»⁹⁶. Finalmente, existen limitaciones a las restricciones en función de los *principios* de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.

exige también que se produzca la necesaria ponderación entre la medida y sus efectos y el derecho social concernido (juicio de ponderación)». SALA SÁNCHEZ (2014, pp. 68 y ss.).

⁹⁵ Esta conexión ha reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, como es sabido. Sirva de ejemplo la relación, ya reiteradamente mencionada, entre el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) con el derecho a la vida e integridad física (art. 15.1 CE), declarada, entre otras, en las SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio, aunque la conexión se predique en los casos de riesgo o peligro grave para la salud. Pero quizá la conexión mayor de los derechos económicos y sociales —sobre todo de los últimos— se da cuando se trata del principio o derecho de igualdad (arts. 1.º1, 9.º2, 14 y 31 CE), generalmente asociado al de dignidad de la persona, y cuando se alude al derecho a la tutela judicial de derechos e interés legítimos (art. 24.1 CE). *Ibidem.* p. 78.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 79.

Por último, CALVO GARCÍA también se pregunta si la actual crisis financiera justifica *plenamente* el retroceso generalizado de los derechos sociales, y su respuesta también va en sentido negativo. Para el autor, ciertamente la crisis económica va a tener repercusiones en los derechos sociales, pero «*es evidente que el ataque neoliberal contra los derechos sociales se ha reforzado en estos años con la coartada de la crisis. La “desregulación” del mercado laboral, el aumento del desempleo y de las tasas de pobreza y exclusión social, la regresión del gasto social y los recortes generalizados en el bienestar social de los grupos sociales más vulnerables a los que han conducido las políticas neoliberales implementadas con el argumento de la salida de la crisis y para la recuperación de la economía han contribuido a un claro retroceso de los derechos sociales que no parece justificado*»⁹⁷.

De esta manera, es claro entonces que la crisis económica si puede ser una justificación válida para la adopción de medidas regresivas, pues además de lo expuesto, hay que recordar que los mandatos el Comité DESC imponen la realización progresiva de los derechos, *hasta el máximo de los recursos disponibles*, recursos que se encuentran limitados en períodos de crisis como el actual. No obstante, existen límites a estas medidas, pues reiterando lo expuesto en su momento, el legislador tiene un amplio —no absoluto— margen de apreciación para modificar e incluso restringir o derogar prestaciones sociales reconocidas constitucionalmente. Entonces la coyuntura económica puede ser razón suficiente para omitir o restringir una prestación, pero no una mera coartada para eludir el deber y la responsabilidad correspondiente. Como señala VAQUER CABALLERÍA «*la diferencia entre una y otra cosa es una cuestión de motivación y de proporcionalidad susceptible de control judicial*»⁹⁸.

Concluyo la primera parte de este análisis con lo dicho por la Corte Constitucional colombiana sobre estos asuntos, pues si bien las condiciones y el contexto de la crisis económica es distinto al español, también se ha realizado el análisis de dicha problemática. En relación con el alcance de la progresividad de los derechos sociales, se dijo que las situaciones de crisis económica conllevan inevitablemente la interpretación de tal progresividad en sentido

⁹⁷ CALVO GARCÍA (2014, p. 119).

⁹⁸ VAQUER CABALLERÍA (2012, p. 85).

restringido, pues el legislador, en esas circunstancias, «tiene que adoptar estrictos criterios de justicia distributiva, que implican un desaceleramiento de la ampliación de la cobertura de los servicios que se reconocen en virtud de dichos derechos. Por ello, no necesariamente tiene que destinar, año tras año, incrementos porcentuales en la financiación de dicha ampliación. Al respecto, el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, indica que el compromiso estatal respecto de esta categoría de derechos es tratar de lograr su vigencia progresiva, no lograrla ineludiblemente sin atención a la situación de mayor o menor desarrollo económico que se registre en un momento histórico determinado. Además, debe considerarse que la ampliación progresiva de los derechos derivados de la seguridad social, no guarda, necesariamente, una relación de proporcionalidad directa con la ampliación de los recursos fiscales destinados a la misma, pues la reorganización de los recursos no financieros disponibles, la reducción de los costos administrativos, o cualquier otra estrategia distinta de la incrementar los recursos del presupuesto destinados a tal crecimiento, puede también conducir a iguales resultados. En fin, la ampliación de la cobertura en épocas de crisis, bien puede lograrse mediante una política administrativa que fortalezca los mecanismos de desarrollo, sin generar nuevos gastos que el Estado en ese momento no puede asumir, ni menos aumentar»⁹⁹.

En otra ocasión recordó que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha admitido que los procesos de ajuste económico pueden implicar ciertas restricciones y regresiones en los alcances de satisfacción de esos derechos, las cuales son legítimas, siempre y cuando los Estados muestren la necesidad y proporcionalidad de esas medidas, tomando en cuenta el conjunto de los derechos protegidos, y siempre y cuando las autoridades tomen medidas para proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad¹⁰⁰. Por lo cual la norma demandada que contemplaba un mecanismo restrictivo del ejercicio del derecho de negociación colectiva, cumplen cabalmente «los requisitos impuestos por los organismos internacionales de control en este campo, que demandan que se trate de medidas temporales, que se garantice protección de los derechos de los traba-

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de Voto del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa a la Sentencia C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰⁰ Ver, entre otros, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General, n.º 3 de 1990 sobre la naturaleza de las obligaciones del Estado, Párrafos 10 y 12.

jadores con posiciones salariales débiles y se respeten condiciones de equidad. Como ya se indicó, la propuesta congela por 2 años los salarios, cumpliéndose el requisito de temporalidad. Se protege a los sectores más débiles al excluir de la medida los salarios inferiores a 2 salarios mínimos legales mensuales y, finalmente, se contempla una fórmula de equidad, consistente en autorizar ajustes si se presentan fenómenos inflacionarios que minen la capacidad adquisitiva del salario»¹⁰¹ (subraya en el original).

VI. Conclusiones

Con la incorporación de los derechos sociales y colectivos en las constituciones nacionales, y con el reconocimiento paulatino de medidas encaminadas a garantizarlos, se transformó la actividad de la Administración que caracterizaba al Estado liberal, en una actividad de intervención más intensa, propia del Estado social de Derecho. Los DESC, caracterizados por su naturaleza prestacional, consisten en mandatos jurídicamente vinculantes, que requieren de una acción administrativa o legislativa para lograr su efectivo cumplimiento. Esta primera característica —su naturaleza jurídicamente vinculante— ha sido reconocida en sede judicial en los ordenamientos español y colombiano, y se ha aceptado que independientemente de su ubicación en el texto constitucional imponen un mandato a la Administración y exigen el cumplimiento de obligaciones, tanto negativas con positivas, con el fin de propender a su satisfacción, eso sí, en la mayoría de los casos, de manera progresiva.

La segunda característica estudiada de estos derechos consiste en la naturaleza subjetiva de los mismos. Lo anterior quiere decir que el ciudadano goza de unas facultades jurídicas exigibles; los poderes públicos tienen el deber jurídico de garantizar las condiciones necesarias para satisfacer estos derechos; y finalmente, las facultades en cuestión gozan de una protección jurídica, tanto constitucional como legal.

En desarrollo de lo anterior, el Estado debe poner los medios para cumplir con las obligaciones derivadas del reconocimiento de

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1017 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

los Derechos Sociales. Estas medidas, tal como lo señala el PIDESC (art. 2.1) deberán ser especialmente técnicas, económicas, e inclusive legislativas, y hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios la plena efectividad de los Derechos Sociales reconocidos.

Este carácter progresivo del cumplimiento de las obligaciones se predica de las facetas prestacionales de todos los derechos constitucionales, ya sean catalogados como fundamentales, sociales o colectivos, e implica que la realización de estos derechos no siempre puede darse de manera inmediata y completa, sino que debe darse en un tiempo razonable. No obstante, en determinadas circunstancias, el avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los DESC puede verse afectado por la adopción de medidas regresivas, es decir, que «vuelven hacia atrás» o retroceden en el nivel de protección alcanzado, pues los Estados pueden enfrentar dificultades, como por ejemplo las crisis económicas, las cuales pueden hacer imposible el mantenimiento del grado de protección que había sido alcanzado.

De todas formas, lo que busca el Principio de No Regresión es evitar retrocesos en los estándares de protección alcanzados en las facetas progresivas de los Derechos Sociales. No tiene por objetivo cristalizar o congelar las políticas públicas, sino, por el contrario, propender por el avance continuo de las mismas, y la garantía permanente del núcleo o contenido esencial de los Derechos Sociales. No es posible entonces hablar de irreversibilidad o no regresión absoluta, pues existe un contenido mínimo, esencial e irreductible de dichos derechos que no podrá ser degradado, y que determinará el campo de acción del Principio de No Regresión. Dicho contenido esencial se encuentra fundamentado en el concepto de dignidad humana, como valor fundante de los ordenamientos jurídicos, y vinculado con el concepto de mínimo vital, entendido, en líneas generales, como las condiciones materiales indispensables para sobrevivir dignamente. Por último, en relación con la determinación de dicho contenido, si bien el legislador deberá realizar una primera delimitación del área intangible del derecho en cuestión, el caso concreto y las condiciones relativas a la realidad socioeconómica y al momento permitirán definir con más precisión dicho contenido.

Ahora bien, la consecuencia de la adopción de una medida regresiva no puede ser otra que su inconstitucionalidad. No obstante, esta afirmación requiere de un análisis adicional. No se puede hablar de una inconstitucionalidad absoluta, pues esto significaría una petrificación o cristalización del derecho, lo que iría en contra de su efectiva realización. Se debe hablar entonces de una presunción de inconstitucionalidad *prima facie*, la cual deberá ser desvirtuada por el Estado, con una motivación suficiente para superar la prohibición. Además de contar con este *plus* de motivación, la medida regresiva deberá respetar, en cualquier caso, el contenido mínimo esencial del derecho, sobre el cual sí recaerá efectivamente una prohibición absoluta de regresión.

Capítulo 4

El Concepto de No Regresión en el Derecho al Ambiente

I. Consideraciones Previas

Este capítulo se dedica al análisis en concreto de la no regresión en materia ambiental. Siguiendo una estructura paralela al capítulo anterior, en este momento analizaré con mayor detalle el reconocimiento constitucional del Derecho al Medio Ambiente, con el fin de dar respuesta a dos interrogantes: ¿se trata de un derecho subjetivo? Y, ¿se trata de un mandato jurídicamente vinculante? (I). Posteriormente, analizaré las características de la no regresión, su concepto y su campo de aplicación en materia ambiental (II) haciendo particular énfasis en el alcance y los límites del contenido del derecho en cuestión. Abordaré además 4 posibles alternativas para fundamentar la existencia de un contenido esencial del derecho al medio ambiente, y las posibilidades existentes para delimitar y determinar dicho contenido. A continuación, analizaré las consecuencias de la regresividad contra el contenido esencial, o como se verá mejor, contra el *nivel de protección ambiental alcanzado*, haciendo énfasis en los casos jurisprudenciales estudiados (IV). Para finalizar, haré una referencia particular a la crisis económica y su relación con las medidas regresivas del derecho al ambiente (V).

II. Reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente

Este asunto ya había sido tratado con detalle en el capítulo segundo, y se hizo especial énfasis en la dificultad para categorizar el

Derecho al Ambiente, dadas las particularidades de los intereses que protege. En esta ocasión, bastará resumir lo dicho, con el fin de delimitar el objeto de estudio en el presente capítulo. Convendrá, además, invertir el orden del análisis realizado en la primera parte de este capítulo sobre los Derechos Sociales, pues, en primer lugar, será necesario determinar si efectivamente se trata de un derecho subjetivo, para, en segundo lugar, determinar el carácter vinculante de las obligaciones que se derivan de su reconocimiento.

1. *¿Se trata de un derecho subjetivo?*

La cuestión relativa a la subjetividad (ya no fundamentalidad) del derecho al ambiente también ha planteado amplias discusiones en la literatura jurídica. La peculiaridad del objeto de protección (naturaleza o medio ambiente) hace que sea muy difícil la aplicación de las categorías jurídicas clásicas. Entre otras razones, porque no es fácil identificar su titularidad con un sector determinado, sino con la comunidad en general, debido a la potencialidad del perjuicio que se puede causar. Esta dificultad es lo que MARTÍN MATEO reconoce como «la intrínseca asimetría entre Derecho Ambiental y derecho subjetivo», porque «*los derechos subjetivos, como la misma rúbrica indica, son derechos de cuño individualista y antrópico, mientras que el Derecho ambiental tiene un substratum intrínsecamente colectivo y naturalista que pretende proteger al hombre, desde luego, pero también al medio terráqueo en cuanto tal; de aquí los inconvenientes de la catalogación de los derechos implicados conforme a los esquemas tradicionales*»¹. En el mismo sentido se expresa BETANCOR RODRÍGUEZ y afirma que esta «des-humanización del derecho» tiene que afectar las categorías tan «humanas» del Derecho, como es el concepto de derecho subjetivo².

Es necesario entonces determinar si en el derecho al ambiente se encuentran las tres facultades mencionadas con anterioridad, en

¹ MARTÍN MATEO (1991b, p. 144).

² BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 500). Sin embargo, algunos autores consideran que es posible adaptar el concepto de derecho subjetivo a la actualidad, como lo explica IBÁÑEZ MACÍAS, pues *el derecho subjetivo protege un interés jurídico, independientemente de si se trata de un interés individual o colectivo, o incluso difuso, como el caso del medio ambiente. Entonces, el derecho al medio ambiente sería subjetivo, y protege tanto el interés individual de su titular como el interés colectivo o difuso* (2007, p. 149).

relación con los derechos subjetivos: las *facultades jurídicas* que competen al titular; los *deberes jurídicos* que vinculan o afectan a ciertas personas situadas en el lado pasivo de la relación, y la *protección jurídica* que se le dispensa.

En el caso colombiano, el análisis resulta sencillo, pues la Corte Constitucional ya ha reconocido que se trata efectivamente de un derecho subjetivo³. En relación con las *facultades jurídicas*, la Corte reconoce que el derecho a gozar de un ambiente sano es también un derecho subjetivo de todo ser humano, en tanto se considera titular del derecho a vivir sanamente y sin injerencias indebidas, derecho que incluso ha sido reconocido como fundamental. En relación con los *deberes jurídicos*, la misma Constitución radica en cabeza del Estado los deberes concretos de «proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines» (art. 79); de planificar «el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución» y de «prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados» (art. 80). Finalmente, en relación con la *protección jurídica*, los ciudadanos que vean vulnerado su derecho a gozar de un ambiente sano tendrán la posibilidad de ejercer las acciones constitucionales previstas, como la acción popular, y dado el caso, la acción de tutela.

En el caso español, como se ha adelantado, el análisis inicial resulta bastante más problemático, pero como se verá, finalmente se trata de un debate superado. Existen diversas elaboraciones dogmáticas sobre la condición de derecho subjetivo de lo dispuesto en el artículo 45 CE. Como ya se expuso, un sector de la doctrina española ha considerado que efectivamente se trata de un derecho subjetivo, ya sea de carácter «mediato»⁴, es decir, que su reconocimiento no es inmediato y requiere que el legislador determine su

³ Así fue reconocido en la ya citada Sentencia T-271 de 2010. MP: María Victoria Calle Correa.

⁴ JORDANO FRAGA (1995, p. 483). DELGADO PIQUERAS afirma que es un «derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección judicial ordinaria» (1993, p. 56).

contenido y alcance; o «singular»⁵, pues aunque no tenga un contenido esencial y no sea susceptible de amparo, si produce efectos jurídicos. De otro lado, un sector mayoritario de la doctrina española niega el carácter subjetivo de este derecho, argumentando que se trata de un «principio rector de la política social y económica», que ha sido excluido de manera expresa en la Constitución del catálogo de los derechos subjetivos, y la ausencia de un contenido esencial garantizado constitucionalmente y de protección judicial, sin necesidad, en ambos casos, del desarrollo legislativo, incluso el desarrollo por obra de una ley orgánica⁶.

Resulta esencial lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en relación con la interpretación de lo que se puede entender por derechos fundamentales. El TC explica la diferencia entre derechos subjetivos y los que no lo son, a pesar de la utilización por la Constitución de tal término, pues bajo tal categoría se comprende tanto verdaderos derechos subjetivos como *cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas*⁷. Ciertamente expresa BETANCOR RODRÍGUEZ, que el derecho a disfrutar del medio ambiente encajaría en este segundo tipo: un mandato dirigido al legislador que le obliga a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo, y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo⁸. En definitiva, como se ve, se trata de un debate superado, pues independientemente de que estemos hablando de un derecho social o colectivo, de un derecho fundamental o de un principio rector de la política social y económica, lo cierto es que el reconocimiento constitucional del derecho a gozar o disfrutar de un ambiente sano o adecuado,

⁵ LÓPEZ RAMÓN (1997a, pp. 347 y ss.).

⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b); EMBID IRUJO y EMBID TELLO (2006); MARTÍN MATEO (1991b) entre otros. Además, así fue reconocido en la reciente STC 84/2013 de 11 de abril, ya citada en el capítulo II.

⁷ (...) Si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que solo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado. (...) STC 31/2010 de 28 de junio.

⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 500).

implica una vinculación, un mandato al legislador y a los poderes públicos, del cual se derivan obligaciones tanto positivas como negativas, y de cumplimiento inmediato o progresivo. De esta manera, la negativa a reconocer el carácter de derecho subjetivo no significa que el precepto constitucional carezca de consecuencias jurídicas, incluida la tutela judicial en su condición de interés legítimo, y dicho reconocimiento no es un requisito imprescindible para la protección del interés⁹. La naturaleza jurídica del derecho será determinante especialmente para establecer los mecanismos procesales destinados a su protección en cada caso, pero no condiciona la existencia de obligaciones a cargo de los poderes públicos.

Entonces, en ambos ordenamientos nos encontramos con prescripciones jurídicas a favor de un individuo, o de toda la sociedad (dada la naturaleza colectiva y difusa del interés protegido) a cargo del Estado, el cual debe realizar comportamientos tanto positivos como negativos para garantizar la satisfacción de este derecho.

2. *¿Se trata de un mandato jurídicamente vinculante?*

Una vez determinada la existencia de un derecho subjetivo, en el caso colombiano, y de una cláusula de legitimación en materia ambiental, en el caso español, es necesario precisar el alcance de los mandatos derivados de este reconocimiento. En relación con su valor normativo, lo dicho hasta ahora sobre los Derechos Sociales puede decirse, *mutatis mutandi*, sobre el derecho al ambiente sano.

En Colombia, existe un mandato constitucional claro que se refiere a las funciones y obligaciones ambientales de los poderes públicos. La Constitución contempla como uno de sus principios fundamentales la obligación estatal de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8.º CP), e igualmente recoge bajo la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 CP) y de deberes específicos (arts. 58, 95-8 CP) las principales directrices que rigen la relación entre el Estado, los asociados y el ecosistema¹⁰. De dichas disposicio-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Además: «Corresponde a las Asambleas Departamentales (...) 2. Expedir las disposiciones relacionadas (...) con el ambiente» (art. 300 CP); «Corresponde a los Concejos (...) 9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y

nes se desprende el derecho del cual son titulares los residentes en Colombia de gozar de un medio ambiente sano, al igual que una obligación en cabeza del Estado y de los asociados de *proteger la diversidad e integridad del ambiente*, y un deber estatal de *prevenir y controlar los factores de deterioro* y *garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución*. De esta manera es válido afirmar que la Constitución de 1991 impone obligaciones al Estado y también a los particulares en materia ambiental, pues el medio ambiente no sólo es un derecho sino también un bien jurídico constitucionalmente protegido, cuya preservación debe procurarse no sólo mediante acciones aisladas estatales sino mediante el concurso de todas las autoridades y el diseño de políticas públicas ajustadas a tal objetivo¹¹.

En el caso español, ya se dijo que pese a estar incluidos bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica», los derechos allí contenidos no tienen un mero valor programático, sino que son efectivamente vinculantes para los poderes públicos¹². Lo mismo se predica, sin duda alguna, frente al derecho a gozar de un ambiente sano. Al respecto, LOZANO CUTANDA expone que el hecho de que la Constitución configure el medio ambiente como un bien o interés colectivo informador del ordenamiento jurídico, no significa en modo alguno que su proclamación en el texto constitucional carezca de operatividad normativa directa. Señala la autora que el valor informador del artículo 45 «no constituye una pura “invitación” al legislativo, sino que tienen, como todo el texto constitucional, un valor normativo y, por tanto, vinculante»¹³. Entonces, la defensa del medio ambiente (como derecho colectivo, o si se quiere, interés económico y social) exige, como dice NIETO, formular y poner a disposición de la sociedad «técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos, de la misma manera que ahora existen ya

defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio» (art. 313 CP); «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano» (art. 334 CP); entre otros.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 198\4396).

¹³ LOZANO CUTANDA (2010, p. 102); (2012, p. 1556).

para la defensa e los intereses individuales. Técnicas que han de responder a la sociedad en la que nos encontramos»¹⁴. Finalmente, el valor integrador de los principios económicos y sociales obliga a tener presentes estos preceptos en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes¹⁵. Se puede concluir que su carácter de norma jurídica le permite surtir efectos jurídicos, informando la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, con su consiguiente influencia en el terreno interpretativo de las normas¹⁶.

En síntesis, independientemente de la naturaleza jurídica del derecho en cuestión, existen obligaciones vinculantes para el Estado, el cual deberá realizar comportamientos positivos o negativos para garantizar la protección del derecho. Si bien en la mayoría de los casos la realización de dichas actuaciones se realizará de forma progresiva, como se verá a continuación, la Prohibición de Regresividad en materia ambiental no se derivará exclusivamente del Principio de Progresividad, tal como sucedía en los Derechos Sociales. Así las cosas, la cuestión que surge ahora es la determinación del concepto y el límite de dicho principio en materia ambiental.

III. El concepto de regresividad en el Derecho al Ambiente

En este punto, corresponde determinar si el concepto de regresividad estudiado en la primera parte, aplicable a los derechos sociales, puede ser igualmente aplicable al derecho al ambiente, o si por el contrario, será necesario plantear una noción específica para este caso en concreto. Debemos partir por confirmar, como ya se anunció, que sí es válida la aplicación del Principio de No Regresividad

¹⁴ NIETO (1975, p. 27).

¹⁵ STC 19/1982, de 5 de mayo.

¹⁶ A este respecto, ORTEGA ÁLVAREZ señala que el artículo 45 puede actuar como parámetro de constitucionalidad de las leyes y de anulación o inaplicación de reglamentos y de anulación de actos que contravengan formalmente su contenido. Además, el medio ambiente del artículo 45 actúa como límite de otros derechos o bienes constitucionales. Finalmente constituye un título habilitante de intervención pública para la configuración de prestaciones, y criterio de interpretación y aplicación de la discrecionalidad administrativa (2013, p. 56).

en materia ambiental. Ya se han expuesto someramente algunas de las razones y fundamentos de esta afirmación, por lo que bastará concretarlas. Básicamente, el derecho a gozar de un ambiente sano (independientemente de si se trata de un derecho fundamental, social o colectivo), tiene una faceta prestacional, derivada de la obligación del Estado de satisfacer y garantizar un medio ambiente adecuado para los ciudadanos¹⁷. Esta obligación de carácter prestacional, exige de las autoridades competentes la realización de acciones públicas orientadas a asegurar su goce efectivo a todos los habitantes del territorio nacional, acciones que pueden ser de realización inmediata o progresiva. Entonces, si el Estado tiene la obligación de tomar medidas encaminadas a la protección del derecho en cuestión, también tiene la obligación correlativa de no disminuir el nivel alcanzado en dicha protección, sin justificación alguna. Así las cosas, del contexto constitucional en que desarrolla la protección al ambiente en el ordenamiento colombiano, se desprende el deber de progresividad y no regresión en la protección del ambiente, en tanto principio constitucional y derecho con facetas prestacionales que generan deberes de actuación a las autoridades estatales¹⁸.

Ahora bien, en relación con el concepto de regresividad, se hace necesario, en primer lugar, exponer sucintamente las definiciones propuestas por los autores que más han trabajado el tema recientemente, para luego, con los elementos ya analizados, construir una definición propia. Para PRIEUR se trata de un *«verdadero principio jurídico, no una simple cláusula, que tiene por objeto la protección de los avances alcanzados en el contenido de las legislaciones medioambientales, y entre otras formas, deriva de las reformas cuyo objeto consiste en modificar o abrogar el derecho existente»*¹⁹. En criterio de LÓPEZ RAMÓN, el Principio de No Regresión ambiental *«es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea de progreso humano que está detrás de la declaración revolucionaria. Es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del*

¹⁷ En este sentido, ver SIMÓN YARZA (2012, p. 63).

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos. En el mismo sentido ya se había pronunciado la Sentencia C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ PRIEUR (2010, p. 64).

medio ambiente»²⁰. Para SIMÓN YARZA, se trata de «*la prohibición prima facie de incidir restrictivamente en los aspectos esenciales de un nivel de protección medioambiental dado*»²¹.

ESAÍN, por su parte, traduce la noción de regresividad de los derechos humanos, y siguiendo a COURTIS, señala que «*la no regresión constituye una limitación sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación del derecho al ambiente. Con ella se veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel de protección del ambiente alcanzado, del que goza la población*»²². Para SOZZO, es un «*mecanismo para no retroceder en los niveles de protección factual del ambiente y garantizar así el progreso de la humanidad*»²³.

En el mismo sentido, PEÑA CHACÓN afirma que el Principio de No Regresión «*enuncia que la normatividad y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare ir hacia atrás respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad, y tienen como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación. La principal obligación que conlleva es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección*»²⁴.

La condensada exposición nos permite extraer algunos elementos de lo que debemos entender por Prohibición de Regresividad en materia ambiental, y si bien los criterios vistos en relación con los derechos sociales son sin duda alguna aplicables²⁵, será necesario matizar y ajustar el alcance de esta definición conforme a las par-

²⁰ LÓPEZ RAMÓN (2010, p. 3).

²¹ SIMÓN YARZA (2012, p. 62).

²² ESAÍN (2013, p. 21).

²³ SOZZO (2012, p. 65).

²⁴ PEÑA CHACÓN (2012, p. 1).

²⁵ En el Salvamento de Voto de la Sentencia C-630 de 2011, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva afirmó que «*no concurre ningún argumento plausible para negar que las reglas y exigencias constitucionales predicables de los instrumentos de protección de los derechos sociales, también resultan mutatis mutandi aplicables frente a las herramientas destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos*».

ticularidades del objeto de protección de este derecho. Así las cosas, para la presente investigación entenderé por Prohibición de Regresividad en el derecho al ambiente *la limitación a los poderes públicos, de disminuir o afectar de manera significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado*. Corresponde ahora estudiar las características principales de esta figura²⁶.

1. *Reconocimiento implícito*. Por regla general, la prohibición de regresividad no ha sido consagrada expresamente en materia ambiental, ni en instrumentos jurídicos vinculantes internacionales ni en normatividades internas. Es de destacar el caso ya analizado de la Declaración «*El futuro que queremos*» (2012), en la que se puede advertir una mención al respecto, en los siguientes términos: «*20. Reconocemos que, desde 1992, en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, los avances han sido insuficientes y se han registrado contratiempos, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular de los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, es esencial que no demos marcha atrás en nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*». Si bien, como se indicó en su momento, no quedó expresamente consagrado el Principio de No Regresión en materia ambiental, se trata de un reconocimiento importante de dicha problemática. No obstante, como se ha reiterado, es posible deducir la Prohibición de Regresividad del Principio de Progresividad, cuya aplicación en materia ambiental si ha sido reconocida. A manera de ejemplo, en el ordenamiento argentino la Ley 25675/02 (General del Ambiente),

²⁶ No se debe desconocer que además de la expresión «Principio de No Regresión» la doctrina ha utilizado otras similares. Como explica PRIEUR, en función del país, se habla del «principio de standstill» en derecho belga, de efecto «trinquete» o de norma del «trinquete antirretorno» en la doctrina francesa, de intangibilidad de los derechos fundamentales, de derechos adquiridos legislativos o de carácter irreversible de los derechos humanos, de cláusula de «statu quo», de no retrogresión, etc. El autor recurre a la formulación «principio de no regresión» para demostrar claramente que lo que está en juego es la protección de los avances alcanzados en el contenido de las legislaciones medioambientales. Aunque puede que sea preferible la formulación positiva, es decir, «el principio de progreso», esta resulta demasiado vaga y, en realidad, supuestamente cualquier legislación aporta progresos a la sociedad (2010, p. 64). Para un interesante análisis de las distintas denominaciones del principio ver LOZANO CUTANDA (2012, pp. 1559 y ss.).

dentro de los principios de la política ambiental incluye el Principio de Progresividad (art. 4.º), en los siguientes términos: «Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos». Entonces, autores argentinos han derivado de dicho precepto la existencia de dos subprincipios: la gradualidad y la no regresión en materia ambiental²⁷.

En otros casos, el reconocimiento de la aplicación del Principio de No Regresión en materia ambiental se ha dado por vía jurisprudencial, como es el caso colombiano, en las sentencias ya expuestas²⁸. En el ordenamiento español, el reconocimiento de la existencia del Principio de No Regresión en materia ambiental también se ha hecho por vía jurisprudencial, pero de manera autónoma; esto es, sin derivarlo del Principio de Progresividad, como lo hizo la Corte Constitucional colombiana. Así, el Tribunal Supremo Español reconoció el Principio de No Regresión en materia ambiental, señalando que dicho principio «implicaría la imposibilidad de no regresar —de no poder alterar— una protección especial del terreno, como es la derivada de Montes Preservados y de los terrenos que integran la Red Natura 2000 y los que forman parte del PORN del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno, desde luego incompatible con su urbanización, pero también directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico». Expone además que «el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos»²⁹.

Para lo anterior, se apoya en el Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, que si bien está referido a modificación de zonas verdes,

²⁷ El tema ha sido estudiado por BERROS y SBRESSO (2012); BERROS (2011); CAFFERATTA (2009, 2012) y ESAÍN (2013), entre otros.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-443 de 2009 y C-123 de 2014, ya citadas.

²⁹ STS 5538/2012. FJ 7. En capítulos siguientes me referiré con detalle a ésta y a otras sentencias en las que se hace referencia al Principio de No Regresión en materia ambiental.

apunta que dicha modificación «no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula “standstill” propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga».

Igualmente sucedió en Panamá, pues en una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia se introdujo por primera vez el Principio de No Regresión en materia ambiental bajo la consideración de que la exclusión del Humedal Bahía de Panamá, del régimen jurídico de protección y conservación de los ecosistemas allí existentes, es una actuación ilegal que desconoce el carácter especial de área protegida³⁰. En efecto, el fallo establece que la anulación de un acto administrativo de interés general, o público de carácter ambiental, a menos que sea por un interés superior a éstos, acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección ambiental³¹.

Recientemente, la jurisprudencia de Costa Rica ha reconocido expresamente este principio³². La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estudia la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad respecto a la aprobación del proyecto de ley denominado «Ley de Territorios Costeros Comunitarios». La Corte Suprema expresó que «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 identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de

³⁰ Sentencia N.º 123-12, de 23 de diciembre de 2013.

³¹ Cf. MITRE GUERRA (2015).

³² Sentencia constitucional número 2013-10158 del 24 de julio de 2013.

nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional».

2. *Vinculante jurídicamente.* La prohibición de regresividad comporta un mandato vinculante para los poderes públicos, de obligatorio cumplimiento. De esta manera, la no regresividad consiste en una obligación que impide al legislador, y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de protección ambiental del que goza la población. A lo anterior, insisto, hay que añadir que esta obligación no solo limita a los poderes legislativo y ejecutivo, ya que el poder judicial también tendrá la obligación de evitar cualquier interpretación regresiva e injustificada de los derechos en juicio; pues será en sede judicial donde más se evidenciarán estas regresiones, en casos como los expuestos por las sentencias de España y Panamá referidas. La base constitucional del Principio de No Regresión (art. 93 de la CP colombiana, y art. 45 CE³³) impone al legislador, en primer lugar, una limitación a la libertad de configuración normativa³⁴, pues el legislador deberá tener en cuenta el nivel de protección ambiental alcanzado por la normatividad vigente, el cual debe ser respetado, y no podrá afectar los umbrales y estándares de protecciones ambiental ya adquiridos, o derogar o modificar normativa vigente en la medida en que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente dicho nivel, salvo que se encuentre suficientemente motivado por cuestiones de interés general.

En segundo lugar, el Principio de No Regresión le impone a la Administración el deber de salvaguardar los niveles de protección

³³ Fundamento constitucional reconocido jurisprudencialmente, señalado en la STS 5538/2012.

³⁴ La jurisprudencia colombiana, en relación con este asunto, ha señalado que el Principio de No Regresión ha sido interpretado como un límite al ejercicio de las competencias del Legislador cuya amplia libertad de configuración en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: *«todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático y debe presumirse en principio inconstitucional»* Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana María Guillén Arango. No obstante, los anteriores principios, *«no petrifican la posibilidad de regulación en materia de derechos sociales (...) Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho».* Sentencia C-727 de 2009. MP: María Victoria Calle Correa.

ambiental ya alcanzados, y en cualquier caso, le exige lo que la jurisprudencia española reconoce como un «*plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los suelos protegidos*»³⁵. Exigencia que debe ser extensiva a la protección de otros recursos naturales además del suelo.

Finalmente, el Principio de No Regresión le impone al poder judicial un criterio adicional de revisión de normatividad relacionada con asuntos ambientales. Así, en unos casos se encuentra que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamenten cuestiones ambientales. Entonces la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad³⁶. En otros casos, el control judicial de la regresividad se hará por medio del juicio de proporcionalidad³⁷, y finalmente, en otros casos constituirá un análisis autónomo e independiente³⁸; asuntos sobre los cuales volveré más adelante. Baste decir por ahora que independientemente de la forma o herramienta utilizada para revisar la regresividad supuesta de una norma, el juez tiene la carga de incluir este factor en su análisis, y evitar cualquier tipo de interpretación regresiva del nivel de protección ambiental, salvo que se encuentre debidamente motivada y justificada.

3. *Relación con la temporalidad jurídica.* El análisis de una medida regresiva en materia ambiental exigirá comparar dos normas adoptadas en momentos distintos, que, tratando sobre el mismo asunto, garantizan un nivel distinto de protección. Es lo que COURTIS llamó *regresión normativa*, que requiere la verificación de una disminución injustificada del nivel de protección alcanzado. Otro aspecto relacionado con la temporalidad jurídica viene ligado a la idea de gradualidad en la obtención de un nivel cada vez más alto, o lo que es lo mismo, la progresividad en el derecho ambiental, uno de sus

³⁵ STS 5538/2012.

³⁶ Ver COURTIS (2006, p. 22); ESAÍN (2013, p. 33); entre otros.

³⁷ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011: MP: Juan Caros Henao Pérez, y Sentencia C-629 de 2011. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁸ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011: MP: Juan Caros Henao Pérez, y Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana María Guillén Arango.

fundamentos analizados. Finalmente, una cuestión adicional que se expondrá más adelante, tiene que ver con las generaciones futuras, pues una disminución injustificada del nivel de protección podría trasladar a las generaciones futuras un entorno más degradado.

4. *Relatividad.* Como se analizó en su momento para la prohibición de regresividad en los Derechos Sociales, no se trata de una prohibición absoluta. En el caso ambiental, también se trata de una prohibición relativa, susceptible de excepciones a su aplicación. Es relativa, de acuerdo con la naturaleza teleológica del derecho ambiental, analizada en el capítulo anterior, pero también de acuerdo con la coyuntura socioeconómica y la disponibilidad de nuevas tecnologías, por lo que cualquier limitación o retroceso, requerirá una justificación. PRIEUR ya reconocía este matiz, y señalaba que «los progresos continuos del derecho ambiental asociados a los progresos continuos de la ciencia y la tecnología hacen que los umbrales de no regresión estén en continuo cambio debido a las reformas sucesivas del derecho ambiental que integran las nuevas exigencias tecnológicas más protectoras del medio ambiente. La regresión puede justificarse a través de circunstancias contempladas en ciertos textos o derivarse de determinadas jurisprudencias»³⁹.

Se trata entonces de una cuestión de matices, y no podrá hablarse de No Regresividad de manera absoluta, como parecían plantear inicialmente los defensores del principio. Deberá valorarse en cada caso concreto circunstancias de distinta naturaleza, pues la salvaguardia y el mantenimiento del nivel de protección ambiental alcanzado dependerá no sólo de consideraciones de naturaleza socioeconómica, sino del estado de la ciencia en determinado momento y de la protección de otros derechos e intereses.

IV. Alcance y límites de la prohibición de regresividad en Derecho al Medio Ambiente: ¿existe un núcleo esencial o irreversible?

Siguiendo el esquema planteado en el análisis del capítulo anterior, corresponde estudiar ahora una cuestión que ha sido objeto

³⁹ PRIEUR (2010, p. 115).

de gran debate por parte de la doctrina y que no es de fácil determinación. La cuestión radica en verificar la existencia o no de un núcleo fundamental del derecho a gozar de un ambiente sano, en condiciones similares a los derechos sociales. Para algunos autores, este sería el límite del Principio de No Regresión. Afirma PRIEUR que *«la excepción al Principio de No Regresión se enfrenta también a límites en el ámbito social con la obligación de respetar un contenido mínimo de los derechos fundamentales en cuestión. El retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión»*. Considera que en materia de medio ambiente, existe un nivel de obligaciones jurídicas fundamentales de protección por debajo de las cuales cualquier nueva medida debería considerarse que viola el derecho ambiental, al que llama «mínimo ecológico esencial». No obstante, el autor precisa que este concepto es peligroso; pues *«no existe un mínimo esencial en materia de medio ambiente, tan solo hay un nivel adecuado de protección según las tecnologías disponibles»*. Finalmente, el autor liga el contenido esencial del Derecho al Ambiente con el derecho a la vida, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el planeta debido a las múltiples degradaciones del medio de vida de los seres vivos⁴⁰.

La cuestión que hay que abordar es la existencia de un contenido mínimo irreductible del derecho a gozar de un ambiente sano, el cual podría configurar el límite a las medidas regresivas, tal como sucede en los derechos sociales analizados, para lo cual se debe partir de la definición de medio ambiente. Desde el punto de vista de la doctrina jurídica, existen numerosísimas definiciones de medio ambiente, pero lo que en últimas tendrá validez jurídica la definición

⁴⁰ Para el autor, el *«contenido mínimo, en materia de medio ambiente, debería entonces ser la protección máxima, según las circunstancias locales. Hacer corresponder el contenido mínimo con un simple límite en el Principio de No Regresión resulta abusivo. Efectivamente, la vulneración del contenido mínimo va mucho más allá de un simple retroceso en los derechos, lo que constituye un perjuicio radical de los derechos fundamentales»*. Por este motivo, muestra sus reservas ante las teorías recientes que alaban los méritos de un mínimo ecológico para obstaculizar la regresión del derecho ambiental. El obstáculo para la regresión es la creciente gravedad de las degradaciones del medio ambiente y la supervivencia necesaria de la humanidad. Por tanto, y de forma excepcional, tan solo se deben tolerar regresiones que no se opongan a la búsqueda de un nivel elevado de protección del medio ambiente y que protejan la esencia de los acervos medio ambientales. *Ibidem* (pp. 117 y ss.).

legal contenida en las normas medioambientales, y los aportes suministrados por la jurisprudencia. Así, en el ordenamiento jurídico colombiano, el medio ambiente está conformado por una serie de elementos señalados en la normatividad. De acuerdo con la Ley 23 de 1973 (art. 2) el medio ambiente es patrimonio común, y se entenderá que esta constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables, señalados a su vez por el Código de Recursos Naturales Renovables (art. 3) en los siguientes términos: la atmósfera y el espacio aéreo nacional; las aguas en cualquiera de sus estados; la tierra, el suelo y el subsuelo; la flora; la fauna; las fuentes primarias de energía no agotables; las pendientes topográficas con potencial energético; los recursos geotérmicos; los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la república; y los recursos del paisaje. La jurisprudencia constitucional ha profundizado en el tema, y ha entendido que *«el medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural»*⁴¹.

⁴¹ Continua la Corte señalando que *la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.* Sentencia T-453 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero. Más adelante se refirió al medio ambiente en los siguientes términos: *«[e]s claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentra en el territorio colombiano. Adelanta la Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no, simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto, la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que esta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del ambiente supera la mera noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas. (...) La esencia y el significado del concepto “ambiente” que se desprende de los instrumentos internacionales y que armoniza con la Constitución de 1991 limita la discrecionalidad de los operadores jurídicos al momento de establecer i) cuáles elementos integran el ambiente y*

En el caso español, el concepto de ambiente que ofrece la CE es un concepto global y omnicomprendivo, que no da cuenta expresa de los elementos que lo componen. Ha sido tarea de la jurisprudencia y de la doctrina la elaboración de dicho contenido, y la determinación de este concepto jurídico es una tarea que correspondería a la legislaciones autonómicas, como por ejemplo, el caso las leyes ambientales gallega y vasca⁴².

En relación con la construcción jurisprudencial, el TC se ha referido en distintas ocasiones al carácter «transversal» del medio ambiente, y establece un concepto basado en esa transversalidad⁴³. De esta manera, ha dicho que *«el ambiente (...) es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio»*. Señaló además que el medio ambiente incide en otras materias en cuanto éstas tengan como objeto los elementos integrantes del medio, que el TC considera las aguas, la atmósfera, la fauna, la flora y los minerales, o ciertas actividades humanas sobre ellos que generen agresiones al ambiente o riesgos potenciales para el mismo, entre las que incluye agricultura, industria, minería, urbanismo y transporte. EMBID IRUJO y EMBID TELLO sintetizan la opinión del TC sobre el concepto del medio ambiente diciendo que consistiría en *«toda actividad de preservación, conservación y mejora de las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora y los minerales»*⁴⁴.

El aporte de la doctrina española, por su parte, se ha dedicado de manera más extensiva a analizar los distintos elementos que conformarían el concepto de medio ambiente⁴⁵. Los autores arriba citados proponen un concepto indirecto de medio ambiente, definido a través de la mención de las formas de protegerlo. Así, la

ii) *qué protección debe tributárseles por parte del ordenamiento jurídico*». Sentencia C-666 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Reiterado en la Sentencia C-123 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos.

⁴² El análisis realizado EMBID IRUJO y EMBID TELLO es del año 2006, por lo que para ese momento se tienen como ejemplo los casos de las legislaciones ambientales gallega y vasca. Para una revisión más actualizada del derecho al ambiente en el ordenamiento constitucional español, ver EMBID IRUJO (2015).

⁴³ STC 102/1995.

⁴⁴ EMBID IRUJO y EMBID TELLO (2006, p. 383).

⁴⁵ Para una clasificación de las distintas posiciones doctrinales al respecto ver DOMPER FERRANDO (1992, p. 72-74).

actividad de protección del medio ambiente consistiría en «*toda actividad (de los poderes públicos) de preservación, conservación y mejora de los elementos ambientales que incluyen el suelo, las aguas, la atmósfera, la flora y fauna, los recursos minerales, los espacios naturales, el paisaje natural, el clima y la interacción de los mismos, contra elementos agresores como los residuos, las vibraciones (especialmente el ruido), la radiación artificial y la modificación genética, y que debe integrarse en cualquier ámbito competencial que afecte a tales elementos, como por ejemplo las actividades agrícolas, mineras, industriales o urbanísticas y de ordenación del territorio*»⁴⁶.

Se puede observar que en ambos casos existe la posibilidad de determinar, con cierto grado de certeza, los elementos de medio ambiente objeto de regulación y protección jurídica. Lo que hay que indagar ahora, es si ¿existe algún límite o zona intocable (núcleo esencial) del derecho a gozar de un ambiente sano sobre el cuál no pueda existir ninguna regresión? En otras palabras, ¿existe un contenido esencial del derecho al ambiente que no pueda ser disminuido bajo ninguna justificación? La respuesta, como se verá, no es del todo sencilla.

La Corte Constitucional colombiana ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, y al respecto reconoció la existencia de dicho núcleo entendiendo por éste «*aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados. Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*»⁴⁷. Esta exposición merece varios comentarios: en primer lugar, la determinación de lo que es «absolutamente necesario» para la protección de los intereses, resultará de gran complejidad, pues es una descripción amplia y muy vaga de dicho contenido. La única respuesta posible la dará la valoración de las circunstancias del caso concreto, como se verá. En segundo lugar, ¿cuándo se vuelve impracticable el derecho al ambiente? Esta afirmación implicaría que el estado inicial era perfecto, es decir, que siempre había sido practicable el medio ambiente, y que se estaría

⁴⁶ EMBID IRUJO y EMBID TELLO (2006, p. 392).

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.

atentando contra un estado perfecto, lo cual está alejado de la realidad. Además, las respuestas a esta pregunta pueden ser muchas: cuando el ambiente está contaminado, cuando se afecta la salud de las personas, cuando se explota de manera irracional un recurso determinado... en fin, no es fácil circunscribir todas estas situaciones a un núcleo específico, por lo que, nuevamente, las particularidades del caso determinarán la respuesta.

Por su parte, AMAYA NAVAS encuentra que efectivamente existe un núcleo esencial del derecho a gozar de un ambiente sano, el cual se encuentra determinado por el desarrollo sostenible. En palabras del autor, es *«el contenido esencial, irreductible, pues el desarrollo sostenible es el presupuesto necesario para darle vida al Derecho, y que se puedan proteger los intereses jurídicamente protegidos»*. Con esto, afirma que *«el legislador puede intervenir en la regulación del derecho a gozar de un ambiente sano, pero tiene como límite, como contenido mínimo, el concepto de desarrollo sostenible»*⁴⁸. Lo expuesto, si bien configura el núcleo esencial del derecho al ambiente, señalando su vinculación con el desarrollo sostenible, también tiene el mismo inconveniente de lo expuesto por la Corte, y es su indeterminación. Requiriendo, una vez más, de la valoración de las particularidades de cada caso. Además, es un camino poco seguro responder ante un concepto jurídico indeterminado con otro igual. El desarrollo sostenible como concepto nos dará las herramientas y pautas para guiar una interpretación, pero no permite la solución efectiva de la cuestión, pues se trata de otro concepto jurídico indeterminado.

Por otro lado, en el caso español, la respuesta parece ir en sentido contrario. La misma Constitución hace una exclusión expresa de dicho contenido esencial para el derecho al ambiente, pues en el artículo 53 se establece que *«sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial»*, se regularán los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, dentro de los cuales no se encuentra el artículo 45. En este sentido se expresó BETANCOR RODRÍGUEZ como ya se expuso, para quien no existe un contenido esencial garantizado constitucionalmente del derecho al ambiente⁴⁹.

⁴⁸ AMAYA NAVAS (2012, p. 301).

⁴⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 503). En igual sentido se había expresado PRIEUR (2010).

Resulta significativo el hecho de que la Constitución haya excluido expresamente la existencia de un contenido esencial del derecho al ambiente, pero no se puede llegar al extremo de afirmar que *contrario sensu*, el legislador no se encuentre limitado en sus facultades para regular las cuestiones ambientales, y que es admisible cualquier disminución o afectación del nivel de protección alcanzado, pues además, confirme se avanza en el progreso de la ciencia y de la técnica, eventualmente se podrán descubrir nuevas agresiones al ambiente que desconocerían dicho nivel. En todo caso, se puede adelantar la existencia, también en el ordenamiento jurídico español, de un nivel de protección del ambiente el cual no se podrá disminuir sin justificación, que actuará como límite a las medidas regresivas; ya sea que no se reconozca como un núcleo esencial propiamente dicho⁵⁰.

1. *El fundamento del contenido esencial: varias alternativas*

Una vez determinada la existencia de un contenido o nivel mínimo de protección ambiental, el cual no podrá ser afectado sin justificación; es decir, sobre el cual no podrá admitirse ninguna medida regresiva, y ante la dificultad de determinar a primera vista dicho contenido, es necesario indagar por su fundamento. A continuación, analizaré las principales alternativas sobre las cuales podría basarse la existencia de dicho contenido.

⁵⁰ Dicha cuestión podría encontrarse en el marco de la distribución de competencias en materia ambiental. De acuerdo con el artículo 149.1.23 CE el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias». Como explica DELGADO PIQUERAS, la legislación básica en este campo *no tiene por cometido establecer una tutela ambiental uniforme, sino garantizar unos mínimos de calidad iguales para todo el Estado, que pueden ser mejorados por las Comunidades Autónomas* (1993, p. 75) pero no desmejorados. No obstante, considero que en este caso se trata de una cuestión distinta, pues una disminución de un nivel establecido en una legislación básica por parte de una normatividad autonómica constituiría una infracción al régimen constitucional de distribución de competencias, y por esa vía sería atacable, mas no por la del Principio de No Regresión ambiental que se estudia en esta investigación.

A) *Primera alternativa: la salud humana*

Llaman la atención dos calificativos del derecho en cuestión: derecho a un medio ambiente *sano* en el derecho colombiano, y derecho a un medio ambiente *adecuado* en el derecho español; se trata en ambos casos de conceptos jurídicos indeterminados que implican seguridad y salubridad para el desarrollo de la vida humana, su salud y bienestar. Desde esta alternativa, no se puede disminuir el nivel de protección de la calidad del medio ambiente de manera que afecte el desarrollo, salud y bienestar del ser humano, y cualquier disminución o regresión que cumpla lo señalado, será inadmisibles. El núcleo esencial, según esta alternativa, estaría conformado por las condiciones ambientales relacionadas con la salud humana, y por la calidad y salubridad de los recursos naturales⁵¹. Sobre lo anterior, no se admitiría ningún tipo de regresión. Mientras que si se trata de una disminución de las condiciones relativas a la protección del equilibrio de los ecosistemas, sin relación directa con la salud humana, se admitirían dichas medidas regresivas, siempre que estuviesen debidamente justificadas.

Esta parecería ser la visión inicial de la Corte Constitucional colombiana, para quien, según la teoría de la conexidad, el derecho al ambiente sano se torna fundamental, y por lo tanto susceptible de ser protegido por la acción de tutela, siempre que exista una afectación del derecho a la salud o a la vida de las personas. En reiterada jurisprudencia⁵² se ha señalado que aun cuando el reconocimiento que le hace el ordenamiento constitucional es el de un derecho colectivo (art. 88 CP), dados los efectos perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente, «*que ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad*», la Corte ha sostenido que el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental por conexidad, «*al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas*». La relación

⁵¹ Si bien, como señala ALONSO GARCÍA (2006a), asimilar el derecho ambiental exclusivamente como sanidad ambiental es una tradición española en progresivo desuso, no se puede desconocer que los precedentes del moderno derecho ambiental se hallan en las normas de salubridad de las poblaciones, tanto en el caso español como en el colombiano.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-632 de 2011. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y a la salud, fue claramente explicada por la Corte en una de sus primeras decisiones, la Sentencia T-092 de 1993⁵³, en la que hizo las siguientes precisiones: «El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental».

Esta conexión entre el derecho al ambiente y la salud, derivadas de una visión antropocéntrica del derecho ambiental, se ve también reflejada en el caso español⁵⁴. Por ejemplo, JORDÁ CAPITÁN señala que la apreciación de si se ha producido una alteración en alguno de los elementos que conforman el medio ambiente, «con el consiguiente menoscabo en una determinada esfera individual o impidiendo en definitiva la satisfacción del interés individual», quedará al arbitrio de la actividad judicial, a cuyos efectos, deberá servirse de los correspondientes informes técnicos o periciales, debiéndose tratar lógicamente «de actividades o actuaciones susceptibles de producir una alteración sustancial, o lo que es igual, una alteración que redunde en definitiva en un perjuicio para el desarrollo de nuestra persona»⁵⁵.

B) Segunda alternativa: la dignidad humana y la calidad de vida

En este segundo supuesto, ya las expresiones *sano* y *adecuado* no se refieren exclusivamente a la salud en términos físicos y biológicos, como en el caso anterior. Ahora, estos conceptos abarcarán el

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-092 de 1993. MP: Simón Rodríguez Rodríguez.

⁵⁴ Esta visión también se encuentra presente en el Derecho Ambiental Internacional. Así, en la *Declaración de Río* (1992), el Principio 1 señala que *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.*

⁵⁵ JORDÁ CAPITÁN (2001, p. 345). En el mismo sentido opina LOPERENA ROTA, para quien el derecho a un ambiente adecuado es el *derecho a usar y disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos de modo que pueda desarrollarse con la máxima plenitud posible nuestra persona* (1996, p. 69).

desarrollo de la persona desde un campo más amplio, ligado al concepto de dignidad humana y calidad de vida. Ya se analizó que en relación con los derechos sociales, la dignidad humana constituye el fundamento del núcleo esencial, y sucede algo parecido en esta segunda alternativa. La relación entre la dignidad humana y el medio ambiente ha sido ampliamente reconocida en distintos ordenamientos, y su directa vinculación con la calidad de vida.

En el Derecho Ambiental Internacional, la Declaración de Estocolmo (1972) señala que *«el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras»*. Asimismo, en relación con la calidad de vida, el Principio 8 de la Declaración de Río (1992) señala que *«para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas»*.

En el caso colombiano, ya se mencionó que la dignidad humana es una base fundamental del ordenamiento jurídico, reconocida constitucionalmente (art. 1 CP). En el mismo sentido, el artículo 366 constitucional reconoce que *«el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable»*.

Se ha resaltado también la relación entre dignidad humana y medio ambiente por parte de la Corte Constitucional colombiana, quien ha señalado que la interpretación de las normas constitucionales ambientales debe tener en cuenta que dichas disposiciones consagran *deberes* en cabeza del Estado respecto de la integridad del ambiente, sin que de esta obligación sea excluido elemento alguno de aquellos que hacen parte del concepto de ambiente como elemento complejo y como bien constitucionalmente protegido. Para la Corte, este es el fundamento para que el concepto de dignidad—como elemento transversal del ordenamiento constitucional y parte axial de la concreción del concepto de persona dentro del Estado constitucional— no pueda ser ajeno a las relaciones que el

ser humano mantiene con los otros seres sintientes. En otras palabras, «el concepto de dignidad de las personas tiene directa y principal relación con el ambiente en que se desarrolla su existencia, y de éste hacen parte los animales. De manera que las relaciones entre personas y animales no simplemente están reguladas como un deber de protección a los recursos naturales, sino que resultan concreción y desarrollo de un concepto fundacional del ordenamiento constitucional, por lo que la libertad de configuración que tiene el legislador debe desarrollarse con base en fundamentos de dignidad humana en todas aquellas ocasiones en que decide sobre las relaciones entre seres humanos y animales; asimismo, en su juicio el juez de la constitucionalidad se debe edificar la racionalidad de su decisión sobre argumentos que tomen en cuenta el concepto de dignidad inmanente y transversal a este tipo de relaciones». En el caso que se estudiaba, se encontró que del análisis conjunto del deber de protección de los recursos naturales contenido en los artículos 8.º, 79 y 95-8 de la Constitución y el principio de dignidad humana —previsto en los artículos 1.º y 94 de la Constitución—, se deriva el *deber constitucional de protección a los animales*, cuyo contenido implica restricciones respecto de la realización de actividades que conlleven *crueledad* contra ellos o, en general, que contradigan o nieguen la obligación de proporcionar *bienestar* a los animales que, en alguna medida, dependen o se relacionen con los seres humanos⁵⁶.

Se puede observar que en este caso, el límite a la potestad de configuración del legislador lo fundamenta la dignidad humana, pero ya no en el sentido tradicional, sino entendida en este contexto como el fundamento de las relaciones que un ser sintiente —humano— tiene con otro ser sintiente —animal—. Es decir, la dignidad humana actúa en este caso como el límite para la realización de actividades que afecten el bienestar de los animales, sin exigir en ningún momento afectación a la salud física o biológica de los seres humanos.

En el caso español, ya se analizó previamente el fundamento constitucional de la dignidad humana. A lo dicho, hay que añadir que la calidad de vida ha sido reconocida constitucionalmente en varios preceptos. En primer lugar, el preámbulo, que establece como

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-666 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

objetivo de la Nación «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». Además, el artículo 45 señala que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Finalmente, el artículo 129.1 dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general».

Para cierto sector de la doctrina española, el hecho de que el principio de calidad de vida aparezca reconocido en estrecha vinculación con la protección ambiental, implicaría que se trata de un criterio de orientación de las políticas ambientales. En este sentido SIMÓN YARZA opina que en realidad, la noción de calidad de vida no está en sí misma atada a la protección del medio ambiente, sino que «se opone a las condiciones precarias de la vida sean del tipo que sean, y postula la creación y el mantenimiento de unas condiciones externas adecuadas a lo que merece la dignidad humana». Para el autor, la calidad de vida del artículo 45.2⁵⁷ CE es, en definitiva, *el criterio superior de orientación que preside la ponderación entre el interés económico inmediato y la protección del medio ambiente físico, considerado siempre como un concepto siempre «antropocéntrico y relativo»*⁵⁸. Así lo ha reconocido

⁵⁷ Para JORDANO FRAGA, la interpretación razonable de dicho precepto constitucional sería entender que ambos conceptos —medio ambiente y calidad de vida— son distintos pero relacionados. De ello se deduce que *la protección del medio ambiente aparece en la Constitución como uno de los elementos integrantes de la calidad de vida, pero, eso sí, como un elemento indispensable aunque no único*. Ello nos llevaría a admitir una concepción más amplia de la calidad de vida que la exclusivamente relacionada con la protección del medio ambiente (1995, p. 105).

⁵⁸ SIMÓN YARZA (2012, p. 17) Este autor identifica la conexión positiva entre la dignidad humana y la calidad de vida con sustento en dos tesis: En primer lugar, postular la *calidad de vida* como criterio de las relaciones industria-medio ambiente significa asumir una concepción *personalista* y *antropocéntrica* del progreso material, que tiene como objetivo mejorar las condiciones externas de la vida de las personas. Si la «calidad de vida» —del ser humano, se entiende— es el fundamento de protección del medio ambiente, es porque se ha entablado antes una discriminación entre el ser humano y el resto de seres. En segundo lugar, la *vida biológica*; en cuanto que constituye una de las dimensiones fundamentales de la persona, requiere unas condiciones materiales mínimas de desarrollo sin las cuales ésta resulta impropia

además el propio Tribunal Constitucional que señala que dicho artículo «recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores (...). En su virtud, no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida»⁵⁹.

En el ordenamiento español, en estas cuestiones resulta fundamental la influencia del Derecho Europeo, en particular la Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso *López Ostra contra España*), en la que el TEDH declaró que «las vulneraciones graves al medio ambiente (en el caso concreto se trataba de la contaminación vecinal por olores y emanaciones de gases de una estación depuradora) pueden afectar el bienestar de una persona e impedirle disfrutar de su domicilio de tal modo que se ataca su vida privada y familiar, sin poner, sin embargo, su salud en peligro». Se condenó al Estado español a indemnizar a la recurrente por la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia⁶⁰.

de su dignidad. El descuido de la propia responsabilidad en el logro y en la conservación de estas condiciones mínimas es una violación del principio de la dignidad humana, porque pasa por alto las exigencias ineluctables de esa dignidad (2012, p. 20). Opina en este sentido FERRANDO, para quien la *calidad de vida* es un fin en sí mismo, y aporta el criterio fundamental de valoración de las actuaciones que afecten al medio ambiente y, por tanto, que puedan afectar al derecho mismo. Desde su punto de vista, la calidad de vida vendría a ser un *principio inspirador o fundamentador del derecho al medio ambiente* (1996, pp. 99 y ss.).

⁵⁹ STC 64/1982, de 4 de noviembre.

⁶⁰ Esta doctrina del TEDH (que había sido rechazada por el TC en el caso que dio origen a la Sentencia *López Ostra*) fue corroborada posteriormente por el Tribunal Constitucional, en la STC 119/2001, en la que en un caso de contaminación acústica, se entiende que ciertamente *el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de la calidad de vida de los ciudadanos*. Después de un análisis del bien jurídico protegido y la lesión sufrida, se afirma que, a diferencia de lo que sucede en el caso del derecho a la vida y a la integridad física, en el caso del derecho a la intimidad domiciliaria, no es necesario que concurra un grave peligro para la salud. Debe tratarse eso sí, de ruidos «insoportables», es decir, aquellos que *impidan o dificulten gravemente el desarrollo de la personalidad*. Para SIMÓN YARZA en esta Sentencia el TC

De lo dicho hasta ahora podemos afirmar que desde esta alternativa, no se puede disminuir el nivel de protección de la calidad del medio ambiente de manera que afecte la calidad de vida del ser humano, y cualquier disminución o regresión que la afecte, y le impida llevar una vida digna y gozar de bienestar será inadmisibles⁶¹. El contenido esencial, según esta alternativa, estaría conformado por las condiciones ambientales relacionadas con la calidad de vida y la dignidad humana. Sobre lo anterior, no se admitiría ningún tipo de regresión. El problema, de frecuente aparición, será la determinación de lo que se entiende por calidad de vida. En primer lugar, es necesario decir que dicho concepto va más allá de las concepciones relacionadas únicamente con la salud humana. Como se vio, el reconocimiento de la calidad de vida como fundamento del contenido esencial del derecho al ambiente implica que vulneraciones o restricciones al desarrollo de una vida digna, aunque no presenten riesgo para la salud humana (como se estudió en las sentencias del TEDH), no serán aceptadas por el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, es obvio que la determinación de lo que se considera calidad de vida es, como afirma MARTÍN MATEO, intrínsecamente valorativa, que dependerá de «los criterios, inevitablemente subjetivos, de quienes ponderen una situación frente a otra». El autor explica, con razón, que es «inviabile sustraer las condiciones de tiempo, lugar y cultura dominante de lo que se entiende por calidad de vida, lo que exigirá juicios comparativos y la coincidencia en determinados umbrales»⁶². Será entonces el caso concreto, y el análisis de sus variables y particularidades lo que permitirá llenar de contenido el concepto de calidad de vida.

C) Tercera alternativa: el desarrollo sostenible y las generaciones futuras

Según esta tercera alternativa, el desarrollo sostenible se configura como el núcleo esencial del derecho a gozar de un ambiente sano, que determinaría los límites de la intervención de la actividad administrativa, legislativa y judicial, y asimismo, las regresiones o

reconoce expresamente el *derecho fundamental a la calidad de vida ambiental* (2012, p. 11).

⁶¹ El artículo 3 del TUE consagra la misión de la Unión Europea de la promoción de un «alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente».

⁶² MARTÍN MATEO (1991a)

alteraciones permitidas⁶³. Esta tesis es defendida en Colombia principalmente por AMAYA NAVAS (2012), para quien *«el papel del desarrollo sostenible es clave a la hora de determinar el contenido del derecho a gozar de un ambiente sano. El desarrollo sostenible reconoce la responsabilidad de cada generación de ser justa con la siguiente, mediante la entrega de una herencia de riqueza que no puede ser menor que la que aquella ha recibido. Alcanzar este objetivo, como mínimo, requerirá hacer énfasis en el uso sostenible de los recursos naturales para las generaciones siguientes y en evitar cualquier daño de carácter irreversible»*. Concluye el autor que el desarrollo sostenible *«es el contenido esencial, irreductible, pues el desarrollo sostenible es el presupuesto necesario para darle vida al Derecho»*, y que se puedan proteger los intereses jurídicamente protegidos⁶⁴. De este modo, *«el legislador puede intervenir en la regulación del derecho a gozar de un ambiente sano, pero tiene como límite, como contenido mínimo, el concepto de desarrollo sostenible»*.

En el caso español, LOZANO CUTANDA, con fundamento en el artículo 45 CE, argumenta que sin una «utilización racional» de los recursos naturales, se niega, *«no sólo el disfrute de la naturaleza que forma parte importante de la calidad de vida del hombre, sino la misma posibilidad de mantener un desarrollo económico a largo plazo»*. Afirma que la única forma perdurable de desarrollo económico es la que se conoce como desarrollo sostenible, que consiste en asegurar la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer el futuro de ulteriores generaciones⁶⁵. En este punto, hay que mencionar

⁶³ El desarrollo sostenible ha sido definido para el ordenamiento colombiano como *el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades* (art. 3 Ley 99 de 1993). Este concepto ha sido desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana, entre otras, en las Sentencias C-519 de 1994 (MP: Vladimiro Naranjo Mesa), C-671 de 2001 (MP: Jaime Araújo Rentería) y C-339 de 2002 (MP: Jaime Araújo Rentería). Para un análisis de la evolución de dicho concepto, ver GARCÍA PACHÓN (2012).

⁶⁴ El autor entiende por núcleo esencial de un derecho fundamental *«aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección»*, AMAYA NAVAS (2012, p. 301).

⁶⁵ LOZANO CUTANDA (2010, p. 125).

a LORENZETTI, quien distingue entre uso racional y uso sustentable o sostenible. Para el autor, lo racional «remite, por antonomasia, a un juicio de proporcionalidad de medio a fin; de modo tal que si se trata, verbigracia, de la explotación de una especie animal, la misma debe ser en cantidades coherentes con los niveles normales de producción y demanda. Lo contrario, una explotación excesiva, desproporcionada, ocasionará una innecesaria mortandad, que a la larga afectará el índice de reproducción existente. Lo sustentable, por su parte, reporta no ya una relación proporcional medio-fin, sino una noción de equidad respecto a futuros beneficiarios. En el ejemplo anterior, se atiende no tanto a la necesidad de resguardar la cantidad de representantes de una especie animal y su aporte en el eslabón del ecosistema, sino a garantizar a nuestros herederos que tal o cual especie no estará en peligro de extinción, ni menos aún desaparecida, cuando ellos habiten esta Tierra»⁶⁶.

La adopción del desarrollo sostenible como criterio para determinar la admisibilidad o no de medidas supuestamente regresivas contra el derecho a gozar de un ambiente sano, implica la consideración de dos aspectos fundamentales. Las referencias a las generaciones futuras, y las referencias a la utilización racional de los recursos. En el primero de los casos, la consideración de los derechos de las generaciones futuras impondrá un límite a las actuaciones de las generaciones presentes⁶⁷, como se analizó en su momento, y cualquier medida regresiva que atente, o disminuya esa «herencia ambiental» de las próximas generaciones será inadmisibile.

En el segundo caso, y con el fin de mantener la calidad de vida de las generaciones actuales y la «herencia ambiental» de las generaciones futuras en las mejores condiciones ambientales posibles, la utilización que se haga de los recursos naturales deberá ser «racional», tal como expresamente señala el 45 CE⁶⁸. En el ámbito nor-

⁶⁶ LORENZETTI (2011, p. 49). Sobre la utilización racional de los recursos naturales, especialmente del suelo, y su relación con el interés general, cfr. PAREJO ALFONSO (2005).

⁶⁷ Incluso, para el autor argentino SOZZO el núcleo duro de la protección ambiental está dado por el patrimonio de bienes ambientales a transmitir (2012, p. 88).

⁶⁸ La Carta Mundial de la Naturaleza, consagra, en su principio 4, algunos criterios que permiten identificar este tipo de utilización, pues dispone que «los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su producti-

mativo, la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, define el «uso sostenible del patrimonio natural» como la «utilización de sus componentes de un modo y a un ritmo que no ocasione su reducción a largo plazo, con lo cual se mantienen las posibilidades de su aportación a la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales y futuras»⁶⁹.

En el caso colombiano, el artículo 80 de la Constitución Política señala que el Estado «planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución». Asimismo, el Decreto-Ley 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales, tiene como objetivo lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguran el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos, y la máxima participación social para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio Nacional⁷⁰. Dicha utilización racional se predica, según la norma, de los suelos (art. 181) de los bosques (arts. 206 y 207), de la fauna silvestre (art. 247), de los recursos hidrobiológicos y del medio acuático (art. 266), entre otros. El mismo Código establece unos principios para el uso de elementos ambientales y de recursos naturales renovables (art. 9), entre los que se encuentran la utilización en forma eficiente de los recursos naturales, para lograr su máximo aprovechamiento con arreglo al interés general de la comunidad.

vidad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de otros ecosistemas y especies con los que coexistan». La utilización «racional» podría asimilarse a la utilización «sostenible», definida por el artículo 2 del Convenio de Diversidad Biológica como «la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras».

⁶⁹ Sobre el uso sostenible del patrimonio natural y de la biodiversidad, ver ROSA MORENO (2010).

⁷⁰ Estas mismas reglas sobre la utilización racional son expuestas por BETANCOR RODRÍGUEZ en los siguientes términos: «i. Los recursos deben utilizarse maximizando su aprovechamiento y minimizando los residuos o los recursos no aprovechados; ii. El uso de los recursos no puede poner en peligro la propia existencia del recurso mismo; y iii. La utilización de los recursos no puede impedir la posible utilización de esos mismos recursos por otros seres humanos, incluyendo las generaciones futuras» (2014b, p. 174).

De otro lado, no son pocas las referencias jurisprudenciales a las relaciones existentes entre estos conceptos. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre el tema, y en una de sus primeras sentencias señaló que el concepto de desarrollo sostenible ha «*buscado superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo —indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas— con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente. El desarrollo sostenible debe permitir elevar la calidad de vida de las personas y el bienestar social pero sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva*». Entonces, el derecho a un medio ambiente sano (art. 79) incluye no sólo el derecho de los actuales habitantes de Colombia sino también el de las generaciones futuras. Igualmente, la obligación estatal de proteger la diversidad e integridad del ambiente (art. 79 inciso 2) no debe entenderse en un sentido puramente conservacionista como la imposibilidad de utilizar productivamente los recursos naturales para satisfacer las necesidades de las personas, pues el mandato constitucional obliga es a efectuar una utilización sostenible de tales recursos⁷¹.

En otra oportunidad⁷² expuso la Corte que una de las principales preocupaciones del Estado Social de Derecho «*es la procura existencial*⁷³ *de todos los ciudadanos y su vida en condiciones de dignidad*». Por ello, el Estado debe velar por la «*utilización racional de los recursos naturales, con el fin de mejorar la calidad de vida de todos y asegurar su subsistencia futura*». La Sentencia en cuestión estudia el caso de los recursos hídricos, pero lo dicho, sin duda, puede extenderse a los demás recursos naturales. Dice la Corte que la protección y conservación de los recursos hídricos no es una tarea sencilla. Esta

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-058 de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷³ La expresión *procura existencial* (Daseinvorsorge) fue formulado originariamente por FORSTHOFF, como «*procura de lo necesario para la vida, de la pura y simple posibilidad de existencia*». Y lo que constituyen las medidas concretas de la procura existencial son «*toda actuación de la Administración para proporcionar a la generalidad o, según criterios objetivos, a determinados círculos de personas el goce de prestaciones útiles*» (1967, pp. 46 y ss.). Para una síntesis del tema ver GARCÍA PELAYO (1995, p. 27).

responsabilidad «exige (i) el mantenimiento de las condiciones naturales que permiten el proceso de renovación del recurso, (ii) su uso racional, y (iii) el mantenimiento de la calidad del agua disponible, sólo por mencionar algunas actividades». Para lo anterior, el ordenamiento (Ley 99 de 1993) prevé un amplio número de herramientas a disposición de las autoridades ambientales dirigidas a garantizar el uso racional de los recursos naturales; como instrumentos económicos, planes de manejo ambiental, sanciones, entre otros.

De lo brevemente expuesto se puede observar que el criterio de desarrollo sostenible determinará las limitaciones que afectan no sólo al Estado, sino a los particulares en la realización de actividades que puedan alterar las condiciones ambientales. Así, este concepto irradia la definición de políticas públicas del Estado y la actividad económica de los particulares, donde el aprovechamiento de los recursos naturales, no pueden dar lugar a perjuicios «intolerables en términos de salubridad individual o social y tampoco acarrear un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del ambiente»⁷⁴.

La utilización racional de los recursos naturales y la protección de las generaciones futuras se configuran como dos cuestiones que resultan fundamentales a la hora de resolver conflictos o tensiones entre medio ambiente y desarrollo económico. Se trata de conciliar preceptos constitucionales que aparecen contradictorios, de resolver lo que el TC español ha llamado «tensión interpretativa en el interior de la Constitución»⁷⁵. En los casos de incompatibilidad, como lo explica LOZANO CUTANDA, la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de una *ponderación en el caso concreto de los dos intereses en juego*, valorando la importancia para la economía nacional de la actuación que se pretende realizar del daño que se puede causar al medioambiente como consecuencia de ella. Esta valoración se realizará por medio del análisis de la proporcionalidad, con el que se trata de evaluar la relación entre las medidas adoptadas y el fin perseguido, para ver si las primeras resultan proporcionadas de acuerdo a las circunstancias concurrentes. En otras palabras, se realiza la comparación de dos variables, por un lado, la «intensidad de la limitación, y

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-282 de 2012. MP: Juan Carlos Henao Pérez. En el mismo sentido Sentencia T-154 de 2013. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁵ STC 113/1994, de 14 de abril; STC 102/1995 de 26 de junio.

por otro, la gravedad de la situación que justifica la intervención, para ver si guardan entre ellas la debida proporción»⁷⁶.

Entonces, según esta tercera alternativa, el contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente sano está determinado por el concepto de desarrollo sostenible, el cual incluye la utilización racional de los recursos naturales y la protección de los derechos de las generaciones futuras como elementos imprescindibles. De esta manera, la actividad estatal no podrá disminuir o retroceder en los niveles de protección alcanzados de tal manera que afecte injustificadamente los dos elementos mencionados, y esta limitante se extiende ahora a la actividad de los particulares, en ejercicio de la libertad de empresa. Es decir, ni el Estado ni los particulares podrán incidir restrictiva e injustificadamente en los aspectos esenciales de un nivel de protección ambiental dado.

D) Cuarta alternativa: el deber de conservación de la naturaleza

Partiendo de la tesis expuesta por BETANCOR RODRÍGUEZ⁷⁷, no es posible concebir el derecho a disfrutar del medio ambiente como centro del derecho ambiental por varias razones; principalmente porque es una postura que responde a una versión antropocéntrica, y porque los titulares deberían ser tanto las generaciones presentes como futuras⁷⁸. En su lugar, el autor propone que sea el *deber de conservación de la naturaleza* el que ocupe este lugar, pues identifica una situación jurídica respecto de la naturaleza que resulta más idónea para alcanzar los objetivos que identifican y dan sentido al Derecho Ambiental⁷⁹.

⁷⁶ La autora cita nuevamente al TC, en la Sentencia 66/1991, de 22 de marzo, en la que se dice que «no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que pueden quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad protegida, un sacrificio menor». LOZANO CUTANDA (2010, pp. 127 y ss.).

⁷⁷ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014a, 2014b).

⁷⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, pp. 507 y ss.).

⁷⁹ Para BETANCOR RODRÍGUEZ el objetivo estratégico del Derecho Ambiental es la conservación de la naturaleza, que se hace posible sobre dos objetivos instrumentales o intermedios: la utilización racional como objetivo intermedio de primer nivel, y el desarrollo sostenible como objetivo intermedio de segundo nivel. La relación entre estos según el autor, es que se *utilizan los recursos para hacer posible su*

De esta manera, en palabras del autor, el deber de conservar no tiene los problemas jurídicos que afectan particularmente al derecho a disfrutar, como los relativos a su contenido y objeto. El deber reúne tres características en contraste con el derecho: *su universalidad; la concreción de su contenido (conservación); y el medio ambiente al que se refiere no está definido alrededor de la persona, no se trata del medio «adecuado para el desarrollo de la persona», pues es todo el ambiente con independencia de la persona*⁸⁰. Entonces, la consideración del deber de conservar como un deber jurídico y constitucional, lo ha de convertir en la pieza jurídica central del Derecho Ambiental, pues *«expresa con mayor claridad la responsabilidad de los seres humanos respecto de las generaciones futuras de conservación de la naturaleza»*⁸¹.

En relación con el contenido, el mandato se dirige tanto a conservar como a evitar el daño; es la responsabilidad de conservar aquello que es imprescindible para la vida de las generaciones presentes pero también futuras. Además, para ser operativo, el deber de conservar necesita la intervención de la Administración, en la elaboración e imposición de un catálogo de obligaciones que especifiquen, a la vista de las circunstancias cambiantes de la naturaleza, en qué consiste la conservación. Dentro de este mandato positivo se encuentra el deber de utilizar racionalmente el recurso, cuestión que ya había sido mencionada en el punto anterior. En este caso, señala que la utilización racional es la *«utilización razonable, que debe determinarse según las circunstancias del estado y la evolución de los recursos y de utilización por los seres humanos, así como del ecosistema en su conjunto. Es la utilización que puede ser delimitada negativamente, como aquella que no supone la destrucción o amenace la continuidad del recurso, y positivamente como la que permite su transmisión para que las generaciones futuras puedan disfrutar los recursos»*. La determinación de si la utilización es racional se deberá ajustar, en cada momento, respecto de cada recurso, y respecto de cada modo de utilización, con base en los criterios científicos formulados⁸².

conservación y se conservan para que su utilización sea sostenible o duradera (Ibidem, pp. 168 y ss.).

⁸⁰ *Ibidem*, p. 508.

⁸¹ *Ibidem*, p. 523.

⁸² *Ibidem*, p. 526. Opina BETANCOR RODRÍGUEZ que el derecho no puede limitarse a establecer el objeto de protección (la biodiversidad), sino que también

Desde esta alternativa, ya no hablaríamos del contenido esencial del *derecho* a gozar de un ambiente sano, sino del contenido esencial del *deber* de conservar la naturaleza, el cual está conformado por las obligaciones específicas señaladas por el legislador en materia de conservación y uso racional. Una medida regresiva que impida injustificadamente el cumplimiento de este deber y sus obligaciones derivadas, sería inconstitucional.

El deber de conservación de la naturaleza también ha sido reconocido en el ordenamiento colombiano. Además de los preceptos constitucionales que radican en cabeza del Estado y de lo particulares el deber de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8 y 95 CP), y el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (art. 79 CP); y de planifica el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 CP); la Ley 99 de 1993 establece que *«la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible»*.

En desarrollo de lo anterior, la Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y Sus Servicios Ecosistémicos (PNGIBSE, 2012), ha definido la conservación de la biodiversidad como el *«factor o propiedad emergente, que resulta de adelantar acciones de preservación, uso sostenible, generación de conocimiento y restauración. Es el principal objetivo de la de la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos»*.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido ese deber en varias ocasiones. Señala la Corte que *«uno de los principales aspectos innovadores de la Carta Política de 1991 hace referencia al tratamiento de las riquezas naturales de la Nación y el medio*

ha de delimitar en qué consiste la acción de protección y fijar los parámetros que deben servir para medir el grado de conservación de la naturaleza, para lo que es usual la previsión de una cuantificación de la importancia de los recursos mediante índices. Este dato *«objetivará y racionalizará las medidas que se pudieran adoptar para la preservación del recurso, así como facilitará la adopción de medidas de recuperación e incluso mejora. En definitiva, el derecho no puede reducirse a lo programático; es una técnica de límites que pretenden, además, ser efectivos»* (ibidem, p. 218).

ambiente, a través de una nueva conciencia que se refleja en claros compromisos tanto para el Estado como para la comunidad en general, tendientes a su conservación y protección, en cuanto patrimonio común de la humanidad, indispensable para la supervivencia de estas y de las futuras generaciones»⁸³. Posteriormente reconoció que mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas —quienes a su vez están legitimadas para participan en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación—, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de «(1) proteger su diversidad e integridad, (2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, (3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, (4) fomentar la educación ambiental, (5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución», entre otros⁸⁴. Y específicamente en relación con el mandato de conservación señaló que éste impone la obligación de preservar ciertos ecosistemas, los cuales no están sometidos a la obligación de garantizar un desarrollo sostenible, sino a procurar su intangibilidad; por lo que únicamente sean admisibles usos compatibles con la conservación y esté proscrita su explotación⁸⁵.

Como se puede observar, el fundamento del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente que determinará el campo de acción del Principio de No Regresión en materia ambiental no permite una única respuesta. De las distintas alternativas analizadas, no es posible rechazar de plano ninguna, ni preferir una por encima de las demás; pues dada la naturaleza del bien jurídico en cuestión, la salud, la calidad de vida, el desarrollo sostenible, las generaciones futuras y la conservación de la naturaleza son argumentos con la suficiente fuerza jurídica para medir el carácter regresivo de una medida.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-046 de 1999. MP: Hernando Herrera Vergara.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de 2000. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-666 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

2. La determinación del contenido esencial: el caso concreto

Después de realizar una aproximación a la existencia de un contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente sano, y de las distintas alternativas para su fundamentación, es necesario abordar el problema de la determinación de ese contenido esencial. Ya se ha anunciado, y no sorprende la respuesta, que el caso concreto, y las particularidades específicas de los derechos y contextos en conflicto, determinará lo que en cada caso configurará el límite de dicho contenido en materia ambiental. Al igual que como sucedía con los derechos sociales, los elementos que conforman el contenido ambiental mínimo o esencial no pueden ser planteados en términos abstractos o teóricos, pues varían en cada caso, y dependen de una contextualización y actualización histórica, pues la determinación de un núcleo rígido que no permita su adaptación a las circunstancias del caso atentará contra la realización efectiva del derecho a gozar de un ambiente sano.

Como refiere LÓPEZ RAMÓN, sólo la casuística judicial en la aplicación del derecho permitirá determinar los niveles de calidad ambiental considerados constitucionalmente «adecuados»⁸⁶. Eso sí, advierte el autor, que remitir a la casuística «no significa abdicar de los planteamientos técnicos, para adentrarse en una suerte de ámbito dejado a la libre decisión del juez. El caso concreto es la única vía de fijar el alcance del concepto jurídico indeterminado, en la medida en que sólo entonces será posible desarrollar la actividad técnica que acredite si los hechos analizados alteran o no el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». En el mismo sentido se expresa AMAYA NAVAS, quien afirma que la naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano «sólo puede ser definida en concreto con base en las circunstancias particulares de cada caso; función esta que le corresponde de manera exclusiva al juez. Por lo tanto, los principios y valores constitucionales, así como las características de los hechos, adquieren una excepcional importancia»⁸⁷.

A manera de ejemplo, analizaré a continuación las dos sentencias citadas al inicio de esta parte, con el fin de determinar, en esos casos, el contenido esencial que se estaba protegiendo. El Tribunal

⁸⁶ LÓPEZ RAMÓN (1997b).

⁸⁷ AMAYA NAVAS (2012, p. 292).

Supremo Español, en la STS 5538/2012, citada, estudia el caso de un suelo rústico en el cual concurren especiales valores de carácter ambiental; se trata de un plus de protección en virtud del carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual. Dicha protección, por lo tanto, impide la urbanización de estos suelos. En el caso examinado, no se procedía a la supresión de suelos de especial protección⁸⁸, pero si se evidenció la incuestionable afectación negativa que sobre los mismos se puede producir por su inclusión en una actuación urbanizadora. Dice el TS que el Principio de No Regresión debe actuar como límite y contrapeso de dicha medida. Se observa entonces que existe un contenido ambiental inmodificable, relativo a la protección de los suelos con características especiales ambientales. La pregunta que surge es ¿qué fundamenta esta especie de contenido esencial inmodificable? Con base en las alternativas estudiadas, la salud humana, la calidad de vida y la dignidad humana no parecen tener incidencia directa en la determinación de dicho contenido. Por el contrario, es el deber de conservación de la naturaleza, de la mano con el objetivo del desarrollo sostenible, el que determina este contenido inmutable. En otras palabras, en virtud del desarrollo sostenible y del deber de conservación de la naturaleza, no se podrá retroceder en el nivel de protección ambiental alcanzado en relación con los suelos de especiales características. De todas formas, lo anterior no quiere decir que se trate de una prohibición absoluta, sino que, como se ha visto, la adopción de medidas potencialmente regresivas del nivel de protección alcanzado exigirá una motivación más estricta.

En el caso de Panamá, la argumentación jurídica parece ir en el mismo sentido. En la Sentencia n.º 123-12, de 23 de diciembre de

⁸⁸ El TS puntualmente determina que no hay una supresión de suelo no urbanizable. Lo que se encuentra es la inclusión como Red Pública Exterior adscrita al Sector de terrenos que pertenecen al Parque Regional del «Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno» y a «Montes Preservados». Pero, se señala, que de acuerdo con el régimen de la Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid 9/2001, es posible que las Redes Públicas se encuentren en Suelo no Urbanizable. De su artículo 36.2b) resulta que las redes de equipamientos, comprende a su vez: 1.º Red de zonas verdes y espacios libres, tales como espacios protegidos regionales, parques municipales y urbanos, jardines y plazas. No obstante, considero que independientemente de que no se haya realizado una supresión directa del suelo no urbanizable, en el fondo esta transformación tiene el mismo objetivo.

2013 ya citada se analiza el caso de una resolución emitida por la Autoridad Nacional Ambiental de Panamá, mediante la cual se declara *área protegida* al Humedal Bahía de Panamá. Esta norma fue impugnada por que dicha declaración se realizó sin haber cumplido con la obligación de realizar un acto de participación ciudadana, por lo que se solicitaba su anulación. No obstante, el fallo estableció que la anulación de un acto administrativo de interés general, o público de carácter ambiental, a menos que sea por un interés superior a éstos, acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección ambiental. En concreto, se dijo que si se deslegitiman los mínimos de protección alcanzados a través de la Resolución impugnada, se dejaría sin resguardo jurídico-ambiental el denominado Humedal Bahía de Panamá, poniéndose en estado de vulnerabilidad el ya frágil ecosistema, y los procesos ecológicos de dicha área. En este caso, también el deber conservación de la naturaleza y el desarrollo sostenible configuran la prohibición de retroceder en los niveles de protección alcanzados; configuran el contenido que no podrá ser vulnerado. Igualmente sucedió en el caso de Costa Rica, en el que se reconoció de manera expresa al principio de no regresión del derecho ambiental y su condición de parámetro de constitucionalidad, pero en este caso, las omisiones e imprecisiones en la forma de regularizar una situación irregular son las que derivan en una regresión para el nivel de protección ambiental alcanzado.

3. La consecuencia de la regresividad contra el contenido esencial: la inadmisibilidad

Por último, será necesario abordar las *consecuencias* de la existencia de una norma regresiva que atente contra el contenido esencial, o lo que es mejor, contra los niveles de protección ambiental alcanzados. La principal consecuencia de la identificación en el control judicial de una medida regresiva de los derechos es su inconstitucionalidad, tal como se ha apreciado de lo expuesto hasta ahora; lo dicho respecto de las medidas regresivas contra los derechos sociales resulta igualmente aplicable en este caso. Aunque de manera más general, parece más apropiado hablar, en vez de «inconstitucionalidad» propiamente dicha, de la declaración de dicha medida como contraria al ordenamiento jurídico. Pero, ¿cuál ordenamiento jurí-

dico? Es claro que la consecuencia de una medida regresiva dependerá del tipo de medida de que se trate (Ley, Decreto, Resolución, etc.) y del ordenamiento jurídico específico que se vea vulnerado. Esta cuestión requiere un análisis más detallado.

En el caso colombiano, como se vio, el Principio de No Regresión tiene base y fundamento constitucional, tanto en materia de derechos sociales como en materia de derecho del medio ambiente, principalmente con base en el artículo 93 de la Constitución Política, relativo al Bloque de Constitucionalidad. Entonces, una norma que atente contra dicho principio, será contraria al ordenamiento jurídico colombiano. Partiendo de esta base constitucional, es necesario indagar ahora sobre las consecuencias específicas de la medida regresiva, y del tipo de norma en la que se encuentra.

En primer lugar, la reacción jurídica en contra de una ley que contenga una medida regresiva injustificada del nivel de protección ambiental alcanzado, será su impugnación por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, pues de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, a ésta le corresponde decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación⁸⁹. Se trata de un trámite cuya legitimación es restringida a los ciudadanos, pues como lo señala la disposición constitucional, las podrán presentar los «ciudadanos», sin exigir ninguna cualificación adicional, más que la ciudadanía colombiana.

La Sentencia C-443 de 2009⁹⁰, ya citada, si bien no termina con una declaración de inexecutable de la norma demandada, si aporta un elemento fundamental al análisis que se realiza, pues afirma que *«el supuesto retroceso del nivel de protección a que aluden los demandantes, es simplemente otra manera de presentar el cargo consistente en que la disposición acusada transgrede el artículo 79 constitucional por el supuesto incumplimiento de los deberes estatales en la protección de las áreas de especial importancia ecológica»*. Es decir, vincula la regresividad del nivel de protección alcanzado en materia ambiental al artículo 79

⁸⁹ Trámite que se encuentra regulado en el Decreto 2067 de 1991.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

de la Constitución Política, relativo al derecho a gozar de un ambiental sano y al deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente.

Si bien en materia ambiental aún no hay ejemplos jurisprudenciales, en el caso de la seguridad social son frecuentes estas situaciones. A manera de ejemplo, la Sentencia C-428 de 2009⁹¹, estudio el caso de una Ley (860 de 2003) que modificaba los requisitos para obtener la pensión de invalidez, contenidos en una Ley anterior (Ley 100 de 1993), y establecía un requisito de fidelidad al sistema de seguridad social que no estaba contemplado en la normatividad anterior. La Corte encontró que ese requisito de fidelidad debe ser declarado inexecutable⁹² puesto que «no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma», desconociendo el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales.

Ahora, en el ordenamiento colombiano, si la medida regresiva se encuentra en una norma de nivel inferior, la reacción jurídica variará. En el caso de Decretos, al tratarse de actos administrativos expedidos por el Ejecutivo, que generalmente poseen un contenido normativo reglamentario, corresponderá al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 237 de la Constitución Política. Los mecanismos de control

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-428 de 2009. MP: Mauricio González Cuervo.

⁹² En el ordenamiento jurídico colombiano, los términos *inexecutable* e *inconstitucionalidad* no significan lo mismo. Según el Diccionario Jurídico Colombiano, la *inconstitucionalidad* es la *inconformidad de normas inferiores de carácter jurídico con principios y normas constitucionales. La inconstitucionalidad da origen a la acción por inexecutable*. Por su parte, la *inexecutable* es el *acto por medio del cual la Corte Constitucional declara sin efecto una norma por estar contra la Constitución o los principios que ella establece y cuyos efectos cesan en su aplicación para el futuro*. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al precisar que *Una cosa es la inconstitucionalidad de la norma y otra la inexecutable*, que es una consecuencia necesaria de aquella. Mientras la inconstitucionalidad se refiere a la incompatibilidad de los preceptos demandados frente a la Constitución, *la inexecutable* consiste en la *expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico*. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia 11001-03-24-000-2007-00030-00. Agosto 23 de 2012. C. P. María Claudia Rojas Lasso.

de estos actos administrativos se encuentran regulados en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Este Código contempla la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad (art. 135) mediante la cual los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución⁹³. Como se ve, se trata también de una comparación entre un decreto reglamentario que contiene una medida regresiva injustificada y la Constitución Política. La norma que se comenta agrega que en este caso, el Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales.

Pero además, existe la Acción de Nulidad (art. 137), por medio de la cual toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Esta acción procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. En este caso,

⁹³ Como lo señala la Corte Constitucional, «la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexecutable y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos: 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa». Sentencia C-037 de 1996. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Ver además la Sentencia C-400 de 2013. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

la legitimidad es universal, pues «toda persona» podrá solicitar la nulidad, es decir, no se exige ningún requisito, ni siquiera la ciudadanía colombiana para poder interponer esta acción. En este último caso, la comparación del decreto supuestamente regresivo se realizará en relación con la Ley que le da fundamento, y de verificarse que efectivamente el decreto es regresivo, sin la justificación adecuada, y que infringe la norma en que debería fundarse, se procederá a la declaración de nulidad del mismo. En este supuesto, la norma sería contraria al ordenamiento jurídico específico en el que se desarrolle, ya sea de vertidos, urbanístico, de emisiones atmosféricas, etc.

En el caso español, se presenta una situación diferente, toda vez que el Principio de No Regresión en materia ambiental no tiene base constitucional como tal. Este parecería ser el punto de partida, de acuerdo con lo analizado en su momento, toda vez que no se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano como derecho subjetivo. No obstante, en el marco del análisis del Principio de No Regresión en materia ambiental, el Ts ha señalado algunos aspectos relacionados con su fundamentación⁹⁴. La sentencia citada encuentra diversas bases de dicho principio. En primer lugar, lo fundamenta en el carácter finalista del derecho ambiental. En segundo lugar, encuentra fundamento en el ordenamiento interno estatal, con base en el artículo 45 CE y en el artículo 2 del vigente TRLS08, en concreto en el denominado «*principio de desarrollo territorial y urbano sostenible*», que impone a las diversas políticas públicas «*relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo*» la obligación de proceder a la utilización del mismo «*conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible*». Finalmente, encuentra su fundamento en el derecho europeo: en primer lugar, en el Tratado de la Unión Europea, en concreto, en su Preámbulo en el que se expresa que los Estados miembros están «*decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...*». Por su parte, en el artículo 3.3 se señala que «*La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en... un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del*

⁹⁴ Como se vio en la ya citada STS 5538/2012.

medio ambiente...». En segundo lugar, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, se señala como el Medio Ambiente [art. 4.e)] es una competencia compartida con los Estados Miembros, imponiéndose en el artículo 11 del mismo Tratado que «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Todos los anteriores elementos conforman la base jurídica del Principio de No Regresión en materia ambiental en España, según la sentencia. Resulta necesario ahora hacer un análisis en relación el tipo de norma que contenga la medida regresiva y la reacción jurídica en contra de esa norma, al igual que como se hizo para el caso colombiano. En primer lugar, corresponde indagar qué sucede si la medida regresiva se encuentra en una Ley. ¿Es posible confrontarla con la Constitución, por la vulneración del Principio de No Regresión en materia ambiental, y así lograr su inaplicación o retiro del ordenamiento jurídico?

Para abordar este primer supuesto, es necesario partir de lo que se conoce como el *canon de constitucionalidad*⁹⁵, conformado por el conjunto de aquellas normas que sirven de parámetro de validez para detectar la inconstitucionalidad de la ley sometida a control de constitucionalidad. La referencia constitucional con la que ha de juzgarse la ley, o la medida a la que debe adaptarse la ley. Lo anterior resulta importante porque como lo explica BALAGUER CALLEJÓN, «el control de constitucionalidad que realiza el TC no se solventa mediante el contraste entre la ley y la norma eventualmente lesionada por esa ley, sino que exige el concurso de varias normas»⁹⁶. Como se señala en el artículo 28 de la LOTC, «Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio

⁹⁵ El Tribunal Constitucional ha llamado canon de constitucionalidad a las normas constitucionales que sirven de parámetro de validez. STC 71/96, de 3 de marzo.

⁹⁶ BALAGUER CALLEJÓN (2001, p. 106).

de las competencias de éstas». Es decir, habría que encontrar el fundamento normativo del Principio de No Regresión en materia ambiental comprendido dentro de este canon de constitucionalidad, con el fin de estudiar una medida regresiva comprendida en una Ley. Como se ha visto, y al margen de lo expuesto en la STS estudiada, no parecería encontrarse fundamento alguno de este principio dentro del canon de constitucionalidad. No obstante, una de las características de dicho canon es su mutabilidad, y como explica BALAGUER CALLEJÓN, «la alteración del canon de constitucionalidad deja abierta al legislador la posibilidad de que el tiempo transforme el canon y una ley que hoy es plenamente constitucional mañana pueda no serlo, y al contrario. Ello es consecuencia de una concepción de la Constitución abierta y plural, que deja margen en la ley a concepciones de la Constitución relativamente diferentes»⁹⁷. Es decir, no podría descartarse que en un futuro el Principio de No Regresión tuviera fundamento constitucional en el ordenamiento español, pero en la actualidad, no es viable la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley por vulneración de dicho principio⁹⁸.

⁹⁷ *Ibidem*. Además, el Tribunal Constitucional ha sido explícito en cuanto a la consideración de mutabilidad del canon de constitucionalidad, al respecto ver la STC 102/95, de 26 de junio.

⁹⁸ En todo caso, en el evento en que se encontrara la base constitucional para proceder con dicho control de la norma supuestamente regresiva, el trámite a realizar sería el recurso de inconstitucionalidad, cuyo objeto es el control abstracto de las normas con rango de ley y su adecuación constitucional. Dicho recurso tiene una legitimación limitada por el artículo 162.1.a) CE, y se puede interponer por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, y en su caso, las Asambleas de las mismas. Se trata, como se ve, de una legitimación restringida a unos órganos específicos, lo que haría aún menos viable la utilización de este procedimiento para controlar una ley que contenga una medida regresiva en materia ambiental. Más recientemente, LOZANO CUTANDA ha reconocido que «otro posible medio de defensa contra las leyes singulares que reducen la protección ambiental consiste en recurrirlas ante el Tribunal Constitucional por una eventual vulneración de sus preceptos. En los casos más extremos, sería posible recurrir una ley por vulneración del artículo 45CE pues si bien este precepto opera prima facie sobre el legislador, si éste incumple su mandato, estaremos ante una vulneración recurrible por vía constitucional. (...) El recurso al Tribunal Constitucional cabe también, en los supuestos de leyes autonómicas, por vulneración de la legislación básica estatal, ex artículo 149.1.23 CE, y es aquí donde entra en juego el principio de standstill en relación a los espacios naturales protegidos (...)» (2012, p. 1565); tema que analizaré más adelante.

Pero además, existe otro supuesto a analizar, y es el caso en el que la medida supuestamente regresiva no se encuentre en una ley, sino en una norma de menor rango jurídico. Así sucedió en el caso estudiado en la STS 5538/2012 en el que la consecuencia de la adopción de una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado (la inclusión de suelos de especial protección ambiental en una actuación urbanizable), y la ausencia de su especial motivación, fue la anulación de dicha medida, por resultar contraria al ordenamiento jurídico. Se trataría de una medida *prima facie* contraria a la Constitución, en los términos estudiados, que no logró ser desvirtuada por la falta de la motivación especial. En este caso, la medida regresiva se encontraba en un Plan Parcial de un Plan General de Ordenación Urbana (ambos impugnados) los cuales tienen naturaleza normativa, reconocida en la STC 56/1986 de 13 de mayo, al señalar que «...el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico...», y ratificada por el Tribunal Supremo en la STS de 9 de febrero de 2000. Así, «esa naturaleza normativa, de carácter reglamentario de los planes urbanísticos trae como consecuencia directa su régimen de impugnación. En efecto, los planes no son susceptibles de recursos administrativos (art. 107-3.º LRJ-PAC), sino que han de ser impugnados ante la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 50 TRLS 2008). El recurso contencioso, siempre en única instancia, puede ser directo, contra el propio plan o sus modificaciones y alteraciones, o indirecto, contra los actos de aplicación del mismo (STS de 23 de junio de 2003)»⁹⁹.

Una vez identificada y caracterizada la norma en la que se encuentra la medida regresiva, es necesario identificar el parámetro con el que se medirá dicha regresión, es decir, se debe indagar por el nivel de protección alcanzado el cual se encuentra presuntamente vulnerado con la nueva normatividad. En el caso que se estudia, se impugnan de forma directa (1) la aprobación definitiva del Plan Parcial del Sector n.º 3 «El Castillo», en Villanueva de la Cañada, y

⁹⁹ AA.VV. (2011a, p. 82). La naturaleza normativa de los planes lleva implícita la aplicación del principio de jerarquía normativa. Numerosas sentencias han declarado el principio de jerarquía, entre ella cabe reseñar la STS de 6 julio 1987 (RJ 1987\6679): «La naturaleza normativa de los planes determina la aplicabilidad a los mismos del principio de la jerarquía normativa previsto en el artículo 9.º3 de la Constitución. Así, en cuanto que unos son desarrollo y concreción de otros, está claro que el inferior no puede vulnerar lo que del superior deriva para el ámbito territorial de aquél, concretamente y en cuanto a la relación Plan General-Plan Parcial, así lo establecen expresamente el artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y el artículo 44.2 del Reglamento de Planeamiento».

(2) de forma indirecta la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana, con fundamento en la reclasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido, con vulneración del conjunto de normas señalado en la demanda¹⁰⁰. Este conjunto de normas alcanzaban un *nivel de protección ambiental* determinado, consistente en la protección especial del terreno, derivada de Montes Preservados de los terrenos que integran la Red Natural 2000 y los que forman parte del PORN del Curso Medio del río Guadarrama, y su clasificación en el PGOU anterior como suelo no urbanizable. Es decir, este nivel de protección alcanzado se ve afectado por la nueva medida regresiva, que retrocede en dicha protección.

Ahora, una vez determinada la regresión, es necesario indagar si existe una justificación adecuada, esto es, si se cumple con el *plus* de motivación que exigen este tipo de medidas, la cual debe ser *razonada, pormenorizada y particularizada* en relación con *aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos*, tal como explica la sentencia¹⁰¹. Entonces, la ausencia de

¹⁰⁰ Se consideran vulneradas las siguientes normas: (1) lo previsto en el PGOU anterior, (2) la Ley 9/1995 de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo; (3) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV); y (4) del artículo 16 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; (5) la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid; (6) el Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Curso Medio del río Guadarrama; (7) Directiva 79/409/CE (Directiva de Aves Salvajes); (8) Directiva 92/43/CE (Directiva de Hábitats). En el recurso de casación, los motivos de impugnación incluyen además la vulneración de (9) TRLS08; (10) Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR76); (11) Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y la Biodiversidad (LPNB); principalmente. En la sentencia de Casación se realiza el análisis detallado en relación con cada una de las normas supuestamente vulneradas.

¹⁰¹ En este sentido, el TS cita la STS de 3 de julio de 2007, casación 3865/2003 en la que se dice «(...) si el planificador decidió en un Plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados, no como suelos no urbanizables simples o comunes, sino como suelos no urbanizables protegidos, le será exigible que el Plan posterior en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador exponga con claridad las razones que justifican una decisión que, como esta posterior, contraviene una anterior en una cuestión no regida por su discrecionalidad. Esta decisión posterior no está, así, amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (ius variandi); ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad de planeamiento. Por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma

motivación se configura como una cuestión invocable como motivo de impugnación indirecta del planeamiento superior. El Ts encontró insuficiente la motivación analizada, y señaló que *«con independencia de la legalidad de adscripción de sistemas generales —que mantienen su clasificación formal de suelos no urbanizables— a suelos urbanizables a efectos de la obtención gratuita del suelo, como acertadamente reconoce la sentencia, la clasificación de este ámbito —como suelo urbanizable— estaba necesitada de una motivación adicional —como la que se viene reclamando en los Fundamentos anteriores— en la que se explicitaran las razones de interés general por las cuales la implantación de los nuevos usos residenciales debía efectuarse en este ámbito concreto, a la sazón disgregado del núcleo urbano o histórico del municipio y, como decimos, que gozaba de la protección, prevista en la legislación de Montes, más intensa en el caso de los suelos calificados como Montes Preservados, y en menor grado respecto del resto de masas forestales incluidas en el sector. Circunstancias estas, en modo alguno aclaradas, justificadas ni motivadas en el peculiar sistema de aprobación de la Revisión del PGOU que nos ocupa»*.

Finalmente, como ya se dijo, la respuesta jurídica ante la verificación de la vulneración del Principio de No Regresión en este caso es la anulación de dicha medida, por ser contraria al ordenamiento jurídico urbanístico español.

En el proceso de la Sentencia n.º 123-12 de Panamá, la consecuencia es la misma, pero con ciertas particularidades. Se encontró que, en este caso, la medida regresiva sería declarar nula la resolución demandada, puesto que disminuiría el nivel de protección alcanzado en relación con el Humedal. Es decir, anular la resolución estaría en clara contradicción con los fines, principios y lineamientos que protege la legislación ambiental panameña, por lo que dicha medida se consideraría contraria al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se declara legal la resolución demandada, evitando así la adopción de la medida regresiva.

En el proceso 2013-10158 de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ya expuesto, la Sala afirmó que *«en consonancia con el*

esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen».

principio de in dubio pro natura y de progresividad en la protección del derecho al ambiente, un proyecto como el que se consulta, que adolece de tantas imprecisiones y con normas tan genéricas, lo que hacen es vaciar de contenido la protección que hasta hoy ha tenido nuestra zona marítimo terrestre y ese motivo que estimo que existen razones para considerar que además de las violaciones de forma apuntadas, también se incurre en violaciones de fondo a nuestro bloque de Constitucionalidad». La consecuencia, entonces es la inconstitucionalidad del proyecto demandado, «Ley de Territorios Costeros Comunitarios»: «1) por la forma, toda vez que, tratándose de un proyecto de ley tendiente a la reducción o desafectación de un área ambientalmente protegida, carece de un elemento esencial del procedimiento, cual es, un estudio técnico que lo justifique y determine el impacto real sobre el ambiente, y 2) por el fondo por violar el principio de intangibilidad de la Zona Marítimo Terrestre».

En suma, la adopción de una medida regresiva sobre los niveles de protección alcanzados, que no sea suficientemente motivada, será contraria al ordenamiento jurídico determinado en el que se desarrolle, y deberá ser excluida del mismo. El asunto, como se ve, es que en estas cuestiones las medidas regresivas pueden tomar diferente forma, ya sea de carácter normativo (leyes, resoluciones, planes de ordenamiento, entre otros), de carácter judicial, es decir, interpretaciones judiciales regresivas, o de cualquier otra naturaleza, incluso, actividades realizadas por particulares. En cualquier caso, y cualquiera que sea la forma que revista la medida regresiva, y salvo que no sea debidamente motivada, deberá ser excluida del ordenamiento jurídico, por las vías jurídicas destinadas para cada caso.

V. La crisis económica y las medidas regresivas del Derecho Ambiental

La existencia de tendencias desreguladoras en materia ambiental no es una novedad, pero como lo nota JORDANO FRAGA, al hablar del «Derecho Ambiental de la Crisis», una de las consecuencias de la crisis financiera es el fortalecimiento de dichas tendencias, alimentando en el proceso la reducción de los presupuestos para la Administración Ambiental¹⁰². De la mano, otra consecuencia de la

¹⁰² JORDANO FRAGA (2013).

crisis es el incremento de los programas de simplificación administrativa, la cual tiene varias manifestaciones, como analizaré a continuación. En este segundo punto, me ocuparé precisamente de las medidas de desregulación ambiental adoptadas con fundamento en la crisis económica, sin desconocer la existencia de otras medidas adoptadas con el mismo fin, pero con distinto fundamento.

1. *Tendencias Desreguladoras y regresiones en el Derecho Ambiental*

Es necesario partir por señalar brevemente qué se debe entender por «desregulación». Como lo explica SORIANO GARCÍA, no se trata simplemente de la pura y dura eliminación de normas; es decir, no son equiparables las figuras de abrogación y la de desregulación. Lo que sucede, *«es que se trata de una regulación bien distinta, y de naturaleza diferente, pero el “horror vacui” persiste y desde luego la mayor dosis de libertad que encierran las políticas desreguladoras no implican ni mucho menos la eliminación de los poderes del Estado»*¹⁰³. Reiterando lo anterior, MARCILLA CÓRDOBA señala que la desregulación no equivale a la anomia, *«sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas, propias del Estado social, por otras cuya función se limita a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado. La desregulación suele justificarse en razones de eficiencia del mercado, pero también en razones de mayor legitimidad de las instancias públicas»*¹⁰⁴.

Por otro lado, la simplificación administrativa debe entenderse como el conjunto de medidas previstas para hacer más sencillos, más fáciles o menos complicados los procedimientos, trámites y actuaciones para el establecimiento o la prestación de determinados servicios, que por lo general, supondría traducirse en una reducción de costos para los particulares y también para la Administración, pues integraría la mejora en la organización de los servicios, la simplificación de los trámites o procedimientos y la incorporación de medios que los hagan más simples¹⁰⁵.

¹⁰³ SORIANO GARCÍA (1993, p. 9).

¹⁰⁴ MARCILLA CÓRDOBA (2005, p. 239).

¹⁰⁵ Para un análisis de la simplificación administrativa en la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de

Estas tendencias no son nuevas para el Derecho Administrativo y tienen fundamentaciones de diversa índole¹⁰⁶. De un lado, medidas liberalizadoras del mercado, y de mínima intervención estatal, y de otro, coyunturas socioeconómicas particulares. Antes de proceder con el análisis de estos fundamentos resulta interesante examinar el caso de Estados Unidos, pues en materia ambiental, se planteó con fuerza una política de desregulación, especialmente en la década de los años ochenta con fundamento en la ideología conservadora¹⁰⁷. Las principales consecuencias de este proceso llevado a cabo en el gobierno del presidente Reagan fueron, entre otras, la reducción del presupuesto de la EPA, se desmantelaron por completo algunos de sus programas, como el relativo al control de ruido, y se sometió a la misma y a sus regulaciones al control de la «Office of Management and Budget» (Oficina de Administración y Presupuesto). Además, en el plano normativo, el fenómeno de la desregulación afectó a sectores como la contaminación atmosférica, la calidad de las aguas, los residuos peligrosos, el uso del suelo, entre otros. En términos generales, el gobierno de Reagan «retiró, relajó o retrasó la ejecución de reglamentos ambientales¹⁰⁸». Esta filosofía de desregulación de la EPA también ha impregnado su enfoque de la cuestión del «backsliding» o lo que es lo mismo, el relajamiento de los límites permisivos ya otorgados, sobre todo en materia de calidad de las aguas, permitiendo una mayor descarga de contaminantes¹⁰⁹.

diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), ver ALDOMÀ I BUIXADÉ (2012).

¹⁰⁶ Explica MARCILLA CÓRDOBA que «la desregulación se asocia a políticas neoliberales, que propugnan la reducción del papel de los poderes públicos en el control de los mercados, mediante una legislación destinada a velar particularmente por la prosperidad de la empresa privada y tendiente a reducir lo más posible las obligaciones o responsabilidades empresariales como cargas fiscales, salarios, vacaciones, bajas laborales, protección medioambiental, etc.» (2005, p. 247).

¹⁰⁷ Para una síntesis de los principales aspectos del proceso de desregulación en materia ambiental en Estados Unidos ver, entre otros, JORDANO FRAGA (2013); WEINBERG (1988).

¹⁰⁸ JORDANO FRAGA (2013).

¹⁰⁹ Como explica WEINBERG «Concerned about possible backsliding by sources, the EPA in 1978 adopted a regulation authorizing the limits in a Clean Water Act permit to be relaxed only in the event of a material and substantial change in circumstances or a permit whose limits were stricter than the relevant effluent guidelines required. A 1980 amendment to the Act also allowed relaxing permit limits “to correspond to subsequently promulgated guideline limitations when increased production significantly reduces treatment

Posteriormente, estas tendencias fueron desarrolladas con mayor impulso en el mandato de Clinton, siendo el paradigma de dichos esfuerzos el Proyecto XL «Excellence and Leadership» (Excelencia y Liderazgo), lanzado en 1995, que promovía una alternativa a la regulación, y aceptó proyectos hasta el 2002¹¹⁰. De esta manera, como explica STEINZOR, las empresas XL debían desarrollar planes específicos propios para lograr una mejora de la calidad ambiental a cambio de la exención de los requisitos exigidos por la actual y futura regulación intervencionista, a cambio, en teoría, de una mejora en la protección ambiental¹¹¹. Sin profundizar en el análisis de dicho proyecto, puede observarse que las razones que fundamentan estas políticas desreguladoras buscan disminuir la intervención del Estado y dejar en manos de los actores ciertos aspectos, como en este caso, la protección del medio ambiente.

En el caso europeo, el primer fundamento —*medidas liberalizadoras del mercado y de mínima intervención estatal*— se ve claramente reflejado en las cuestiones relativas la libertad de establecimiento y la libre circulación de los servicios, cuyo principal ejemplo es la

efficiency”». In 1982 EPA Administrator Gorsuch proposed to allow permit backsliding up to the level of subsequently— adopted effluent guidelines permitting greater discharge of pollutants. In effect, this proposal would have undermined the Clean Water Act’s mandate of continued progress toward ending the discharge of pollutants completely. Congressional outcry was immediate. The EPA backed off, rescinding its proposed amendment. The EPA ultimately adopted a regulation allowing increased discharges of pollutants only if «previous case-by-case limitations prove to be an incorrect assessment of the discharger’s capabilities» (1988, p. 1336).

¹¹⁰ Es un programa piloto a nivel nacional, definido por tres elementos: mejores resultados ambientales, participación significativa de las partes interesadas y flexibilidad reguladora. El Proyecto XL propone un reto a la comunidad regulada-facilitades, sectores industriales y agencias de gobierno a que encuentren métodos más limpios y económicos de proteger el ambiente. Como explica la EPA, «la oferta es sencilla: si usted tiene una idea que promete ofrecer una protección ambiental superior a la que se podría realizar con el sistema regulador actual, y si utiliza un amplio proceso de participación de las partes interesadas, entonces trabajaremos con las agencias estatales y locales involucradas para garantizar la flexibilidad necesaria para poner sus ideas a prueba. La meta es involucrar a las partes afectadas por las regulaciones ambientales, en un nuevo esfuerzo sin precedentes para encontrar soluciones que trabajen mejor que las que se aplican en la actualidad, y utilizar lo que se ha aprendido de manera global para mejorar la salud pública y la protección ambiental». EPA (s.f.). Disponible en la página web http://www.hhs.harvard.edu/fs/rstavins/Papers/Hahn-Olmstead-Stavins_Paper.pdf (consultado el 8 de abril de 2015).

¹¹¹ STEINZOR (1998), citado en JORDANO FRAGA (2013).

Directiva de Servicios (Directiva 2006/123 CE)¹¹². Esta Directiva (DS o Directiva Bolkestein), tiene como objetivo establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios. Entonces, el objetivo fundamental que persigue la liberalización impulsada por la Directiva de Servicios es principalmente el desarrollo de la economía, mejorando la libre competencia y eliminando costes administrativos a la actividad empresarial¹¹³. Además, como se verá a continuación, el proceso liberalizador se ha visto intensificado en los últimos dos años como instrumento de reactivación económica frente a la reciente crisis.

Ahora bien, esta Directiva ha tenido una incidencia en materia ambiental calificada por algunos autores como una incidencia limitada, pues se concreta en aspectos muy puntuales¹¹⁴. En primer lugar, hay que destacar que entre la normativa de servicios y el Derecho Ambiental se produce un choque de premisas básicas de ambos sistemas: por una parte, la DS prohíbe con carácter general los regímenes autorizatorios y los requisitos restrictivos de la libre circulación de servicios; y por otra, el Derecho Ambiental se basa en las exigencias de los principios de prevención y de precaución, lo cual resalta el protagonismo de las técnicas preventivas de intervención administrativa: las autorizaciones y evaluaciones ambientales¹¹⁵. La solución a este choque de paradigmas ha venido de la mano del reconocimiento de la «protección del medio ambiente y del entorno urbano» como una excepción a la prohibición de res-

¹¹² Esta Directiva ha sido traspuesta en el ordenamiento español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, más conocida como «Ley Paraguas».

¹¹³ Como explica LOZANO CUTANDA, *«la mejor prueba de ello la tenemos en nuestro país, por cuanto la liberación no se ha limitado a la actividad de servicios sino que ha ido más allá, aplicándose a diversas licencias de obras y de actividades industriales»* (2013, p. 151). La autora realiza un detallado análisis de los últimos cambios en las técnicas de intervención administrativa a la luz de estas nuevas tendencias, con especial referencia al silencio administrativo, y a la declaración responsable y la comunicación previa como medios ordinarios de control a posteriori de las actividades.

¹¹⁴ Sobre la incidencia de la Directiva de Servicios en materia ambiental cfr., GARCÍA-ÁLVAREZ (2012); PERNAS GARCÍA (2012, 2013) entre otros.

¹¹⁵ PERNAS GARCÍA (2013, p. 360).

tricciones a las libertades de servicios, tal como lo señala la Ley Paraguas¹¹⁶. De esta manera, el carácter del medio ambiente como «razón imperiosa de interés general» constituye una excepción al principio general de libre circulación de servicios, lo que ha impedido que esta normativa tenga un impacto considerable en el Derecho Ambiental. No se ha producido la sustitución generalizada de regímenes de autorización por los de declaración responsable y de comunicación, como si ha ocurrido en otros sectores.

No obstante, esta Directiva si ha afectado algunos aspectos puntuales. Ha supuesto la eliminación de autorizaciones o su sustitución por la técnica de la comunicación o declaración responsable, que como se mencionó no ha sido de manera general, pues ha afectado fundamentalmente a autorizaciones de carácter reglado y referido a proyectos o entidades de menor repercusión. Uno de los principales riesgos del avance de la comunicación previa en materia ambiental según PERNAS GARCÍA consiste en el riesgo de reducción del nivel de protección ambiental¹¹⁷. Señala que para valorar este riesgo no se debe perder la perspectiva de que el avance de la comunicación se ha producido especialmente con relación a actividades de menor impacto. Además, señala que para compensar estos riesgos de reducción del nivel de protección es preciso reforzar los regímenes de inspección, un tema que tradicionalmente no ha tenido excesiva importancia. Además, esta Directiva también ha eliminado algunos requisitos discriminatorios (legislación de caza o pesca) o desproporcionados (como la exigencia de inscripción en registros de gestores de residuos). Ha tenido por tanto un efecto limitado en términos cuantitativos y calificativos, pues en términos generales, la protección del medio ambiente, como razón imperiosa de interés

¹¹⁶ Artículo 3.11 Ley 17/2009. *Definiciones: A los efectos de esta Ley se entenderá por: 11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.*

¹¹⁷ PERNAS GARCÍA (2013, p. 368).

general, ha permitido mantener prácticamente inalterado el régimen de funcionamiento de las actividades de mayor impacto¹¹⁸.

Un ejemplo de estas mismas tendencias se puede encontrar en las modificaciones sufridas por el régimen de licencias ambientales en Colombia. En el 2014 se conoció un proyecto de Decreto modificatorio del Decreto 2820 de 2010, del 5 de agosto de 2010 mediante el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales. Este proyecto tenía como objetivo *anuar esfuerzos para el mejoramiento continuo de la eficiencia de los procesos de licenciamiento ambiental en aras de permitir un crecimiento económico sostenible bajo la óptica de una adecuada y eficiente gestión por parte de las autoridades ambientales*, lo que en la práctica se concretaría en la disminución de los tiempos de otorgamiento de la licencia ambiental, y en el cambio al procedimiento oral, dejando atrás la tramitología del procedimiento escrito; con fundamento en la necesidad de darle un impulso a los grandes proyectos de infraestructura y de la industria extractiva, que pese a ser un motor de la economía colombiana, se ven afectados por las demoras en los trámites ambientales¹¹⁹. Concretamente, se pensaba disminuir de 90 a 70 días el plazo para la expedición de la licencia ambiental, si bien en la práctica los trámites van hasta 18 y 24 meses para proyectos grandes. Esta propuesta de modificación fue duramente criticada por los medios de comunicación y diversos expertos del sector ambiental, pues en la actualidad el tiempo no es suficiente para realizar un estudio serio de los impactos que pueda tener un gran proyecto. Una modificación de esta índole perjudicaría aún más los resultados de las evaluaciones de los impactos ambientales de las actividades, disminuyendo el rigor y la calidad de las mismas. Además, la justificación, de «destrabar» los proyectos de infraestructura no parecía suficiente. Se trata de una regresión del nivel de protección ambiental alcanzado por el régimen de licencias ambientales, sin una debida

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 379.

¹¹⁹ «¿Qué pasa con las licencias ambientales exprés?» (27 de septiembre de 2014). *Revista Semana*. Disponible en la página web <http://www.semana.com/nacion/articulo/que-pasa-con-las-licencias-ambientales-expres/404177-3> (consultado el 3 de febrero de 2015). «Licencias ambientales exprés» (17 de septiembre de 2014). *El Espectador*. Disponible en la página web <http://www.elspectador.com/noticias/medio-ambiente/licencias-ambientales-expres-articulo-517382> (consultado el 3 de febrero de 2015).

justificación. Finalmente, al parecer el Gobierno cedió ante las críticas realizadas, y el Decreto definitivo (Decreto 2041 de 2014) mantuvo los plazos establecidos en la norma original¹²⁰.

De lo anterior se puede observar que este proceso de desregulación y simplificación administrativa en materia ambiental se ha fundamentado, por lo menos inicialmente, en la necesidad de favorecer la libertad de establecimiento y fomento de los grandes proyectos de infraestructura, y se ha encaminado hacia la eliminación de requisitos y trámites que obstaculizaran el desarrollo de actividades económicas en el mercado interior¹²¹.

No obstante, como se mencionó, el proceso liberalizador se ha visto intensificado en los últimos dos años como instrumento de reactivación económica frente a la reciente crisis¹²². Como señala

¹²⁰ «Firman decreto que reglamenta licencias ambientales» (8 de octubre de 2014). *El Tiempo*. Disponible en la página web <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/ciencia/firman-decreto-que-reglamenta-licencias-ambientales/14660056> (consultado el 3 de febrero de 2015). «Minambiente: no cambiarán plazos para entrega de licencias ambientales» (2 de octubre de 2014). *El Tiempo*. Disponible en la página web <http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/licencias-expres-y-fracking-ministro-de-ambiente-gabriel-vallejo-responde/14621383> (consultado el 3 de febrero de 2015).

¹²¹ En relación con esta cuestión, MORA RUIZ, señala que la aplicación concreta de técnicas de simplificación ha de plantearse desde el desarrollo sostenible y el principio de prevención, en la medida en que no puede retrocederse desde la perspectiva ambiental. Cita a PRIEUR, y señala que «debemos intentar convencernos de un Principio de No Regresión, en la medida en que las exigencias de crecimiento no pueden provocar una conflictividad solucionable con el sacrificio de los bienes ambientales, pues ello conculcaría el aspecto solidario del Desarrollo Sostenible. De hecho, no parece ser ésta la solución albergada por el principio de simplificación cuando el mismo se pasa por el tamiz de la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión» (2014, p. 105).

¹²² Así ha sido evidenciado por la doctrina. Por ejemplo, para NOGUEIRA LÓPEZ, «si en el momento inicial de estallido de la crisis la reflexión parecía encaminar las soluciones hacia la necesidad de más regulación, de un reforzamiento del control de la economía y los sectores económicos, especialmente del financiero, lo cierto es que el discurso público parece haber conducido a soluciones diferentes si hablamos del sector financiero o del sector servicios y de un amplio abanico de actividades económicas. El extenso programa de medidas de reforma y simplificación de la intervención administrativa en la actividad económica se ha impulsado en los últimos tiempos en un sentido aparentemente contradictorio con el que se entendía inicialmente necesario para el sector financiero. La opción por diluir el control inicial de actividades, simplificando y reduciendo la intervención administrativa, es uno de los principales reclamos anticrisis de las normas aprobadas en este período. Tanto en la legislación estatal y autonómica de transposición de la Directiva de Servicios, que se ha realizado de forma expansiva, y ya en plena crisis económica, como otras normas —Ley 2/2011 de

PERNAS GARCÍA, hubiera sido preferible que la labor de simplificación administrativa se hubiera desarrollado desde la política ambiental en «tiempos de paz», no en un contexto económico, social y político en el que han perdido fuerza los objetivos ambientales estructurales, subordinados a la resolución de la grave coyuntura económica. Este proceso «anticrisis» de revisión del sistema jurídico está fortaleciendo los principios de la DS al intensificar las medidas de simplificación y liberalización administrativa, aunque con menor cuidado en la protección de razones imperiosas de interés general¹²³. Si bien la Directiva tuvo un efecto relativamente limitado en materia ambiental, las necesidades actuales de las políticas de lucha contra la crisis económica se están encaminando hacia la eliminación de obstáculos administrativos, introduciendo el riesgo de desregulación ambiental y de reducción del nivel de protección. PERNAS GARCÍA señala que en este contexto, «*el Derecho comunitario se presenta como garante de no regresión ambiental, frente a la reducción nacional de los estándares de protección ambiental. Marca un límite negativo a la extensión de las medidas anticrisis. Fuera de este núcleo duro que representa el Derecho Ambiental comunitario, están adquiriendo mayor presencia las medidas políticas y administrativas destinadas a reactivar la economía, a costa de la reducción de los estándares de calidad ambiental*»¹²⁴.

Lo anterior pone de presente el segundo fundamento de estas medidas: *las crisis económicas*. Ya se dijo en su momento que la crisis económica es razón suficiente para motivar regresiones en los derechos sociales, siempre y cuando se respeten ciertos límites analizados. En el mismo sentido, la crisis económica también servirá de

Economía Sostenible, Ley 26/2010 de Régimen jurídico de Cataluña, Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación— que se han sucedido en los últimos tiempos, la reducción de controles administrativos se menciona como una medida de reactivación económica» (2011, p. 173).

¹²³ PERNAS GARCÍA (2013, p. 392).

¹²⁴ *Ibidem*, p. 393. Lo cierto es que la crisis económica está tendiendo gran incidencia en las políticas ambientales y en la legislación ambiental. LÓPEZ RAMÓN, ante los problemas relativos a la crisis económica destaca «*la frecuente inclinación de la balanza del interés público hacia el crecimiento y la marginación de las cuestiones ambientales*». En su opinión se trata de un «*fenómeno que se manifiesta bajo el manto protector de la crisis, pero que en verdad no es sino la manifestación de un proceso de desatención de la problemática ambiental, que encuentra ahora un buen momento para expresar, no sólo la inactividad, sino también actuaciones y soluciones abiertamente contrarias al principio de no regresión*» (2010).

fundamento para las medidas de desregulación y simplificación en la normatividad ambiental; pues con la finalidad de simplificar el procedimiento y reducir cargas a los titulares de actividades, y con el objetivo último de promoción de la actividad económica se están flexibilizando en buena medida el grado de protección ambiental, los sistemas de control y los estándares ambientales¹²⁵.

Las medidas de simplificación adoptadas en los últimos años en España en materia ambiental con fundamento en la reactivación de la economía han tenido diversas manifestaciones¹²⁶. Hay que destacar en primer lugar el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, *que se orienta a la simplificación administrativa, eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces, y lo que es más grave, imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones públicas. La simplificación y agilización administrativa de las normas ambientales que se promueve, además de ser necesaria en sí misma, resulta un medio idóneo para acompañar a las reformas, que con carácter urgente, el Gobierno ha puesto en marcha. Esta reforma parte del presupuesto de que la eficacia de las normas ambientales no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica. Antes al contrario, una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia; y exige el establecimiento de reglas claras y sencillas que protejan el medio ambiente y fomenten un desarrollo compatible e integrado en él. En suma, la legislación ambiental también debe ser sostenible*, tal como se señala en su exposición de motivos. Esta norma, entre otras medidas, dispone la consolidación y unificación en un único instrumento de protección para los espacios protegidos y la Red Natura en aquellos casos en que se solapan varias figuras.

Por ejemplo, en la normatividad autonómica, y en materia de reducción de plazos, destaca la Ley 4/2011, de 6 de junio, que trae causa del Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autó-

¹²⁵ CASADO CASADO (2012, p. 45).

¹²⁶ PERNAS GARCÍA (2013, p. 381 y ss.).

noma de Andalucía, regula un régimen para las inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía, declaradas como tales por su especial relevancia para el desarrollo económico, social y territorial. Esta norma señala que las circunstancias del momento actual, condicionadas por la pérdida de empleo y tejido empresarial durante la crisis económica, hacen que cobren singular relevancia los esfuerzos de simplificación administrativa y de mejora de la regulación dirigidos a generar confianza en aquellos agentes económicos que tienen iniciativas para acometer inversiones que puedan favorecer el impulso de la recuperación económica, propiciando la creación de riqueza y empleo en el territorio andaluz. Por lo anterior, en el artículo 11 se determina que en materia de medio ambiente, a las actuaciones declaradas de interés estratégico para Andalucía les será de aplicación, en todo caso, el procedimiento abreviado de autorización ambiental unificada previsto en el artículo 32 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, todo ello sin perjuicio de los plazos establecidos en la legislación básica del Estado.

Resulta interesante el caso de la reforma de la legislación de Cataluña siguiendo estas tendencias estudiadas. Es el caso de las novedades del régimen de prevención y control ambiental de las actividades derivadas de la aprobación de las leyes 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, y 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que modifican la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades. Estas Leyes, que nacen con el objetivo de introducir medidas de promoción de la actividad económica y medidas fiscales y financieras para hacer frente a la grave situación actual de crisis económica, tienen repercusiones importantes respecto al sistema de prevención y control ambiental de las actividades y consecuencias relevantes respecto al grado de protección ambiental, sistemas de control de las actividades y estándares ambientales hasta hace poco aplicables en Cataluña¹²⁷. Si bien ninguna de las leyes posteriores nace con la finalidad exclusiva de modificar la Ley 20/2009, en un contexto de reformas profundas

¹²⁷ Para un análisis detallado de estas modificaciones ver CASADO CASADO (2012).

de multitud de normas sectoriales de contenido heterogéneo motivadas por la crisis económica, estas leyes han modificado sustancialmente determinados aspectos de la Ley 20/2009¹²⁸.

Destacan las principales modificaciones introducidas por la Ley 9/2011, con el fin de impulsar la actividad económica, tienen repercusiones importantes sobre el sistema de prevención y control ambiental de determinadas actividades, y consecuencias relevantes respecto al grado de protección. En buena medida señala CASADO CASADO, la promoción de la actividad económica prima sobre la protección del medio ambiente y se traduce en la rebaja o disminución de determinadas garantías ambientales hasta ahora aplicables¹²⁹. En primer lugar, se realizan cambios en la estructura de los regímenes de intervención ambiental, con una consecuencia clara: muchas actividades que antes siempre requerían autorización ambiental y declaración de impacto ambiental, ahora sólo se someterán a evaluación de impacto ambiental en función del resultado del proceso de decisión previa indicado. Por lo tanto, en el caso de ciertas actividades¹³⁰, se pasa a una evaluación de cada caso, y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, no todas las actividades sujetas a autorización ambiental serán objeto de evaluación de impacto ambiental. Con lo anterior, desaparece una norma adicional de protección incorporada en la norma modificada, con una justificación económica y de simplificación admi-

¹²⁸ La Ley 9/2011 nace con la finalidad de «impulsar, en el marco de la Estrategia Europa 2020, el desarrollo de la actividad empresarial, que se configura como motor de recuperación de la crisis económica mundial. Este desarrollo empresarial requiere, por una parte, la supresión de trámites y trabas innecesarios para el inicio de una nueva actividad; por otra, supone otorgar valor añadido a sectores como la ganadería, el turismo y el comercio. Asimismo, implica modificaciones normativas que deben permitir llevar a cabo una política de apoyo a los empresarios catalanes». Por su parte, la Ley 5/2012, en su Preámbulo señala que «Cataluña, como todas las economías de su entorno, sufre las consecuencias de la crisis económica y financiera internacional. Precisamente, los problemas estructurales de la economía catalana que han conducido a esta crisis y sus repercusiones ilustran la necesidad urgente de algunas de las medidas adoptadas en las disposiciones de la presente ley. Por este motivo, algunas medidas se dirigen a incrementar los ingresos —entre estas, las medidas tributarias recogidas en los títulos I y III—, y otras tratan de reducir el gasto público, fundamentalmente las que recoge el título II, que pretenden una estrategia de racionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración catalana».

¹²⁹ CASADO CASADO (2012, p. 14).

¹³⁰ Actividades señaladas en el Anexo I.2.b) de la Ley 20/2009.

nistrativa y de reducción de cargas para el promotor de la actividad¹³¹.

Otra modificación sustancial tiene que ver con la reducción del ámbito de aplicación de las mejores técnicas disponibles, campo en el que la Ley 9/2011 supone un retroceso considerable. La Ley 20/2009, yendo más allá de lo exigido por la legislación básica estatal y la normatividad europea, había incorporado la exigencia de tener en cuenta las mejores técnicas disponibles no sólo para las actividades del Anexo I.1, donde era estrictamente obligatorio por tratarse de actividades sujetas a la normativa de prevención y control integrados de la contaminación, sino también, con carácter complementario, para las actividades de los Anexos I.2, I.3 y II. Ahora, se suprime del artículo 9.2 de la Ley 20/2009 toda referencia a las mejores técnicas disponibles para fijar los valores límite de emisión de las actividades de los Anexos I.2, I.3 y II, por considerarlo innecesario. Cae, en consecuencia, de la Ley 20/2009, otra norma adicional de protección que había sido inicialmente establecida, a pesar de no ser estrictamente obligatoria¹³². Esta breve muestra de las relevantes modificaciones ocurridas con ocasión de la crisis económica pone de presente la inestabilidad de la normatividad ambiental en momentos de crisis económica, y las consecuencias en el nivel de protección derivadas de esta coyuntura; una de las cuales es precisamente un retroceso del derecho existente y una regresión en el nivel de protección ambiental alcanzado.

De esta manera, es posible concluir que al igual que como sucede en el campo de los Derechos Sociales, en el Derecho Ambiental la crisis económica también tiene la suficiente fuerza para fundamentar la adopción de medidas regresivas en materia ambiental. No obstante, la adopción de la medida regresiva deberá estar debidamente justificada, cuando afecte el nivel de protección ambiental alcanzado. Sin embargo, resulta evidente que ante la coyuntura que se ha presentado en los últimos años, se ha descuidado en gran medida la técnica legislativa y los Principios del Derecho Ambiental en la adopción de estas soluciones, y se ha afectado el estándar de protección ambiental existente. Lo anterior pone de presente una

¹³¹ CASADO CASADO (2012, p. 15).

¹³² *Ibidem*, p. 21.

vez más, la absoluta necesidad de encontrar los adecuados mecanismos de equilibrio entre una ajustada carga administrativa y las garantías ambientales con el fin de garantizar la protección del medio ambiente.

VI. Conclusiones

En lo que respecta al Derecho al Ambiente, el análisis realizado permitió concluir que dadas las dificultades para categorizar efectivamente este derecho, y lo infructuoso de este debate, conviene apuntar mejor las consecuencias de la inclusión de este derecho en las constituciones. En el caso colombiano como derecho subjetivo, fundamental y colectivo; y en el caso español como cláusula de legitimación en materia ambiental (STC 31/2010 de 28 de junio) o como Principio Rector (STC 84/2013 de 11 de abril). Esta diferencia en el reconocimiento jurídico de la protección del medio ambiente en los ordenamientos analizados plantea una serie de precisiones.

En primer lugar, independientemente de la categoría que se le de al Derecho al Ambiente, el reconocimiento constitucional (art. 45 CE y art. 79 CP) implica una vinculación; un mandato vinculante, pues como se analizó, todas las disposiciones de la Constitución tienen valor normativo, y vinculan al legislador y a los poderes públicos. De esta vinculación jurídica se derivan obligaciones, tanto positivas como negativas.

En segundo lugar, hay que precisar que la protección del medio ambiente (ya sea como Derecho o Principio Rector) presenta una faceta prestacional de la cual se derivan obligaciones, las cuales pueden ser de cumplimiento inmediato o progresivo, dependiendo de su contenido material y principalmente de los medios y recursos con los que se disponga. En este caso, interesan las obligaciones progresivas, que son aquellas que, encaminadas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, se realizan de manera paulatina, escalonada, haciendo el mejor uso de los recursos disponibles. De este carácter progresivo de las obligaciones, como se ha visto en reiteradas ocasiones, se deriva el Principio de No Regresión, que en el campo ambiental consiste en la limitación a los

poderes públicos de disminuir o afectar de manera significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado.

En tercer lugar se encontró que dado que este principio no ha sido reconocido de manera expresa en ninguna Constitución o Ley, ha sido la jurisprudencia la que ha efectuado tal reconocimiento. Además del tratamiento que ha recibido por la doctrina jurídica en los últimos años, el Principio de No Regresión en materia ambiental ha empezado a ser objeto de aplicación y análisis por parte de la jurisprudencia de distintas formas, tal como se analizó en los casos de Colombia (2009), España (2012) y Panamá (2013).

Ahora, en lo que respecta al campo de aplicación del Principio de No Regresión, a diferencia de lo que sucede con los Derechos Sociales analizados en el capítulo anterior, en materia de medio ambiente la cuestión relativa al contenido esencial del Derecho al Ambiente aparece más problemática, pues en el caso colombiano se ha reconocido la existencia de dicho contenido, sin determinarlo, mientras que en el caso español, la Constitución expresamente ha excluido el Derecho al Ambiente de los derechos que tienen contenido esencial. No obstante, no se puede afirmar que la indeterminación o ausencia de este contenido implique que el legislador no se encuentre limitado en sus facultades a la hora de regular las cuestiones ambientales; pues como es apenas lógico, no es posible disminuir injustificadamente el nivel de protección ambiental alcanzado. De esta manera, en relación con la protección del medio ambiente, si resulta viable hablar de un contenido que no podrá ser modificado, cuya fundamentación puede encontrarse en 4 alternativas: la salud humana, la dignidad humana y la calidad de vida, el desarrollo sostenible y las generaciones futuras, y el deber de conservación de la naturaleza. Del análisis de estas alternativas, se concluyó que no es posible rechazar de plano ninguna, ni preferir una por encima de las demás; pues dada la naturaleza del bien jurídico en cuestión, todas las alternativas son argumentos con la suficiente fuerza jurídica para medir el carácter regresivo de una medida. No obstante, en la mayoría de los casos, el contenido esencial e inmodificable parece estar conformado, de manera genérica, por *el nivel de protección ambiental alcanzado en un momento determinado*, cualquiera que sea su fundamentación, y como se ha reiterado con suficiencia,

será configurado en cada caso concreto. Así, si se trata de una medida regresiva que reduzca las exigencias en relación con las emisiones atmosféricas, se tratará del nivel de protección alcanzado en materia de contaminación atmosférica, en donde la salud humana jugará un papel esencial. Si por ejemplo, como los casos analizados en las sentencias española y panameña, la regresión atenta contra el nivel de protección alcanzado en materia de protección de la biodiversidad, el deber de conservación de la naturaleza será el fundamento central. Como se ve, parece más apropiado hablar de *nivel de protección ambiental alcanzado*, el cual será determinado en cada caso concreto, con ayuda de los elementos particulares del caso, del momento histórico, y del estado de la ciencia para cada recurso concreto.

Finalmente, el punto más problemático en relación con la identificación de una medida regresiva de dicho nivel de protección ambiental alcanzado, es su consecuencia jurídica. La dificultad radica en el reconocimiento constitucional que tiene el medio ambiente en cada ordenamiento jurídico. Si bien en su momento se dijo que para identificar una medida regresiva era indiferente si se trata de un Derecho (Colombia) o un Principio Rector (España), pues lo que importa es que exista una obligación jurídica de respetar un nivel de protección alcanzado; el reconocimiento o categoría jurídica si será determinante para el establecimiento de la consecuencia jurídica una vez identificada la medida regresiva.

En el caso colombiano, el Principio de No Regresión tiene base constitucional y se reconoce el Derecho Colectivo (y en algunos casos Fundamental) a gozar de un ambiente sano. Estas dos circunstancias implican que cuando se identifique una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado, esta medida podrá ser declarada contraria al ordenamiento jurídico constitucional, siempre que no sea debidamente justificada. Pero lo anterior requiere de una precisión adicional. La consecuencia jurídica dependerá de la norma en la que se encuentre la medida regresiva injustificada. Así, si se trata de una ley, en principio se hablaría de inconstitucionalidad; si se trata de un acto administrativo (Decretos), se podría hablar de una nulidad (simple, o por inconstitucionalidad). Se ve entonces que en el ordenamiento jurídico colombiano si hay herramientas para evitar medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado.

En el caso español la situación es diferente. Se analizó que en este ordenamiento no se dan las circunstancias identificadas en el caso colombiano. En España, la protección del medio ambiente no configura derecho alguno, y el Principio de No Regresión no tiene base constitucional como tal, por lo que en el evento de encontrar una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado, no podría hablarse de inconstitucionalidad de la misma. Lo anterior parecería indicar una conclusión determinante: en el ordenamiento jurídico español no hay herramientas jurídicas para hacer frente a una medida regresiva con las características analizadas. No obstante, esta conclusión es anticipada, ya que como se vio en su momento, el TS español ya ha utilizado el Principio de No Regresión como fundamento para excluir del ordenamiento jurídico una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado. Si bien no podrá hablarse de inconstitucionalidad de una ley por vulneración de Principio de No Regresión, en el supuesto en el que la norma regresiva no tenga rango legal, si existen herramientas jurídicas para excluirla del ordenamiento. Se trata entonces de la anulación de una medida regresiva del nivel de protección ambiental (en el caso de la sentencia analizada STS 5538/2012 se trataba del nivel alcanzado de protección de suelos) sin la debida justificación, con fundamento en el Principio de No Regresión.

De esta manera, se puede concluir que la existencia de una medida regresiva en materia ambiental se entenderá *prima facie* contraria al ordenamiento jurídico, y salvo que sea debidamente justificada, podrá ser excluida de dicho ordenamiento jurídico —en la mayoría de los casos—; cuestión que dependerá, entre otras cosas, del caso concreto y del nivel normativo en el que se encuentre la medida.

Con fundamento en las ideas estudiadas, en el siguiente capítulo procederé con el análisis del campo de aplicación del Principio de No Regresión en materia ambiental, y las distintas posibilidades que su interpretación presenta.

Capítulo 5

El Campo de Aplicación del Principio de No Regresión

I. Consideraciones Previas

Una vez revisado el marco conceptual y teórico del Principio de No Regresión, en este capítulo me enfocaré en los aspectos generales relativos a su aplicación. Si bien ya he insistido que en materia ambiental la aplicación del Principio de No Regresión dependerá del caso concreto, considero que es preciso establecer algunas pautas generales que permitan llevar a cabo este análisis. De esta manera, en primer lugar, es necesario indagar acerca de las distintas posibilidades para el análisis de la supuesta regresividad (II), para a continuación proceder con el estudio de los criterios con base en los cuales deberá realizarse el análisis de las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado (III). En relación con las consecuencias de las medidas regresivas de acuerdo lo visto en esta capítulo, me remito a lo dicho sobre el tema en el capítulo inmediatamente anterior.

II. El análisis de las medidas regresivas: Posibilidades

A lo largo de la investigación se ha estructurado el marco teórico del Principio de No Regresión, por lo que se hace necesario ahora identificar criterios operacionales que en la práctica permitan percibir, si en un caso concreto, se está frente a una evolución del Derecho Ambiental jurídicamente admisible, o si por el contrario; frente a una regresión inadmisibile. Para lo anterior, se han planteado

diversas posibilidades: incluir en los juicios de razonabilidad o de proporcionalidad ya existentes una referencia a la supuesta regresividad de la medida; o diseñar un juicio de regresividad específico para este análisis. A continuación me referiré a estas posibilidades.

1. Como elemento de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad

Las primeras ideas elaboradas en torno a las medidas regresivas especialmente en los Derechos Sociales identificaban dicho análisis dentro del control de razonabilidad o de proporcionalidad de las normas. Aunque hoy aparezcan con diferentes rasgos, en los primeros desarrollos al respecto, razonabilidad y proporcionalidad tendieron a confundirse o a presentarse como criterios complementarios. Justamente, la referencia a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que se reclaman de las normas y de la actuación de los poderes públicos está presente en la jurisprudencia constitucional española desde el principio (el TC español comenzó a funcionar en 1980 y su primera sentencia es de enero de 1981). Con ambas exigencias se apelaba a la necesidad de justificación suficiente para cualquier norma, medida o acto que, al imponer restricciones o cargas, o al causar algún perjuicio, resultara sospechoso de haber incurrido en arbitrariedad, exceso y, consiguientemente, en inconstitucionalidad. Se daba por supuesto que en el sistema del Estado de Derecho constitucional no podían encontrar respaldo constitucional normas, medidas o actuaciones del poder público irrazonables o desproporcionadas¹. En la actualidad, ambos conceptos se encuentran diferenciados, y tienen sus propios ámbitos de aplicación, no obstante siguen estando constantemente relacionados.

Con fundamento en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE², y en el artículo 53.1 de la CE, relativo a la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos

¹ ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 6). La alusión a la «proporcionalidad razonable» aparece por ejemplo en SSTC 178/85, 161/1987, 196/1987, 120/1990.

² Artículo 52.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE «*cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones*

y la garantía del contenido esencial de los mismos, el Tribunal Constitucional español ha señalado reiteradamente, que los derechos «no son absolutos» y desde muy pronto afirmó que los derechos fundamentales podían ser objeto de otros límites más allá de los específicamente mencionados en la Constitución³. Esta premisa, como es lógico, es imprescindible para la operatividad de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como cánones de control de las leyes y de las actuaciones de los poderes públicos⁴.

cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

³ Por ejemplo, en la STC 11/1981, FJ 7, se dijo que *«[no] puede aceptarse la tesis ... de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos».*

⁴ En desarrollos posteriores, el fundamento constitucional que el Tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de razonabilidad y proporcionalidad fue normalmente el de la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), aunque también hubo vinculaciones más remotas, como la que la STC 160/1987 estableció con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Además, *«no dejó de advertir, asimismo, que el artículo 10.2 CE respaldaba la incorporación a la jurisprudencia constitucional del análisis de las limitaciones a los derechos en términos de razonabilidad y proporcionalidad que venía realizando el Tribunal de Estrasburgo»* (sentencias SSTC 62/1982, 22/1981, 34/1981, 108/1994). En ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 8). Como explican las autoras, *«es a partir de la segunda mitad de los años 90 cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada. Es también en este periodo cuando definitivamente cobra forma el test de razonabilidad aplicado al control de la motivación de las decisiones judiciales y su derivado, el canon reforzado de razonabilidad para determinadas actuaciones, tanto judiciales como administrativas, que por su directa e intensa incidencia sobre derechos están sujetas a una obligación de motivación más exigente»* (2013, p. 9).

En el caso colombiano, la confusión entre estos principios también fue frecuente en el principio, y todavía se percibe en algunas de sus sentencias recientes. Por ejemplo, el juicio de razonabilidad, también conocido como juicio de igualdad, en su primera versión de este juicio desarrollada por la Corte Constitucional en varias sentencias, adoptó los elementos básicos del juicio de igualdad que es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Federal Constitucional Alemán —este último a partir de la «nueva fórmula»—, y que se estructura con base en el principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional se ha referido a este enjuiciamiento con los conceptos de juicio de «proporcionalidad» o de «razonabilidad», a pesar de que ellos no pueden ser considerados sinónimos, como ya se analizó⁵.

Esta confusión se evidenció en una de las primeras sentencias sobre el tema, en la que la Corte Constitucional debía analizar una medida que establecía un privilegio a favor de unos estudiantes. Con el fin de solucionar este problema jurídico, la Corte sostuvo que el privilegio a favor de estos estudiantes sólo sería admisible constitucionalmente, de existir una «razón suficiente» que lo justificara. Ahora bien, de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un «test de razonabilidad», compuesto por tres etapas: (1) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (2) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y (3) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. A su vez, según la Corte, esta última etapa se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶, que expondré más adelante. Más allá de las deficiencias de claridad en los conceptos⁷, el «test» de razonabilidad enunciado por la Corte sí

⁵ BERNAL PULIDO (s.f., p. 5).

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Como explica BERNAL PULIDO las deficiencias de claridad conceptual de esta definición del «test de razonabilidad» saltan a la vista. Por una parte, «la Corte incluye a la propia “razonabilidad” como una de las etapas del “test” —la tercera— (de este modo, lo definido se incluye parcialmente en la definición); y, por otra, la Corte parece equiparar a esta etapa con el principio de proporcionalidad. No obstante, esta equiparación tampoco parece ser tan tajante, pues en la misma Sentencia, la Corte indica que “el concepto de

parece seguir en esencia las etapas de aplicación del principio de proporcionalidad europeo, que analizaré más adelante.

Por razones de pertinencia y espacio, me referiré brevemente a los aspectos más relevantes de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, como criterios de control de las normas y decisiones administrativas, desde el punto de vista general, y posteriormente en relación con el análisis de las medidas regresivas.

A) *Juicio de Razonabilidad*

El juicio de razonabilidad, o control conforme al principio de razonabilidad, en cuanto canon singular y específico de control, ha tenido tradicionalmente una vinculación directa con la garantía del principio de igualdad y en general ha sido en relación con el control de la motivación de resoluciones judiciales y administrativas donde la aplicación del juicio de razonabilidad ha tenido un desarrollo más original⁸.

En la actualidad, la aplicación del juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional española es característica principalmente en dos ámbitos: el de la decisión de los casos de «igualdad» (art. 14 CE) y el del examen de las denuncias de vulneración de la «tutela judicial efectiva» (art. 24.1 CE) En el primer caso, en relación con la *igualdad ante la ley*, uno de los principales elementos del canon de razonabilidad es la exigencia de una «justificación objetiva

razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad”. Aquí, entonces, la proporcionalidad no se equipara a la razonabilidad, sino que es el concepto que la “concreta” (?). Por último, la Corte incurre en una redundancia, pues al definir el principio de proporcionalidad, incluye dentro del subprincipio de idoneidad las dos primeras exigencias de la razonabilidad: que el trato diferente tenga un objetivo y que éste sea válido: “En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato”. (El subrayado es nuestro). De este modo, la existencia de un objetivo y su validez, se examinan dos veces dentro del mismo procedimiento» (s.f., p. 6).

⁸ ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 12).

y razonable» para decidir en qué casos la diferencia de trato introducida por las normas resulta contraria al principio de igualdad⁹. En el segundo caso, en relación con la vulneración de la *tutela judicial efectiva*, el TC ha desarrollado un específico test de razonabilidad orientado a examinar la resolución judicial sin que ello implique revisar la completa actuación judicial, para los casos en los que se denuncian resoluciones consideradas lesivas de la tutela judicial efectiva porque no cumplen con los requisitos mínimos exigibles de la respuesta judicial. Por medio de la aplicación de este canon el TC comprueba que la resolución judicial efectivamente ostenta las características que la cualifican como tal y que se resume en su carácter de resolución motivada y fundada en derecho. El juicio de razonabilidad aplicado a la garantía de la tutela judicial efectiva integra cuatro distintos cánones de control orientados a examinar: la congruencia, la motivación, la ausencia de error patente, y la razonabilidad de la resolución judicial¹⁰. Finalmente, se ha diseñado también un canon de razonabilidad reforzado cuando la decisión judicial cuestionada opera en el ámbito penal o sancionador.

En Colombia, la Corte Constitucional mencionó por primera vez¹¹ el test de razonabilidad en 1992, a través de una alusión general a la exigencia de que las diferenciaciones establecidas por las autoridades públicas deben estar «objetiva y razonablemente justificadas»¹². Sus principales desarrollos se dan en el campo del

⁹ Acogiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo el Tribunal ha afirmado que este principio no impide al legislador introducir tratamientos legales diferenciados, siempre que la diferencia tenga una «justificación objetiva y razonable». Para examinar la razonabilidad, el Tribunal tomará en cuenta el fin pretendido por la ley y la adecuación/idoneidad de la medida adoptada para lograrlo (STC 22/1981, FJ 3). ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 18).

¹⁰ *Ibidem.* p. 29.

¹¹ Para un análisis de las primeras menciones jurisprudenciales de estos principios, cfr. RODRÍGUEZ (1998).

¹² En vez de optar por la ruta tradicional para dar respuesta a las peticiones formuladas en torno al principio de igualdad, la Corte elige una solución novedosa apoyándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al efecto, «establece que no todo trato diferenciado traerá como consecuencia una discriminación sino sólo aquéllos que no sean justificables en términos constitucionales. Al efecto, el juez realizará un estudio atendiendo a la finalidad y los efectos de la medida controvertida, entre los cuales debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y

derecho a la igualdad (art. 13 CP), y también a la tutela judicial efectiva (o acceso a la administración de justicia, arts. 1, 2, 29 y 229 CP); no obstante se ha extendido a otros ámbitos. En sus primeros desarrollos, el test de razonabilidad fue definido como «una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?»¹³.

El test de razonabilidad o juicio de igualdad ha tenido en el ordenamiento colombiano un desarrollo jurisprudencial importante, y en jurisprudencia reciente se ha reiterado el hecho de que los derechos no son absolutos; por lo que el ejercicio de la potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales. En todo caso, la Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones a un derecho deben ser «razonables y proporcionadas». Con el fin de examinar si en el ejercicio de la potestad de configuración el legislador ha excedido los límites constitucionales, la Corte ha empleado como método de análisis el juicio de razonabilidad, entendido como «un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales»¹⁴.

Esta metodología permite examinar si una medida limitativa de los derechos fundamentales cumple o no una finalidad acorde con la Constitución Política y si los medios utilizados por el legislador

la finalidad perseguida. Se sostiene que el principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. En este asunto es posible identificar el principio de un test de proporcionalidad estrictamente ligado al principio de igualdad. Debe destacarse que se trata de un esbozo primario ya que no existe todavía una conceptualización clara: primero se distingue la razonabilidad de la proporcionalidad de la norma en distintos apartados, pero posteriormente se mezclan los conceptos al hablar de la “relación razonable de proporcionalidad”. CONESA LABASTIDA (2010, p. 361).

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-799 de 2003. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

para alcanzarla son o no idóneos¹⁵. Los criterios de análisis al aplicar un juicio de razonabilidad son distintos en razón de los derechos en juego y de la facultad con que cuente el legislador para establecer la limitación a los derechos afectados¹⁶, criterios que determinan la intensidad del examen constitucional y los estándares que deben cumplir las medidas adoptadas por el legislador para ser halladas conforme a la Carta. De manera general ha sostenido la Corte que *«una medida legislativa en la que se confiere un trato diferencial o se restringe el ejercicio de un derecho es razonable cuando dicho trato es legítimo a la luz de las disposiciones constitucionales, cuando persigue un fin auspiciado por la Carta y, además, cuando es proporcionado a la consecución de dicho fin, lo cual significa que dicho trato debe garantizar un beneficio mayor al perjuicio irrogado»*¹⁷.

Dicha metodología comprende en general tres pasos básicos: (1) el análisis del fin buscado por la medida; (2) el análisis del medio empleado; y (3) el análisis de la relación entre el medio y el fin. Adicionalmente, el juicio implica también un examen de proporcionalidad, en el cual se analiza si los beneficios que se derivan de la adopción de la medida superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un juicio estricto, intermedio o leve¹⁸.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-337 de 1997. MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ Así por ejemplo, al aplicar este test en materia de igualdad, la Corte Constitucional ha utilizado con diferentes intensidades el test de razonabilidad, dependiendo de las materias en juego. Ver entre otras las sentencias C-404 de 2001. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-505 de 2001. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-048 de 2001. MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-579 de 2001. MP: Eduardo Montealegre; C-540 de 2001. MP: Jaime Córdoba Triviño; C-199 de 2001. MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-316 de 2002 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por todas, cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-287 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.

¹⁸ Así, la Corte ha dicho que *«cuando la aplicación del juicio es leve es suficiente con establecer que el fin propuesto y el medio establecido por la norma se ajustan a la Constitución (son legítimos) y que el medio escogido por el legislador es apto para lograr el fin propuesto. También ha indicado que el juicio intermedio es más exigente, por cuanto en este caso debe corroborarse que la medida, además de ser legítima y apta, es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto. Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que*

De lo anteriormente expuesto se puede observar que en virtud del principio de razonabilidad, el juez exige, como primer elemento, una motivación más exigente —reforzada— en los casos en los que la decisión judicial o administrativa resuelve sobre la alegada lesión de un derecho constitucional, o cuando es la propia decisión la que tiene el efecto de incidir sobre un derecho constitucional limitándolo, restringiéndolo, o impidiendo su ejercicio. En segundo lugar, se debe realizar un análisis del fin buscado, del medio empleado, y de la relación medio-fin. Finalmente, la carga de la prueba se invierte cuando se aplica un canon reforzado de razonabilidad o, en los supuestos en los que se denuncia discriminación, cuando el juicio de adecuación se acompaña de un examen de «necesidad»¹⁹.

Estos elementos son los que han hecho que algunos autores hayan identificado el análisis de regresividad con el análisis de razonabilidad. En relación con la obligación de no regresividad de los derechos sociales, COURTIS ya señalaba que dicha obligación responde a características similares que el principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos. Según el autor, ambos principios tienen por objeto el aseguramiento del *debido proceso sustantivo*, pues se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos²⁰. El autor afirma que «*la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina jurídicamente la adopción de normas que reglamentan derechos económicos, sociales y culturales*», pues «*la obligación de no regresividad implica un control agravado del debido proceso sustantivo*»²¹. Lo anterior quiere decir que desde esta

cuando el juicio es estricto, también se debe estudiar si la norma es necesaria, esto es, que no existe otra medida menos lesiva, y que además es estrictamente proporcional. De tal manera que, aunque no se exige un equilibrio perfecto, si la balanza se inclina de manera excesiva del lado del impacto negativo, aquélla no es proporcionada» CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-451 de 2002. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, y Sentencia C-287 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa; entre otras.

¹⁹ ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 36).

²⁰ Para COURTIS el *debido proceso sustantivo* es un «*estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que tienen el legislador o el poder reglamentario, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley*» (2006, p. 23).

²¹ *Ibidem*, p. 22.

perspectiva, en el análisis de razonabilidad de una medida, la prohibición de regresividad impone un límite vinculado con criterios de evolución temporal o histórica, pues aun siendo racional, la reglamentación propuesta no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente.

Finalmente, en relación con la razonabilidad de una reglamentación regresiva, COURTIS hace referencia a varias cuestiones. Se debe analizar que la medida no desnaturalice el «contenido esencial» del derecho que reglamenta. Para lo anterior, en primer lugar, se debe demostrar un fin legítimo, consistente en la *mejora del estado de la totalidad de los derechos* consagrados en el PIDESC. En segundo lugar, se deben demostrar razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida, consistente en la evaluación cuidadosa de alternativas y la consideración del máximo de recursos disponibles antes de adoptar la medida. Finalmente, se requiere demostrar la *proporcionalidad* de la medida, para lo cual remite a la realización de un juicio de ponderación²². Aquí el autor incluye la proporcionalidad dentro del análisis de razonabilidad.

Por otro lado, ESAÍN reconoce la no regresión como elemento integrativo de la razonabilidad en el ejercicio del poder de policía ambiental²³. El autor parte de un concepto amplio del poder de policía, cuyo punto de conexión con el medio ambiente se encuentra en que en muchos casos la actividad de los particulares puede tener incidencia sobre este bien colectivo, y en esta medida, puede quedar sujeta a la limitación de la Administración que, en éste ámbito, tendrá como finalidad la defensa del entorno. En este marco *«las técnicas administrativas encaminadas al control y la prevención de la contaminación van a ser las técnicas generales que la Administración emplea para regular otras actividades particulares y, en ese sentido, deberán ajustarse a todos los elementos y principios típicos del poder de policía»*, entre ellos, el Principio de No Regresión. En este contexto, la no regresión aparecerá como *nuevo criterio en el marco del control de razonabilidad* de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamenten derechos, como el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado. La regresividad constituye

²² COURTIS (2006, p. 38).

²³ ESAÍN (2013, p. 32).

entonces un *factor agravado del análisis de razonabilidad*, y le corresponderá al Estado la carga de argumentar a favor de la razonabilidad de dicha medida²⁴. La no regresión implica que, ante una nueva norma que reduce el nivel de protección ambiental, pesará una presunción de invalidez que obligará al estado a *redoblar el nivel de justificación* respecto de su adopción, bajo pena de arbitrariedad o violación de la razonabilidad exigida en el ejercicio del poder de policía.

Según ESAÍN, sólo se aceptará como *razonable y no arbitraria* una regresión si concurren en el caso (1) razones excepcionales y (2) intereses generales²⁵. Un ejemplo de la anterior argumentación puede encontrarse en la Jurisprudencia Europea relacionada con la anterior Directiva de Aves Silvestres (la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979²⁶). La anterior Directiva imponía a los Estados la conservación de determinados hábitats especialmente zonas húmedas, para lo cual deben constituir zonas de especial pro-

²⁴ COURTIS (2006, p. 33).

²⁵ ESAÍN (2013, p. 35).

²⁶ Hoy reemplazada por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres. Esta Directiva de 2009 también consagra las obligaciones de los Estados miembro de adoptar todas las medidas necesarias para preservar, mantener o restablecer una diversidad y una superficie suficientes de hábitats para todas las especies de aves contempladas por esta Directiva. También se ha considerado que los Estados miembros no pueden tener en cuenta la mención del artículo 3 a «las exigencias económicas o recreativas» a la hora de designar una ZEPA o fijar sus límites. (Dicho más recientemente: párrafo 24 y 27 de la Sentencia TJCE de 11 de julio de 1996 Caso 44/95, «Lappel Bank», y Párrafo 37 de la Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 2007, Caso 186/06, Comisión contra el Reino de España). De esta manera, la posibilidad de los Estados miembros de modificar o reducir una ZEPA una vez declarada, solo podría estar justificada por razones excepcionales, que deben obedecer a un interés general superior al interés al que responde el objetivo ecológico al que se refiere la Directiva (Párrafo 22 de la Sentencia de TJCE de 28 de febrero de 1991 Caso 57/89 «Leybutch» y Párrafos 30 y 31 de la Sentencia TJCE de 11 de julio de 1996, Caso 44/95, «Lappel Bank»). En este sentido, no se pueden tener en cuenta las consideraciones de tipo económico y recreativo (Párrafos 18 y 19 de la Sentencia TJCE de 2 de agosto de 1993, Caso 355/90, Marismas de Santoña, Comisión contra Reino de España). Solo podrá efectuarse una reducción en caso de que la zona en cuestión ya no albergue los valores de avifauna que motivaron su declaración. (Párrafos 10 a 13 de la Sentencia TJCE 13 de julio de 2006. Caso 191/05, Comisión contra República de Portugal). Cfr. ÁLVAREZ BAQUERIZO (2011).

tección, gestionándolas conforme a imperativos ecológicos (art. 3) y constituyendo una «red coherente» de zonas de protección, que responda efectivamente a las necesidades existentes (art. 4). En relación con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria identifica el deber de los Estados miembro de proteger los espacios que reúnan las características establecidas en la Directiva por medio de medidas efectivas de conservación de dichos espacios, y no pudiendo hacer cesar los efectos de la declaración protectora sino por la concurrencia de *intereses generales de carácter especial*. Por ejemplo en la STJUE del 28/2/1991 (*caso del puerto de Wreschien en Alemania*) se estableció la doctrina de *la vinculación de los Estados a sus propias declaraciones de zonas de especial protección*, la que deriva de la regla de *irreversibilidad en las políticas ambientales*. La sentencia señala que «*si bien es cierto que los Estados miembro gozan de un cierto margen de apreciación cuando han de escoger los territorios para su clasificación como zonas de especial protección de aves silvestres, no pueden por el contrario disponer del mismo margen de apreciación cuando modifican o reducen la superficie de dichas zonas, puesto que ellos mismos en sus declaraciones reconocieron que éstas regulan las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el anejo de la directiva 79/409*».

Ahora, esta regla no es absoluta, por lo que el Tribunal aclara que «*la facultad de los Estados miembros de reducir la superficie de una zona de protección especial, sólo puede justificarse por razones excepcionales*» razones que respondan «*a un interés general superior al del objetivo ecológico contemplado por la Directiva*». Además, el Tribunal rechaza que los intereses económicos y recreativos puedan justificar una excepción del régimen de protección. En el caso del puerto de Wreschien, el TJUE consideró que la prevención del peligro de inundaciones y la protección de la costa constituyen *razones suficientemente serias* para justificar la reducción de la superficie de una zona de protección «*siempre que se limiten al mínimo estricto y conlleven la menor reducción posible de la zona de protección especial*»²⁷.

²⁷ ESAÍN (2013, p. 35). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 2/8/1993. En el caso «Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España», por la «conservación de las aves silvestres —zonas de protección especial—», dijo —refiriéndose al caso contra Alemania anteriormente citado— «*de ello se deduce que la facultad de los Estados miembro para reducir la superficie de una zona de protección especial sólo puede estar justificada por*

B) Juicio de Proporcionalidad

Otra posibilidad que se ha planteado para el análisis de las medidas regresivas es en el juicio de proporcionalidad. Este canon, como ya expuse, originalmente estaba vinculado directamente al canon de racionalidad, y han sido desarrollos posteriores los que le han dado singularidad. En la segunda mitad de los años noventa se lleva a cabo por parte del Tribunal Constitucional español un esfuerzo por definir las características del principio de proporcionalidad adaptado a las peculiaridades de la justicia constitucional, con una evidente, si bien no expresamente reconocida, inspiración alemana²⁸.

En relación con su campo de aplicación, el Tribunal Constitucional español ha aplicado el principio de proporcionalidad en todo tipo de procesos (control de leyes, conflictos de competencia, amparo) y respecto de todo tipo de normas, medidas o actuaciones, de toda procedencia (legislador, administración, jueces, particulares). En Colombia, la Corte Constitucional también se ha valido del juicio o del principio de proporcionalidad en distintos tipos de procesos (control de constitucionalidad de las leyes, acciones de tutela, control de sanciones y penas) y en relación con todo tipo de medidas o actuaciones, tal como sucede en el caso español.

Evidentemente, el mayor desarrollo que ha tenido se ha dado en el campo de los derechos fundamentales, pero no se ha limitado a él. No obstante, el principio de proporcionalidad es una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia precisamente enfocada al control constitucional, en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela «desproporcionada» a la vista de las circunstancias²⁹. Esta restricción al campo del control constitucional presentará problemas a la hora de analizar las medidas regresivas, a lo que me referiré más adelante.

razones excepcionales. Estas razones deben obedecer a un interés general superior al que se refiere la Directiva. En este contexto, no se pueden tomar en consideración los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva, a saber las exigencias económicas y recreativas».

²⁸ SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999.

²⁹ ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, p. 14).

No es este el lugar para profundizar sobre las diferentes teorías jurídicas relacionadas con el principio de proporcionalidad, por lo que referiré brevemente los principales elementos del control de proporcionalidad de las normas³⁰. Este principio ha sido definido como «*el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades*»³¹. Entonces, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (tanto española como colombiana) el principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto³². Dichos subprincipios se uti-

³⁰ Cfr. BARNES (1994); BERNAL PULIDO (2014); SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007) Para un análisis de los elementos del juicio de proporcionalidad en relación con los *Directing Principles*, cfr. DE SADELEER (2008, p. 291 y ss.).

³¹ BARNES (1994, p. 500).

³² Así lo ha señalado también el TC español en la STC 66/1995, en la que señaló que «*para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*». En el mismo sentido, entre otras, en la sentencia 55/1996 FJ 6. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana, siendo una de las primeras sentencias al respecto la ya citada C-022 de 1996, que señaló que «*el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes*». Los elementos del juicio de proporcionalidad también han sido tratados, entre otras, en las sentencias C-093 de 2001. MP: Alejandro Martínez Caballero; C-540 de 2001. MP: Jaime Córdoba Triviño; C-392 de 2002. MP: Álvaro Tafur Galvis; C-731 de 2005. MP: Humberto Sierra Porto; C-1006 de 2005. MP: Álvaro Tafur Galvis; y C-470 de 2011. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

lizan en el control de constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales.

En primer lugar, de acuerdo con el *subprincipio de idoneidad*, conocido también como subprincipio de adecuación, «*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*». Según esta definición, el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención³³.

En segundo lugar, de acuerdo con el *subprincipio de necesidad*, toda medida de intervención en los derechos fundamentales «*debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto*»³⁴. Este subprincipio requiere la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos, con el fin de identificar la opción que sea más idónea para alcanzar el objetivo de la medida, y que afecte negativamente al derecho fundamental en menor grado.

Finalmente, conforme al *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, la importancia de la intervención en el derecho fundamental «*debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa*»³⁵. Lo anterior quiere decir que las ventajas que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha medida supone para los titulares del derecho y para la sociedad en general. Este subprincipio también es conocido con el nombre de ponderación, y en la doctrina alemana tradicional como juicio de adecuación.

Ahora, con relación al análisis de las medidas regresivas dentro del análisis de proporcionalidad de las mismas, COURTIS, al referirse

³³ BERNAL PULIDO (2014, p. 875); cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 170).

³⁴ BERNAL PULIDO (2014, p. 932); cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 190).

³⁵ BERNAL PULIDO (2014, p. 962); cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 206).

a las medidas regresivas de los derechos sociales, si bien vinculó su análisis con el juicio de razonabilidad, incluyó un análisis relativo a la proporcionalidad de la medida³⁶, e hizo referencia a la necesidad de un juicio de ponderación, tal como ha sido explicado por ALEXY³⁷. Por su parte, para HACHEZ, sólo una disminución significativa del nivel de protección garantizado constituiría un atentado contra la *obligación de standstill*, y sería posible la disminución de dicho nivel, siempre que esa disminución responda a las exigencias del principio de proporcionalidad³⁸. Es decir, según estas consideraciones, una medida regresiva del nivel de protección alcanzado en materia de Derechos Sociales principalmente, deberá ser idónea, necesaria, y proporcional en sentido estricto. Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional colombiana, al señalar que la restricción de derechos sociales exige una adecuada justificación y debe respetar parámetros de razonabilidad y proporcionalidad³⁹.

³⁶ COURTIS (2006, p. 38).

³⁷ Cfr. ALEXY (2009); BERNAL PULIDO (2014); ORTEGA y DE LA SIERRA (2009); PRIETO SANCHÍS (2008) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), entre otros.

³⁸ HACHEZ (2008, p. 441).

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-931 de 2004. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. En varias sentencias la Corte hizo referencia al test de proporcionalidad de las medidas regresivas. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar, «(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo». MP: Eduardo Montealegre Lynett. En la sentencia C-228 de 2011 la Corte señaló que «el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste». MP: Juan Carlos Henao Pérez.

Entonces, de acuerdo con lo anterior, resulta útil la aplicación del test de proporcionalidad como herramienta que ayuda a determinar la conveniencia de una medida restrictiva de un Derecho Social con el pretexto de perseguir determinada finalidad constitucionalmente relevante.

2. Como un juicio de regresividad autónomo

De las dos herramientas analizadas en el acápite anterior es posible extraer unos elementos esenciales para el análisis de admisibilidad de medidas regresivas. En general, es necesario analizar el fin que se propone la medida regresiva, si se trata de un fin legítimamente constitucional, caso en el que deberá analizarse el interés general que debe guiar dicha medida. Debe estudiarse además el medio empleado para lograr ese fin, que sea idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto, es decir, que cumpla los subprincipios del juicio de proporcionalidad. Si bien es lógico que todas estas herramientas permiten el análisis de las medidas regresivas, tanto de los Derechos Sociales como del Derecho al Ambiente, en este último caso recientemente se ha apelado a la necesidad de contar con un juicio de regresividad autónomo.

En el caso de los Derechos Sociales, destaca particularmente la jurisprudencia constitucional colombiana, en la que recientemente se han elaborado distintas aproximaciones a la configuración de un test o juicio de regresividad propio o autónomo. Si bien se menciona el «test» o «juicio» de regresividad expresamente, como se verá, en la mayoría de los casos está compuesto por los mismos elementos del juicio de proporcionalidad. Es decir, se trata de un juicio de proporcionalidad específicamente aplicado a las medidas regresivas. Por ejemplo, la Corte señaló que *«cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido;*

(5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece»⁴⁰.

Posteriormente, la Corte utilizó la expresión «test de constitucionalidad de las medidas regresivas en materia de derechos sociales»⁴¹ o «test de no regresividad»⁴² el cual se compone de tres elementos: (1) que la medida sea regresiva; (2) que no afecte contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales; y (3) si de existir regresividad y afectar contenidos mínimos, la medida se encuentra justificada.

En primer lugar, la medida debe ser *regresiva*, pues este elemento tiene a su vez una condición habilitante para efectos de desplegar el control de constitucionalidad. Es decir, el debate constitucional no se puede adelantar si la medida objeto de control no es regresiva. Entonces, para precisar si una disposición constituye una medida regresiva es indispensable adelantar un cotejo entre la norma de la disposición demandada y la norma que se afectaría con dicho cambio normativo. Debe verificarse que ambas normas guarden una surte de identidad entre sí, esto es, que las mismas regulen un mismo supuesto de hecho y una misma consecuencia jurídica. Esta verificación se adelanta a partir de una comparación entre los elementos normativos de la disposición posterior con los elementos de la disposición anterior en términos de conducta regulada, circunstancias normativas, destinatarios, beneficiarios, titulares, sujetos obligados, y demás elementos que puedan ser relevantes para el caso. El escrutinio constitucional comprende una comparación con los estándares de protección anteriores, que incluye un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente⁴³.

En segundo lugar, una vez establecido el carácter regresivo de la medida demandada, la Corte debe examinar si ésta *no desconoce*

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango; Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales. Como ya se ha analizado, no existen reglas generales en los tratados internacionales ni en la jurisprudencia que precisen cuál es el contenido mínimo intangible de los derechos sociales. Este análisis debe hacerse caso por caso, consultando la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas por los tratados internacionales que los desarrollan, la doctrina del Comité para la vigilancia del PIDESC y, sobre todo, el régimen constitucional de cada uno de ellos⁴⁴.

Por último, el tercer elemento del test es la *justificación* de la medida regresiva. El legislador debe dar cuenta de las razones por las cuales la medida regresiva está justificada. Las reglas sobre el tipo de justificación y la forma en que debe adelantarse el escrutinio varían de caso a caso. Está ordenado por el texto de los tratados en la materia, en especial el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, que las restricciones a los derechos sociales solamente podrán ser introducidas mediante leyes formales «promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general» y en la medida «en que no contradigan el propósito y razón» de los derechos sociales (art. 4 del Protocolo de San Salvador) o que «sea[n] compatible[s] con la naturaleza de esos derechos» (art. 4 del PIDESC), tal como se ha expuesto en capítulos anteriores.

Además, la Corte ha cualificado el deber de justificación que pesa sobre el legislador al momento de tomar medidas regresivas. El método adoptado para determinar la justificación de las medidas es el del principio de proporcionalidad. En la aplicación de este método la Corte ha exigido que el legislador demuestre que, con la medida restrictiva, persigue «una finalidad constitucionalmente imperiosa», que es «adecuada y necesaria» y que es «estrictamente proporcional en términos costo beneficio»⁴⁵. También ha considerado, como criterio para determinar la justificación, que la medida regresiva haya sido adoptada «luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados», siempre que esté soportada

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango; Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-444 de 2009. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

en «razones ciertas, claras, suficientes y contundentes»⁴⁶. O también que las medidas regresivas «fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia» bajo la premisa de que «no es necesario que la restricción promueva todos los derechos [del PIDESC]»⁴⁷. Igualmente, la Corte ha considerado que las medidas regresivas no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no fueron discutidas las razones por las cuales la medida regresiva era necesaria, o cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque por ejemplo, no «existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de [la disposición demandada]» o no «existan datos precisos sobre la real afectación [del contenido del derecho en cuestión]»⁴⁸. O debido a que «no se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales» y que la misma «no fue acompañada de ninguna justificación de porqué (sic) una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial»⁴⁹.

En un caso posterior, en sentencia de tutela, la Corte analizó una medida regresiva, con un esquema que si bien no es el mismo descrito en las sentencias del 2012, guarda cierta similitud. En este caso la Corte señaló que los requisitos para efectuar dicho estudio corresponden a tres criterios principalmente: (1) la razonabilidad de la limitación; es decir, que no viole el principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando o destruyendo la esencia del derecho que reglamenta, o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, afectando así otros derechos constitucionales; (2) la justificación de la medida, esto es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma; y (3) la necesidad de la misma, de acuerdo con la cual se debe dar cuenta de la adecuada proporcio-

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2004. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

nalidad entre las restricciones, los antecedentes y fines de la medida⁵⁰; siguiendo el esquema planteado por COURTIS ya expuesto⁵¹. Como se ve, la Corte en este caso parece alejarse del test ya consolidado para el análisis de las medidas regresivas en las sentencias anteriores, y si bien se comparten elementos de dicho test, la jurisprudencia del 2013 parece volver a las consideraciones iniciales que relacionaban la regresividad de la medida con la razonabilidad de la misma.

De todas formas, los juicios tradicionales de razonabilidad y proporcionalidad han dado las herramientas para el análisis de la regresividad en materia de Derechos Sociales. Estas herramientas jurídicas han permitido, en algunos casos, el diseño de un control específico y autónomo de regresividad, tal como se evidenció en el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana. Ahora, es necesario preguntarse si dicho esquema de análisis de regresividad en los Derechos Sociales puede extenderse con el mismo alcance al análisis de las medidas regresivas en materia de Derecho al Ambiente. Como en la mayoría de las cuestiones jurídicas, la respuesta dependerá del contexto y del ordenamiento en el que se haga el análisis. El punto de partida para resolver la anterior inquietud lo determina el fundamento constitucional del Derecho al Ambiente, pues como es evidente, tanto el juicio o test de razonabilidad como el de proporcionalidad son mecanismos de control constitucional, es decir, como se ha reiterado, se compara una normatividad o actuación con los derechos reconocidos y protegidos constitucionalmente.

Así las cosas, en el caso colombiano, como el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho constitucionalmente reconocido, del cual se predica el principio de progresividad y de no regresividad según la jurisprudencia constitucional analizada en su momento; evidentemente sería posible aplicar, en el marco del control constitucional de razonabilidad o de proporcionalidad según corresponda, un análisis de regresividad de una normativa o actuación. En este caso, sería viable la extensión de los ejemplos analiza-

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-469 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹ COURTIS (2006, p. 33).

dos al contexto ambiental, dado el reconocimiento constitucional de este derecho.

En el caso español, como es apenas obvio, la respuesta no puede ir en el mismo sentido. En este ordenamiento, el Derecho al Ambiente, y en consecuencia, el Principio de No Regresión en materia ambiental no tienen fundamento constitucional en los mismos términos que en el ordenamiento colombiano; por lo que no sería posible la extensión del análisis de regresividad en el marco del control de razonabilidad o proporcionalidad.

Lo anterior no quiere decir que ante el caso de una medida regresiva en materia ambiental no sea posible hacer nada. Por eso, los anteriores planteamientos evidencian la necesidad de contar con un análisis de regresividad específico, que permita identificar las medidas regresivas en materia ambiental, independientemente de si existe fundamento para desplegar los controles constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad. Y por otra razón, además. En la mayoría de los casos, como se verá más adelante, el análisis de las medidas regresivas en materia medioambiental, requiere la revisión y la comparación de la medida supuestamente regresiva con el nivel de protección alcanzado en materia ambiental, que como es lógico, no se encuentra concretado constitucionalmente. En cada caso, el nivel de protección alcanzado estará determinado, en primer lugar, por el ordenamiento específico de que se trate (agua, atmósfera, espacios protegidos, urbanismo, ... etc.) y las respectivas normas, y en segundo lugar, por los estándares normativos y científicos que se han desarrollado para cada sector. Entonces, por las particularidades del ordenamiento ambiental, resultará más conveniente definir unos criterios autónomos que permitan analizar la supuesta regresividad, independientemente del fundamento normativo y sector del Derecho Ambiental en cuestión.

Así lo ha planteado ARAGÃO, para quien es el momento de dar un paso más allá, con el fin de desarrollar criterios operativos que permitan realizar con la mayor certeza posible el estudio de la admisibilidad de normas regresivas en materia ambiental. Sería ideal para el operador jurídico ambiental tener acceso a un «*retroscopio*», un instrumento científico imaginario, que permitiese un análisis rápido de la ley, los actos o decisiones administrativas re-

gresivas. Reconoce la autora que ante la ausencia de dicho instrumento, será necesario diseñar indicadores ambientales específicos que permitan analizar, sistemáticamente y con seguridad, nuevas normas de derecho ambiental⁵². En el mismo sentido, PEÑA CHACÓN también propone la formulación de un test de regresividad ambiental específico⁵³, cuestiones a las que me referiré a continuación.

III. El análisis de las medidas regresivas: Criterios

En el presente acápite analizaré a los distintos criterios que se deben tener en cuenta para el análisis de las medidas en materia ambiental, con el fin de diseñar un esquema general que permita la aplicación del Principio de No Regresión en materia ambiental. Para ello, será necesario analizar principalmente tres cuestiones: en primer lugar, la norma que contiene el nivel de protección afectado, en segundo lugar, la nueva norma que disminuye o reduce dicho nivel, y finalmente, la justificación y motivación de la regresión, con el fin de verificar su admisibilidad.

Antes de iniciar con ese estudio, es necesario partir de una cuestión primordial: ¿cuándo se entiende como regresiva una medida? Al anterior interrogante se le han dado diversas respuestas. Por ejemplo, COURTIS partiendo de la definición del artículo 2 del PIDESC, entiende que una medida es regresiva *«cuando el grado de efectividad del Derecho Social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma»*. Es decir, *«cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o sentido de un Derecho Social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse»*⁵⁴.

Por su parte, para ESAÍN, una norma no es razonable —es regresiva— *«si empeora la anterior reglamentación del derecho vigente, disminuyendo los límites a los derechos individuales y por ende, la protección del ambiente»*⁵⁵. En este sentido, ARAGÃO señala que se entenderá que

⁵² ARAGÃO (s.f.), *en prensa*.

⁵³ PEÑA CHACÓN (2013b).

⁵⁴ COURTIS (2006, p. 42).

⁵⁵ ESAÍN (2013, p. 35).

hay regresión cuando se verifiquen dos condiciones: (1) que los efectos ambientales de un nuevo marco normativo propuesto sean graves e irreversibles, y (2) que la evolución para ese nivel de protección haya sido considerada como un progreso jurídico⁵⁶; cuestiones sobre las que volveré más adelante. Finalmente, PEÑA CHACÓN expone que una norma podrá ser catalogada regresiva cuando «su grado de efectividad resulte ser inferior en comparación al alcanzado con anterioridad, en la medida que derogue, 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». Para el autor 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 y por tanto, ineficaz»⁵⁷.

La Corte Constitucional colombiana, en materia de Derechos Sociales, ha señalado que una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho⁵⁸; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho⁵⁹; y (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad

⁵⁶ ARAGÃO (s.f.), *en prensa*.

⁵⁷ PEÑA CHACÓN (2013b).

⁵⁸ Ver entre otras, C-038 de 2004 (MP: Eduardo Montelagre Lynett, SPV. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. SV y AV. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño).

⁵⁹ Cfr., Sentencia C-789 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil, a través de la cual la Corte aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

y adaptabilidad)⁶⁰. Frente a esta última hipótesis, es relevante recordar que tanto la Corte Constitucional como el Comité DESC han considerado de manera expresa, que la reducción o desviación efectiva de recursos destinados a la satisfacción de un derecho social cuando no se han satisfecho los estándares exigidos, vulnera, al menos en principio, la prohibición de regresividad.⁶¹ Posteriormente señaló que es una medida que modifica las condiciones normativas que le preexisten, ya sea porque reduce el «radio de protección de un derecho social», disminuye «los recursos públicos invertidos en [su] satisfacción», aumenta «el costo para acceder al derecho», o en términos generales, tal disposición «retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social»⁶².

Todas estas consideraciones proporcionan señales indiscutibles de la regresividad de una medida. En primer lugar, debe existir una evidente reducción o disminución del grado de protección de un derecho, ya sea por acción o por omisión. En segundo lugar, dicha disminución deberá ser injustificada, o lo que es lo mismo, no estará motivada con suficiencia con sujeción a las exigencias derivadas de los elementos de análisis proporcionados por los juicios de razonabilidad y proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). En el segundo capítulo de este trabajo ya había definido Prohibición de Regresividad en el Derecho al Ambiente como la *limitación a los poderes públicos, de disminuir o afectar de manera significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado*. Así las cosas, tomando en cuenta los elementos ya mencionados, una medida será regresiva, y por lo tanto jurídicamente inadmisibles *cuando reduzca o afecte significativamente el nivel*

⁶⁰ En este sentido, el Comité DESC ha indicado que la reducción o desviación efectiva, de los recursos destinados a la satisfacción de un derecho social será, en principio, una medida regresiva, cfr., por ejemplo, Observaciones Finales Ucrania E/2002/22 párrafo 498. Sobre el mismo tema respecto del derecho a la educación cfr. párrafos 500 y 513.

⁶¹ *Ibidem*. En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Triviño (SPV. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería). Ver además Sentencia C-556 de 2009. MP: Nilson Pinilla Pini-lla; Sentencia C-630 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa; Sentencia T-469 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-313 de 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Triviño; y sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

de protección ambiental alcanzado sin la debida justificación. Lo anterior quiere decir, como es evidente, que no todas las regresiones serán jurídicamente inadmisibles. Esto es, no todas las regresiones en el Derecho Ambiental serán violatorias del Principio de No Regresión. Para comprobar la admisibilidad o no de dichas medidas será necesario entonces proceder al examen de los criterios de regresividad.

1. *Análisis de la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado*

Como básicamente el análisis de regresividad es un análisis comparativo entre dos situaciones, es necesario empezar por el estudio de la norma base de la comparación, es decir, la norma que contiene el nivel de protección alcanzado. Deberá realizarse un estudio del aspecto formal de la medida, con el fin de identificar su naturaleza jurídica; y un estudio material de la misma, en el cual se identifique el nivel de protección alcanzado para el caso específico.

A) *Aspecto Formal*

En primer lugar, hay que decir que si bien se hace referencia a la expresión «norma», esta deberá entenderse en sentido amplio, que incluya tanto disposiciones legales como reglamentarias, y de otro tipo. Como se ha visto, en estas cuestiones las medidas regresivas pueden tomar diferente forma, ya sea de carácter normativo (leyes, resoluciones, planes de ordenamiento, entre otros), de carácter judicial, es decir, interpretaciones judiciales regresivas, o de cualquier otra naturaleza, incluso, actividades realizadas por particulares. Lo anterior determinará, además, el camino jurídico en el que se analizará la regresividad, pues no es lo mismo la modificación regresiva de un concepto jurídico contenido en una ley que la desclasificación de un suelo no urbanizable con efectos ambientales negativos. En cada caso se deberá contextualizar el mecanismo procesal adecuado para examinar la regresividad.

De esta manera, lo primero que hay que determinar es la naturaleza jurídica de la norma que va a ser objeto de revocación, derogación, suspensión, modificación, etc. Adicionalmente, resulta in-

dispensable identificar el ordenamiento o sector jurídico al que pertenece la norma. Porque como es apenas lógico, no es igual el contexto normativo del régimen de los espacios protegidos que el régimen de la contaminación hídrica. En Derecho Ambiental, cada subsector, o más concretamente, cada recurso natural tiene un régimen jurídico complejo en el que confluyen la disciplina jurídica con otras especialidades como la biología, la ingeniería, la ecología, etc. Por lo anterior, el contexto en el que operará la regresividad es específico para cada ordenamiento y será necesario su contextualización con el fin de establecer el nivel de protección ambiental alcanzado en ese sector concretamente, el cual servirá de parámetro para evaluar la supuesta regresividad derivada de la nueva norma.

B) *Aspecto Material*

El aspecto material hace referencia al contenido de la norma base de la comparación. En este punto es necesario analizar dos cuestiones relacionadas entre sí; la determinación del nivel de protección ambiental alcanzado, y si la norma base contiene un verdadero progreso o avance cualitativo para el ordenamiento en el que actúa.

De esta manera, el *nivel de protección ambiental alcanzado* estará determinado por el conjunto de normas que regulan cada sector, las cuales otorgan un estándar mínimo de protección para el bien jurídico protegido. Por ejemplo, el nivel de protección de un espacio natural estará dado por la disposición que lo declara Espacio Natural Protegido conforme al ordenamiento jurídico, mientras que el nivel de protección o estándar mínimo en materia de vertimientos estará determinado por la norma que establece los valores límites para este sector. Como he insistido, son las particularidades del caso concreto las que determinarán este nivel.

Pero existe una consideración adicional, y es que la norma que se pretenda modificar establezca un *progreso o salto cualitativo* para el Derecho Ambiental, pues «*sólo hay retroceso si antes ha habido progreso*»⁶³. De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que no todas las

⁶³ ARAGÃO (s.f., 2012). Sobre el concepto de *progreso* ya me referí en capítulos anteriores. Cfr., además, SOZZO (2012).

modificaciones normativas que a primera vista podrían parecer un riesgo de retroceso serán regresivas; algunas pueden ser simplemente ajustes del marco normativo ambiental. Entonces, cuando la norma que se ve afectada por la regresión contenía un progreso o salto cualitativo para el ordenamiento jurídico ambiental, en principio debería concluirse con la inadmisibilidad de dicha regresión. ARAGÃO pone de presente diferentes ejemplos que permiten visualizar mejor la existencia de un progreso en los términos referidos⁶⁴.

1. *Regulación ex novo de un componente o recurso natural.* En primer lugar, se entenderá que existe un progreso o salto cualitativo cuando el Derecho regule *ex novo* un cierto componente o recurso natural. Es el caso por ejemplo de la protección de las especies consideradas en peligro de extinción, y la inclusión de nuevas especies en dicha categoría, con base en estudios científicos. En general, la preocupación por la protección de las especies, tanto salvajes como domésticas ha ido evolucionando y ha ido aumentando el nivel de protección, por lo que la transición de un nivel hacia uno más elevado deberá considerarse un salto o progreso cualitativo, por lo que cualquier modificación o disminución de ese nivel de protección deberá ser analizada desde el punto de vista de la regresividad. Aquí también puede encuadrarse el caso de los Espacios Naturales Protegidos o de la clasificación del suelo como de especial protección, a los que me dedicaré con detalle en el capítulo siguiente. Baste decir por ahora, que para un espacio o suelo, el nuevo nivel de protección alcanzado por la declaratoria de ENP o por la clasificación como suelo de especial protección será sin lugar a dudas un progreso o salto cualitativo para dicho espacio, que actuará como estándar o parámetro de análisis de regresividad.
2. *Regulación ex novo de un determinado sector ambiental.* El progreso también puede resultar de la identificación de todo un nuevo sector ambiental, el cual gana relevancia y en algunos casos, un régimen jurídico propio. ARAGÃO pone como ejemplo el *derecho del clima*, cuya importancia resulta

⁶⁴ ARAGÃO (s.f., pp. 7 y ss.); (2012, pp. 55 y ss.).

de las preocupaciones derivadas del cambio climático, lo cual ha dado surgimiento a un régimen normativo conformado por asuntos ambientales, agrícolas, hídricos, alimentarios, energéticos, de edificación, entre otros⁶⁵. Otro ejemplo es el *derecho de los campos electromagnéticos*, el cual desarrolla un marco normativo relacionado con los efectos de la radiación no ionizante, problemática que ha ocasionado en las últimas décadas importantes debates tanto científicos y sociales como económicos jurídicos, que han demostrado la necesidad de una regulación jurídica precautoria, que de momento no existe⁶⁶.

3. *Regulación ex novo de una actividad tradicional generadora de impactos anteriormente desconocidos*. Es uno de los contextos tradicionales en donde actúa el Derecho Ambiental. En razón al surgimiento de datos científicos relativos a los impactos ambientales de actividades tradicionales, le corresponde al derecho la tarea de regular los aspectos ambientales de dicha actividad, que antes no se encontraban regulados, ya sea por desconocimiento o por el alcance inicial de dichos impactos. Por ejemplo, la utilización de biocidas o pesticidas, la pesca de arrastre, la captación de aguas subterráneas, o la minería de oro con la utilización de mercurio; son actividades que exigen la creación de un régimen legal que configurará un progreso ambiental⁶⁷.

⁶⁵ Por ejemplo, el Reino Unido aprobó en el 2008 una ley de cambio climático. *The Climate Change Act*, es una disposición que establece para el año 2050 un objetivo de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero, entre otros aspectos. Disponible en la página web <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/27/introduction/enacted>, consultada el 17 de marzo de 2015. México también cuenta con una *Ley General de Cambio Climático* (2012), la cual establece disposiciones para enfrentar los efectos adversos del cambio climático. Disponible en la página web http://www.inecc.gob.mx/descargas/2012_lgcc.pdf, consultada el 17 de marzo de 2015.

⁶⁶ Cf. EMBID TELLO (2010, p. 243 y ss.).

⁶⁷ Por ejemplo, en Colombia se dictó la Ley 1658 de 2013, por medio de la cual se «establecen disposiciones para la comercialización y el uso de mercurio en las diferentes actividades industriales del país, se fijan requisitos e incentivos para su reducción y eliminación y se dictan otras disposiciones». De acuerdo con esta Ley, «a efectos de proteger y salvaguardar la salud humana y preservar los recursos naturales renovables y el ambiente, reglámente en todo el territorio nacional el uso, importación, producción, comercialización, manejo, transporte, almacenamiento, disposición final y liberación

4. *Regulación de una actividad nueva generadora de impactos ambientales.* El progreso puede estar asociado también con el surgimiento o generalización de actividades nuevas, que anteriormente no existían del todo, o por lo menos no eran realizadas a gran escala. Por ejemplo, la producción agrícola de Organismos Genéticamente Modificados, la producción de energía eléctrica a partir de la fuerza motriz de las olas marinas, la captura y almacenamiento geológico de carbono, la utilización de nanomateriales, solo por mencionar algunos⁶⁸. En la mayoría de estas situaciones, hasta ahora se está conociendo su desarrollo y sus posibles impactos, para el medio ambiente o para la salud humana, por lo que será necesario la consideración de un marco normativo adecuado para su tratamiento.
5. *Creación de un nuevo instrumento jurídico de protección ambiental.* Por último, puede ocurrir un progreso cuando se ha diseñado un nuevo instrumento jurídico que configure un tratamiento novedoso de una problemática ambiental. Ya sea que dicho instrumento derive de una mejora en las tecnologías disponibles, o del establecimiento de una herramienta jurídica de protección ambiental, como las evaluaciones ambientales, entre otros. La supresión de cualquiera de estos regímenes, sin la sustitución por uno que demuestre ser igual de eficaz, deberá ser considerada un retroceso inadmisibles, cuestión sobre la que volveré más adelante.

Como se puede observar, al analizarse el contenido material de la norma base de la comparación, debe identificarse el nivel de protección ambiental alcanzado y que efectivamente constituya un progreso o salto cualitativo para el Derecho Ambiental; pues no toda modificación del régimen jurídico ambiental podrá considerarse regresiva. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la sentencia

al ambiente del mercurio en las actividades industriales, cualquiera que ellas sean». Surge como respuesta a la grave problemática ambiental, social y económica derivada de la utilización de mercurio en la explotación de oro, especialmente en el contexto de la minería ilegal. Disponible en la página web <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosSoporteRevistas/10541.pdf>, consultada el 17 de marzo de 2015.

⁶⁸ ARAGÃO (s.f., pp. 10 y ss.); (2012, pp. 60 y ss.).

de la Corte Constitucional colombiana C-630 de 2011, en la que se analizó la derogación de normas que establecían un incentivo económico para el actor de acciones populares. En Colombia, las acciones populares son el mecanismo constitucional para la protección de intereses colectivos⁶⁹. El ejercicio de dichas acciones conllevaba para el demandante el derecho a recibir un incentivo económico, el cual fue eliminado por medio de la Ley 1425 de 2010, situación que fue demandada por inconstitucionalidad. Le correspondió a la Corte establecer si la derogatoria del incentivo individual en la acción popular desconocía la prohibición de regresividad de los derechos sociales. El argumento de los demandantes se sustentó en que las acciones populares tienen por objeto satisfacer derechos colectivos, comprendidos por los actores como derechos sociales, pues *«el incentivo económico derogado, en ese orden de ideas, es un instrumento de estímulo para que los ciudadanos presten sus servicios de agenciamiento de intereses difusos, los cuales no concurrían si no existiera ese mecanismo. Por lo tanto, se alega, la eficacia de la acción depende de la exigibilidad de tales estímulos. Como la norma acusada elimina el estímulo, se estaría ante una medida regresiva, que se resta eficacia a las acciones populares y, en consecuencia, limita las posibilidades de garantía de los derechos colectivos en tanto derechos sociales. Esta medida regresiva se alega inconstitucional, en tanto no existe evidencia que el legislador haya demostrado las razones imperiosas que llevaban a adoptar una política de esa naturaleza»*.

La Corte encontró que la derogación del incentivo no es una norma que defina o establezca un estándar de protección de algún derecho social, pues no es el único medio necesario para proteger estos derechos. Para la Corte se trata entonces de *«la modificación de una medida legislativa establecida para estimular el ejercicio de un determinado derecho político: interponer acciones populares, en defensa de la Constitución y la ley. Es una medida que no puede ser considerada regresiva, por cuanto no recorta o limita de forma sustantiva el derecho de acceder a la protección de los derechos e intereses colectivos. Se trata de suprimir una*

⁶⁹ De acuerdo con el artículo 88 de la Constitución Política colombiana *«la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella»*. Dichas acciones se encuentran reguladas en la Ley 472 de 1998.

herramienta que no formaba parte en sí del derecho, sino que constituía un medio para estimular su uso. No existe pues, en estricto sentido, un requisito o carga adicional que se imponga a las personas. Lo que se suprime es el incentivo, como medio para promover la interposición de las acciones populares. En otras palabras, es una herramienta que busca una finalidad constitucional, a saber: mejorar el desempeño de la acción popular y, con ello, la protección de los derechos e intereses colectivos. La medida no se toma bajo especulaciones o meras teorías, sino ante la evidencia del impacto que la acción ha tenido. El Congreso considera que el impacto de incentivar individualmente, mediante el lucro, la defensa de los asuntos públicos en cuestión, no era el medio más indicado para ello. La medida es adecuada para el fin propuesto, a saber: evitar la búsqueda del lucro individual como variante primordial para la decisión de la interposición de acciones populares. La limitación impuesta por la medida no compromete el goce efectivo del derecho. Las personas conservan la acción; lo que no pueden reclamar es la recompensa por emplearla»⁷⁰.

De esta manera, en el análisis realizado por la Corte, la existencia del incentivo para los actores de las acciones populares no era considerado como un progreso o salto cualitativo en materia de protección de derechos colectivos (como si lo es el establecimiento de las acciones populares como mecanismo de defensa), por lo que pese a considerarse regresiva en principio su derogatoria, se determinó en primer lugar, que no se había configurado un progreso en los términos que se han estudiado, y en segundo lugar, que se encontraba plenamente justificada en relación con la idoneidad de la medida y con el mantenimiento del nivel alcanzado de protección. Por lo anterior, dicha medida no fue considerada regresiva y la derogatoria del incentivo fue encontrada exequible.

Finalmente, el análisis de la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado debe determinar el paso al siguiente punto del análisis. Es decir, sólo de verificarse que la norma base de comparación definitivamente constituye un verdadero progreso o salto cualitativo, se procederá con el análisis de la medida regresiva.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-630 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa.

2. *Análisis de la norma que reduce el nivel de protección ambiental alcanzado*

El análisis de la norma que contiene la medida regresiva también deberá seguir el mismo esquema metodológico planteado en el acápite anterior. Así, deberá realizarse un estudio del aspecto formal de la medida, con el fin de identificar su naturaleza jurídica; y un estudio material de la misma, en el cual se identifique la forma como dicha medida afecta o reduce el nivel de protección alcanzado para el caso específico.

A) Aspecto Formal

El otro extremo de la comparación normativa también debe ser objeto de un análisis formal. Básicamente, se debe analizar la relación jurídica que existe entre las dos normas, y si la primera es susceptible de ser modificada por la segunda. Es decir, si la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado puede ser modificada por la norma que contiene la medida regresiva, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En caso contrario, la medida regresiva será excluida del ordenamiento, pero ya no por su contenido regresivo, sino por violación del marco normativo y fundamentalmente del principio de legalidad. Se debe analizar entonces la aptitud de la norma que contiene la medida regresiva para afectar el nivel ambiental alcanzado de acuerdo con el marco legal. Además, se debe tener en cuenta el aspecto relacionado con la distribución de competencias, pues una norma regresiva dictada por una autoridad que no era la competente para hacerlo, será contraria al ordenamiento, pero por la violación del régimen competencial.

A manera de ejemplo, como expondré más adelante, la declaración de un Parque Natural en España deberá hacerse por medio de una ley de las Cortes Generales (norma base que contiene el nivel de protección alcanzado). Y, con respeto del criterio del paralelismo de formas, la pérdida de condición de Parque Nacional también deberá efectuarse por ley de las Cortes Generales (norma que contiene la medida regresiva). Si la pérdida de condición de Parque Nacional fuese efectuada por una norma de inferior categoría, la medida regresiva sería declarada contraria al ordenamiento, pero por

violación del marco normativo aplicable. Entonces, una vez realizado este análisis formal, y una vez se determine que la norma que contiene la medida regresiva tiene la aptitud jurídica para modificar la norma que contiene el nivel de protección alcanzado, podrá continuarse con el análisis del aspecto material.

B) *Aspecto Material*

En este análisis se deberá realizar una comparación entre el nivel de protección alcanzado y la modificación o afectación sufrida como consecuencia de la medida regresiva. Es necesario verificar efectivamente la existencia de dicha regresividad. Como señalé en su momento, este ha sido uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional colombiana para el análisis de regresividad en materia de Derechos Sociales. La existencia de la regresividad es una condición habilitante para efectos de desplegar el análisis respectivo. La Corte señaló que *«para precisar si una disposición constituye una medida regresiva es indispensable adelantar un cotejo entre la norma de la disposición demandada y la norma que se afectaría con dicho cambio normativo. Debe verificarse que ambas normas guarden una surte de identidad entre sí, esto es, que las mismas regulen un mismo supuesto de hecho y una misma consecuencia jurídica. Esta verificación se adelanta a partir de una comparación entre los elementos normativos de la disposición posterior con los elementos de la disposición anterior en términos de conducta regulada, circunstancias normativas, destinatarios, beneficiarios, titulares, sujetos obligados, y demás elementos que puedan ser relevantes para el caso»*⁷¹.

El escrutinio jurídico comprenderá una comparación con los estándares de protección anteriores, que incluye un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al caso correspondiente. La pregunta que hay que hacerse a continuación es ¿cómo se determina la regresividad de la medida frente al nivel de protección ambiental alcanzado? Si bien sobre este punto ya me referí al inicio de este acápite, en relación con lo que se entiende por una «medida regresiva», hay que decir que la regresividad en materia ambiental puede presentar un sinnúmero de formas diferentes, tan-

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango; Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana Guillén Arango.

tas como formas de proteger los valores ambientales existen. Resultaría imposible hacer un listado de todas las posibilidades existentes, no obstante, la doctrina ha realizado distintos ejercicios de recopilación de ejemplos de medidas regresivas⁷². En la mayoría de los casos no se tratará de situaciones extremas, como la derogación de todo el marco normativo de un sector ambiental, o que el ejercicio de una actividad contaminante quede exenta de cualquier tipo de control ambiental. Por el contrario, casi siempre se tratará de pequeñas *involuciones legislativas* del derecho ambiental⁷³.

⁷² ARAGÃO: Reducción de perímetros de protección en relación con las instalaciones peligrosas; reducción o suspensión de sanciones o incentivos; reducción del número o tipo de actividades prohibidas o condicionadas; remoción o simplificación de procesos de control (como autorizaciones previas, notificaciones, registros, monitoreos, etc.); abolición de las competencias de entidades de órganos de fiscalización, autorización o consulta; restricción de las condiciones de acceso a la información o del ejercicio del derecho a la participación, alteraciones procesales (carga de la prueba, limitaciones de los medios de prueba, reducción o alargamiento de plazos, etc.) (s.f., pp. 10 y ss.); (2012, pp. 60 y ss.) PEÑA CHACÓN: Modificación de conceptos jurídicos ambientales (resulta interesante el caso de la modificación restrictiva del concepto de *bosque* en la normatividad ambiental costarricense); modificación de criterios, estándares, umbrales, indicadores o requisitos ambientales; desafectación o reducción de espacios naturales sometidos a regímenes especiales de protección ambiental; reformas procesales, denuncia de tratados internacionales ambientales; reducción de normas presupuestarias, omisión al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales; falta de aplicación sistemática —espacial o temporal— de la legislación ambiental. (2013b). SOZZO: Autorizar la reducción de un área natural protegida; desclasificar una industria como altamente contaminante; introducir mínimos de tolerancia más elevados; mantener como BAT una tecnología industrial que ya no lo es conforme a avances científicos; reducir los presupuestos y estructuras administrativas encargadas de la aplicación, control y sanción de normas ambientales; quitar independencia a las agencias expertas en materia ambiental, dar marcha atrás en la ratificación de un tratado ambiental (2012).

⁷³ ARAGÃO (s.f., pp. 10 y ss.); (2012, pp. 60 y ss.) Así lo había expuesto PRIEUR, quien afirmó que «lo que se pretende debatir aquí es la voluntad de suprimir la norma o reducir sus exigencias por intereses contrarios que no han demostrado ser jurídicamente superiores a los intereses relacionados con la protección del medio ambiente. El cambio de la norma conllevará, en consecuencia, regresiones más o menos caracterizadas que desembocarán con el tiempo en situaciones irreversibles para el medio ambiente. Estas pueden analizarse como ataques a los fines perseguidos por las políticas internacionales y nacionales en torno al medio ambiente. La regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a

Nuevamente, las particularidades del caso concreto, con apoyo de los criterios de la ciencia y la técnica, determinarán la afectación que sufre el nivel de protección ambiental alcanzado para cada situación, y su alcance. De tal manera que toda modificación que no tenga como consecuencia la afectación negativa del nivel de protección no será regresiva. Por el contrario, en caso de verificarse dicha afectación, disminución, degradación, etc., deberá procederse con el siguiente paso en el análisis, correspondiente al estudio de la justificación de la medida regresiva, para así, finalmente, establecer su admisibilidad o no.

3. *Análisis de la justificación y admisibilidad de la norma que reduce el nivel de protección ambiental alcanzado*

Una vez realizado el análisis comparativo de las dos normas anteriormente estudiadas, y verificada la existencia de una regresividad contra el nivel de protección ambiental alcanzado, corresponde proceder con el examen de la justificación que debe acompañar a la medida regresiva, para sustentar su admisibilidad. Como se ha visto, no se trata de cualquier justificación. Se ha hablado de un *plus de motivación* la cual debe ser *razonada, pormenorizada y particularizada*, de acuerdo con la jurisprudencia revisada en el capítulo anterior⁷⁴. La falta absoluta de dicha justificación conllevará a la invalidación de la medida regresiva. No obstante, en la mayoría de los casos, las medidas regresivas están acompañadas de una justificación, como exigencia propia de la prohibición de arbitrariedad de las actuaciones administrativas.

Ahora, como es lógico, es tarea del Estado demostrar la justificación. Como se ha insistido, de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales analizados en los capítulos anteriores, existe una *presunción de invalidez* sobre las medidas regresivas, tanto en materia de Derechos Sociales, como en materia de Derecho Ambiental. De esta manera, la prueba de que una

la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental» (2010, p. 71).

⁷⁴ Por todas cfr., STS 5538/2012. Sobre el análisis de estas sentencias profundizaré en el siguiente capítulo.

norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, cuya principal implicación es la transferencia al Estado de la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. Así las cosas, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, asegurando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Una vez demostrado lo anterior, la norma se presume inválida, y corresponderá al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, se encuentra justificada y es necesaria e imperiosa⁷⁵.

Entonces, para analizar la justificación de la medida regresiva se han establecido una serie de criterios de distinta naturaleza, muchos de ellos ya anunciados en el examen de los juicios de proporcionalidad y de razonabilidad; los cuales configuran los criterios de admisibilidad excepcional de normas regresivas.

A) *Existencia de una norma que permita la regresión*

Este primer criterio puede parecer elemental, pero su análisis es un primer paso imprescindible. Ya he reiterado que el Principio de No Regresión en materia ambiental no es absoluto, y que existen ciertos casos en los que las regresiones ambientales son admitidas, e incluso permitidas legalmente. Entonces, un primer paso consiste en identificar si existe una norma aplicable que contemple y permita la disminución del nivel de protección ambiental alcanzado, y en qué condiciones lo hace. Los casos más notorios se encuentran en el Derecho Ambiental Internacional, y en relación con los espacios protegidos, tema que profundizaré en el siguiente capítulo.

Desde su formulación original por parte de PRIEUR, el Principio de No Regresión se ha caracterizado por su relatividad. Si bien siempre se ha reconocido que este principio no tiene un carácter absoluto, en las primeras elaboraciones doctrinales al respecto se

⁷⁵ ABRAMOVICH y COURTIS (2006, pp. 106 y ss.); ESAÍN (2013, p. 33), entre otros. Esta inversión de la carga de la prueba también ha sido reconocida por la Corte Constitucional colombiana, entre otras, en la sentencia T-469 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

exigía una mayor rigidez de la prohibición de retroceso en materia ambiental; rigidez que hoy se ha ido matizando un poco. PRIEUR ya reconocía que existen excepciones para la no regresión, sin embargo, «la interpretación de los umbrales de regresión tolerada se llevará a cabo de forma bastante restrictiva, puesto que siempre tratarán de derogar el principio general según el cual cualquier legislación o reglamentación medioambiental debe permitir una mayor protección y un mejor medio ambiente»⁷⁶. Concretamente, el autor reconoce que la regresión puede justificarse, por ejemplo, de forma provisional en caso de crisis especialmente grave o situación de guerra; o en virtud de argumentos jurisprudenciales tales como la valoración del carácter proporcional del retroceso, la necesidad de la conciliación con otros derechos fundamentales o la presión de los intereses, las exigencias derivadas de un interés superior general o de motivos imperiosos, las exigencias del orden público, entre otros.

Solo por mencionar algunos ejemplos, de forma excepcional algunos convenios de Derecho Ambiental Internacional permiten expresamente en su aplicación una forma de regresión, pues reducen el nivel de protección ambiental alcanzado por ciertos espacios naturales o especies de la biodiversidad⁷⁷. Este es el caso del *Convenio de Ramsar* relativo a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, permite retirar un humedal de la lista internacional o reducir su extensión. En este caso, el nivel de protección ambiental alcanzado por el humedal se ve evidentemente reducido, pero se trata de una reducción justificada, de acuerdo con lo que señala el Convenio en el artículo 2.5: «*Toda Parte Contratante tendrá derecho a añadir a la Lista*

⁷⁶ PRIEUR (2010, p. 115). En el mismo sentido, cfr. PEÑA CHACÓN (2014), quien afirma que «la prohibición de regresividad ambiental no es ilimitada ni mucho menos irrestricta, encontrándose condicionada de forma general por la totalidad del elenco de derechos fundamentales con los que el derecho a un ambiente sano y equilibrado debe coexistir en justo equilibrio, y de forma específica, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica, por el deber de tutela del interés público ambiental, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente, y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental. De esta forma, las medidas regresivas que pueden afectar derechos ambientales no están prohibidas per se a los Estados, y bajo ciertas circunstancias muy calificadas, encuentran justificación y validez a la luz del derecho internacional de los derechos humanos».

⁷⁷ Cfr. PEÑA CHACÓN (2013a); PRIEUR (2010).

otros humedales situados en su territorio, a ampliar los que ya están incluidos o, por motivos urgentes de interés nacional, a retirar de la Lista o a reducir los límites de los humedales ya incluidos, e informarán sobre estas modificaciones lo más rápidamente posible a la organización o al gobierno responsable de las funciones de la Oficina permanente especificado en el artículo 8». Es decir, la reducción del nivel de protección ambiental alcanzado es permitida por el Derecho Ambiental Internacional «por motivos urgentes de interés nacional»⁷⁸. Sin embargo, la Convención estipula que tales retiros o reducciones deben ser compensados mediante la designación de un sitio Ramsar en otro humedal, en el mismo lugar o en uno distinto⁷⁹. En la práctica, sólo ha habido reducciones en un puñado de casos y ningún sitio ha sido retirado de la lista a causa de daños irreparables. En la Resolución VIII.20 se da una «Orientación general para interpretar la expresión “motivos urgentes de interés nacional” en el artículo 2.5 de la Convención y para considerar la compensación prevista en artículo 4.2»⁸⁰. Esta resolución señala que cuando invoque su derecho a tenor del artículo 2.5 para retirar de la Lista de Humedales de Importancia Internacional o reducir los límites de un humedal incluido en ella, en el caso de motivos urgentes de interés nacional, una Parte Contratante podrá tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente: los beneficios nacionales de mantener la integridad del sistema de humedales y sus beneficios conexos; si el mantenimiento del *statu quo* amenaza un interés nacional; si el cambio propuesto es compatible con las políticas nacionales; si se requiere una acción inmediata para evitar una amenaza significativa; si un interés nacional sufre una amenaza creciente; las demás alternativas razonables a la acción propuesta, incluida la opción «sin proyecto», la búsqueda de una ubicación alternativa, la introducción de zonas de amortiguamiento, etc.; los valores económicos, sociales y ecológicos y las funciones existentes

⁷⁸ Por ejemplo, Georgia invocó el artículo 2.5 en relación con el inicio de la construcción de la terminal petrolera de Kulevi en la costa del Mar Negro, situada en el sitio Ramsar Humedales de Kolkheti Central.

⁷⁹ Artículo 4.2 Convenio Ramsar: «Cuando una Parte Contratante, por motivos urgentes de interés nacional, retire de la Lista o reduzca los límites de un humedal incluido en ella, deberá compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales».

⁸⁰ Disponible en la página web del Convenio Ramsar http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/pdf/res/key_res_viii_20_s.pdf Consultada el 10 de marzo de 2015.

del sitio en cuestión. (Cuanto más importantes sean los valores y las funciones del sitio, más elevados deberán ser los beneficios sociales, económicos o ecológicos del proyecto propuesto); el valor particular de los hábitat que alberguen especies endémicas, amenazadas, raras, vulnerables o en peligro; si la acción propuesta proporciona beneficios a una amplia base de receptores; si, a largo plazo, la acción propuesta ofrece beneficios mayores; la alternativa que reduzca al mínimo el daño al sitio en cuestión; y los efectos transfronterizos.

Además de aquellas situaciones invocadas por los Estados Parte como «*motivos urgentes de interés nacional*», existen una serie de circunstancias no previstas expresamente por la Convención y relacionadas con la pérdida de las características ecológicas de un sitio incluido en la Lista, que podrían tener como consecuencia el retiro o reducción de límites de humedales. Estas situaciones fueron desarrolladas por la Conferencia de la Partes en la Resolución IX.6, que contiene las *Orientaciones acerca de qué hacer respecto de los sitios Ramsar que han dejado de reunir los Criterios para su designación*⁸¹, dentro de las que se alista las siguientes situaciones: (1) que un sitio Ramsar nunca haya cumplido los Criterios para su designación como Humedal de Importancia Internacional; (2) que una parte o todo un sitio Ramsar pierda irremediablemente los valores, las funciones y las propiedades por las que se lo incluyó, o fue incluido por error; o (3) que un sitio Ramsar haya cumplido los Criterios en el momento de incluirlo en la Lista, y aunque mantenga intactos sus valores, funciones y propiedades, incumpla posteriormente los Criterios debido a un cambio en dichos Criterios, o a un cambio en la estimación o los parámetros de la población en la que se basaron. Se identificaron dos situaciones adicionales: (4) que un sitio Ramsar designado por una antigua Parte Contratante está ahora en el territorio de un país sucesor que se adhiere en la actualidad a la Convención e indica unos límites y un área diferentes para ese sitio; y (5) se propone retirar un sitio Ramsar incluido en la Lista o parte del mismo a fin de permitir posibles desarrollos futuros u otros cambios en el uso de la tierra en esa zona que no se pueden justificar como «*motivos urgentes de interés nacional*». No obstante, en este

⁸¹ Disponible en la página web del Convenio Ramsar http://archive.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-resol-resolution-ix-6/main/ramsar/1-31-107%5E23500_4000_2__ Consultada el 10 de marzo de 2015.

último caso, se dice expresamente que «en determinadas situaciones, la retirada o la reducción de los límites no se debe considerar aceptable en virtud de la Convención, especialmente cuando esa retirada o reducción se propone a fin de permitir o facilitar explotaciones futuras u otros cambios en el uso de la tierra en esa zona que no se justifican como “motivos urgentes de interés nacional”».

En este caso, es evidente que cuando un humedal es retirado de la Lista Ramsar, se produce una regresión del nivel de protección alcanzado, pues se disminuye el alcance de la protección de que gozaba dicha zona. No obstante, esta regresión cuenta con una regulación por parte del Derecho Ambiental Internacional, y las exigencias de justificación se ven satisfechas de acuerdo a lo señalado por los respectivos instrumentos internacionales. Entonces, no es el campo de aplicación del Principio de No Regresión en materia ambiental.

Asimismo, el *Convenio de Berna* sobre la conservación de la vida salvaje y el medio natural de Europa, en el artículo 9 permite la no aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 (protección de los hábitats); y 5, 6, 7 y 8 (conservación de las especies); «si no hubiere otra solución satisfactoria y la excepción no fuere en detrimento de la supervivencia de la población interesada». Es decir, se permitirá justificadamente la regresión del nivel de protección alcanzado en ciertas situaciones excepcionales: —en interés de la protección de la flora y de la fauna; —para prevenir daños importantes en los cultivos, en el ganado, en los bosques, pesquerías, aguas y otras formas de propiedad; —en interés de la salud y de la seguridad pública, de la seguridad aérea o en atención a otros intereses públicos prioritarios; con propósitos de investigación y educación, repoblación y reintroducción, así como para la cría de animales domésticos; —para permitir, en condiciones estrictamente controladas, sobre una base selectiva y en una cierta medida, la captura, la posesión o cualquier otra explotación razonable de determinados animales y plantas silvestres en pequeñas cantidades.

Para terminar, el *Convenio CITES* sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora también prevé excepciones que están sujetas a condiciones de fondo y forma. En el artículo XVI se faculta a las Partes del Convenio a retirar cualquier

especie previamente insertada en el Apéndice III⁸², previa comunicación de dicho retiro a la Secretaría respectiva. No obstante, la exclusión de una especie de flora y fauna silvestre del Apéndice III del Convenio no excluye al Estado Parte de sus obligaciones internacionales y nacionales respecto a la protección de la flora y fauna y de la biodiversidad.

En los tres casos expuestos, cada instrumento internacional tiene una finalidad específica, la cual es llevada a cabo por medio de determinadas medidas. No obstante, los mismos Convenios autorizan, en ciertas circunstancias, excepciones a dichas medidas, que de alguna u otra manera reducen el nivel de protección ambiental alcanzado. Este también sería el caso en el que desaparecieran los valores ambientales que hacen necesaria la protección ambiental, por ejemplo cuando un espacio que antes era declarado como Espacio Natural Protegido pierde las calidades merecedoras de dicha protección. En este caso, la normatividad prevé la posibilidad de levantar dicha protección, medida que como es lógico podría ser considerada regresiva; cuestión que analizaré con posterioridad. No obstante, al estar justificadas de acuerdo a lo previsto en cada régimen normativo correspondiente, y cumpliendo los respectivos requisitos, no podría considerarse este un campo de actuación del Principio de No Regresión tal como se ha venido exponiendo.

B) *Finalidad de la medida regresiva*

Este criterio teleológico está apoyado en las herramientas aportadas por el juicio de proporcionalidad. Sobre este aspecto se ha dicho que la medida regresiva debe tener un *fin legítimo*⁸³ y debe estar encaminada a la salvaguarda de *intereses generales*⁸⁴; en síntesis,

⁸² El Apéndice III incluye todas las especies que cualquiera de las Partes manifieste que se hallan sometidas a reglamentación dentro de su jurisdicción con el objeto de prevenir o restringir su explotación, y que necesitan la cooperación de otras Partes en el control de su comercio.

⁸³ Para COURTIS el fin legítimo de las medidas regresivas de los derechos sociales es la mejora del estado de goce de la totalidad de los derechos del Pacto (2006, p. 42).

⁸⁴ Por ejemplo ESAÍN cita al TJUE el cuál en sentencia 28/2/91 afirmó que «los intereses económicos y recreativos no justifican una excepción del régimen de protección» (2013, p. 35).

le corresponde al Estado demostrar *que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa*⁸⁵. Es lo que ya referí anteriormente como el subprincipio de idoneidad o adecuación del juicio de proporcionalidad, el impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención.

En el caso medioambiental, le corresponde al Estado demostrar que la medida que disminuye el nivel de protección ambiental alcanzado es idónea y adecuada, y que tiene como finalidad la salvaguarda de los intereses generales⁸⁶. Es decir, que la medida, a pesar de ser regresiva, tiene por objetivo la consecución de un interés superior, que no tiene por qué ser el de la protección del medio ambiente únicamente. Esto tiene que ver con otro requisito que se ha exigido frecuentemente para la justificación de medidas regresivas, y es que se fundamenten en razones *excepcionales, graves, o urgentes*⁸⁷. En ciertos casos, las medidas regresivas encuentran su justificación en contextos especiales. Por ejemplo, como expuse con

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sobre la legitimidad del fin que fundamenta las intervenciones legislativas en el caso de los derechos fundamentales, cfr. BERNAL PULIDO (2014, p. 870).

⁸⁶ El interés general o público es un «concepto jurídico indeterminado», pues «no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado». Expresa la intención del constituyente, la cual es «indicar que no es el criterio libre, personal y omnímodo del titular del poder de que se trate el que decide por sí solo, sino que esa decisión debe adoptarse para servir precisamente al interés general, común o público». GARCÍA DE ENTERRÍA (1996). Como explica PAREJO ALFONSO, la función del interés general como concepto abstracto y formal, consiste en «i) representar —en fórmula condensada— cualquier objetivo, fin valor y, por tanto, bien jurídico protegido por la comunidad jurídica y consecuentemente estimado positivamente por ésta (sea simple o complejo, por resultado de la combinación múltiple y armonización de los que se hagan presentes y demanden simultáneamente satisfacción en cada caso), y ii) expresar —dirigiendo el proceso correspondiente en el contexto de las circunstancias de cada caso, materia y momento— el resultado de la identificación y determinación por el poder público competente en tal contexto de la relación de la referida comunidad con el objeto de que se trate... para la resolución de los problemas sociales y la satisfacción de las necesidades colectivas» (2003, p. 770). Para un análisis en general del concepto de interés general, cfr. PAREJO ALFONSO (2004); RODRÍGUEZ-ARANA (2012) y para una referencia al interés general en materia de obras, cfr. EMBID IRUJO (1995).

⁸⁷ ARAGÃO (s.f.); PEÑA CHACÓN (2013b).

anterioridad, la crisis económica ha servido de motivación para la toma de decisiones con carácter regresivo para el medio ambiente, pero por la misma razón se han visto plenamente justificadas. En el mismo sentido, graves emergencias tanto ecológicas, como económicas y sociales exigen la adopción de medidas urgentes para hacer frente a dicha situación, las cuales podrían acarrear una regresividad en la protección ambiental, como es el caso de ciertas medidas incluidas en el reciente Real Decreto-ley 2/2015, de 6 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las inundaciones y otros efectos de los temporales de lluvia, nieve y viento acaecidos en los meses de enero, febrero y marzo de 2015; cuestión a la que me referiré en el siguiente capítulo.

En los dos casos anteriores las medidas regresivas tienen una finalidad constitucionalmente legítima; de un lado, impulsar el crecimiento económico, y de otro, la adopción de medidas que contribuyan a restablecer la normalidad y paliar los daños producidos por situaciones de grave emergencia ambiental. En ambos casos, se trata de la salvaguarda de intereses generales, ya no específicamente el de la protección del medio ambiente, pero como se ha dicho, el interés general es un concepto jurídico indeterminado, al cual deberá dársele contenido atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto.

C) Necesidad de la medida regresiva

Como se vio, este criterio hace referencia a la exigencia de un análisis de las distintas alternativas por parte del Estado, que demuestre que la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto⁸⁸. Se requiere entonces la comparación entre la medida adoptada por el Estado y otros medios alternativos, con el fin de identificar la opción que sea más idónea para alcanzar el objetivo de la medida, y que afecte negativamente al nivel de protección ambiental alcanzado en menor grado. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en

⁸⁸ Para PEÑA CHACÓN se requiere un «examen exhaustivo por parte del Estado de todas las alternativas posibles y que la elegida sea la menos lesiva para los derechos involucrados» (2013b). ARAGÃO, por su parte, señala que las medidas deben ser «estrictamente indispensables» (s.f.).

una de las primeras sentencias del TS español en relación con el Principio de No Regresión en materia ambiental, que analizaré con detalle más adelante. Se trata de la STS de 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 5364) en la que se declara la anulación parcial del PGOU de Sevilla a causa de la ausencia de motivación del cambio de uso de una parte de la zona verde pública destinada a equipamiento educativo para la construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria⁸⁹. Pues bien, no se pone en duda que la construcción de una biblioteca como la del caso atiende al interés general, es decir, se verifica la finalidad e idoneidad de la medida. Lo cuestionado por las sentencia entonces no es la realización o no del proyecto de la nueva Biblioteca Central Universitaria, ni la utilidad o interés de dicha infraestructura, «sino su concreta ubicación», que sacrifica 4.000 m² de zona verde pese a la existencia de otras localizaciones posibles o alternativas. Al respecto, el Ts sostiene que «cuando se trata de hacer desaparecer, en todo o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los Jardines del Prado (...), sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otro terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario». Así pues, «debió explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde» (FJ 13).

Entonces, para que una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado sea jurídicamente admisible, deberá demostrar que es la medida necesaria e indispensable para la realización del fin propuesto. Como se verá, en materia de zonas verdes esta exigencia especial de motivación resulta especialmente rigurosa, y su ausencia derivará en la anulación de la medida regresiva.

D) *Proporcionalidad de la medida regresiva*

Finalmente, la medida regresiva deberá ser proporcional en sentido estricto, de acuerdo con lo ya dicho. Lo anterior quiere decir que las ventajas que se obtengan mediante la medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado deben compensar los sa-

⁸⁹ Cfr. CABELLO (2012); GEIS I CARRERAS (2014).

crificios que dicha medida supone para los objetivos generales de protección del medio ambiente. En términos de la Corte Constitucional colombiana, se debe demostrar que «*el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja*»⁹⁰.

Este criterio puede ser el que resulta más complejo a la hora de abordar el análisis de la medida regresiva en cuestión. Con apoyo en la herramienta de la ponderación, es necesario demostrar que la importancia del objetivo que se busca con la medida regresiva es mayor que la importancia de afectación que sufre el nivel de protección ambiental alcanzado. Por ejemplo, en el caso citado de la Biblioteca Central Universitaria en la ciudad de Sevilla, además de que no se demostró que la afectación de la zona verde en cuestión fuese la mejor alternativa para lograr el fin propuesto; tampoco se demostró que la importancia de la construcción de dicha biblioteca fuese superior a la importancia de la afectación de la zona verde urbana, espacios que cuentan con una protección más rígida frente a este tipo de regresiones. Como ya analicé, la Corte Constitucional colombiana ya ha sentado las bases para el juicio de proporcionalidad en sentido estricto de medidas regresivas en materia de Derechos Sociales⁹¹, las cuales podrán ser extendidas, *mutatis mutandi* a las medidas regresivas en materia ambiental. No obstante, como se verá más adelante, este análisis de proporcionalidad de las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado no ha sido abordado expresamente por la jurisprudencia; pues con el análisis de los dos criterios iniciales —idoneidad y necesidad— se ha dado respuesta sobre dichas medidas.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

⁹¹ En sentencias como la C-584 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; la C-038 de 2004. MP: Eduardo Montealegre Lynett; y la C-1064 de 2001. MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, se puede ver claramente el recurso al test de proporcionalidad como herramienta apropiada y fructífera a la hora de analizar detenidamente la idoneidad, necesidad y ponderación de textos legales que imponen restricciones regresivas a los DESC. Del mismo modo, en sentencias de tutela, las salas de revisión de este tribunal, han dejado de aplicar disposiciones que en el caso concreto resultan ser inconstitucionales por ser, entre otras cosas, regresivas de los DESC. La sentencia T-221 de 2006. MP: Rodrigo Escobar Gil; es un ejemplo claro de lo anterior y es al mismo tiempo otro de los ejemplos nítidos de la manifiesta aplicación del test de proporcionalidad frente a normas contrarias a la cláusula de progresividad. Cfr. LÓPEZ BRUCE (2009).

E) Otros criterios

Para terminar, se han sugerido otros criterios para justificar la admisibilidad de medidas regresivas, que reforzarán el análisis realizado hasta el momento. Por ejemplo, se habla del *carácter temporal* de la medida regresiva. De acuerdo con ARAGÃO, este criterio, para que una medida regresiva sea jurídicamente admisible, el retroceso que conlleva no podrá ser permanente. Deberá ser una solución temporal para hacer frente a una situación coyuntural, como una crisis económica o una emergencia ecológica. Así, la medida «*debe ser aprobada con un horizonte temporal definido ab initio, el cual no podrá ser condicional*». Se reconoce, en todo caso, que la vigencia de la medida podrá extenderse mientras se mantengan las circunstancias que la originaron⁹². En el mismo sentido se expresa PEÑA CHACÓN, quien agrega además otros parámetros para justificar la medida, dentro de los que se encuentran «*el carácter no discriminatorio y verificación de una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; justificación tomando en cuenta el equilibrio razonable de la totalidad de los derechos fundamentales en relación con la plena utilización de los recursos disponibles del Estado*»⁹³.

De todas formas, no es posible la elaboración de un listado *numerus clausus* de criterios de admisibilidad de las medidas regresivas, puesto que en cada caso las particularidades y el contexto determinarán el curso a seguir en el análisis de este tipo de medidas. Además, si bien las pautas que aquí he señalado tienen su principal campo de aplicación en el control judicial de las medidas regresivas, también permitirán al Estado la adopción de este tipo de medidas con una fundamentación acorde con las exigencias que se han venido desarrollando.

⁹² ARAGÃO (s.f.). La autora enfoca el análisis de admisibilidad a la gravedad y reversibilidad del retroceso. Un retroceso será admisible si sus efectos son poco graves e irreversibles; será admisible «en estado de necesidad» si los efectos son poco graves e irreversibles, o graves y reversibles; y será inadmisibles si sus efectos son graves e irreversibles.

⁹³ PEÑA CHACÓN (2013b).

4. Breve referencia a los criterios de la ciencia y la técnica como elementos esenciales del análisis de las medidas regresivas

El Derecho Ambiental, dada la naturaleza del campo en el que opera, siempre ha estado necesariamente vinculado a distintas disciplinas extrajurídicas, como la economía, la sociología, la ecología, la biología, entre otras⁹⁴. Quizás una de las relaciones que más influencia ha tenido sobre el desarrollo de este ordenamiento jurídico es la relación con los avances de la ciencia y la tecnología; especialmente en los últimos años, pues los adelantos científicos y sus posibilidades y opciones de aplicación tecnológica están determinando y desafiando constantemente las estructuras jurídicas ambientales. Como expone SALINAS «la dimensión instrumental de la labor del jurista, consistente en la creación de un régimen jurídico que ordene una determinada actividad o sector, coloca a este en una situación de lógica dependencia respecto de los especialistas de otros ámbitos del conocimiento, encargados del análisis de la realidad que debe reglamentarse»⁹⁵. Esta relación de dependencia del Derecho frente a los criterios de la ciencia puede ser considerada, en mi opinión, desde dos puntos de vista, ambos igual de interesantes y significativos.

En primer lugar, el relacionado con los *nuevos riesgos derivados de los avances científicos y tecnológicos*, y el reto que impone para el Derecho la regulación en situaciones de incertidumbre. Por razones de pertinencia, me referiré brevemente a esta cuestión, de la que existe profusa literatura jurídica reciente. Como señala ESTEVE PARDO, el «Derecho del Medio Ambiente es un Derecho de regulación y gestión de riesgos que se explica y encuentra su sentido en ese modelo de sociedad postmoderna en la que estamos instalados y que se ha dado en llamar la sociedad del riesgo»⁹⁶. Los riesgos post-industriales propios de la sociedad actual⁹⁷, imponen un reto para el Derecho Ambiental, consistente en tratar con la complejidad científica o técnica y adoptar decisiones en ese entorno complejo e incierto. Como es evidente, ante el vertiginoso

⁹⁴ Sobre la interdisciplinariedad del Derecho Ambiental, entre otros ALONSO GARCÍA (2006b, p. 630) BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 101); DE SADELEER (2008, pp. 252 y ss.); ESTEVE PARDO (2009, p. 130); (2014, p. 18).

⁹⁵ SALINAS (2014, p. 23).

⁹⁶ ESTEVE PARDO (2014, p. 14).

⁹⁷ Para un estudio a profundidad de la Sociedad del Riesgo, consultar BECK (2009) *in totum*. Además, ESTEVE PARDO (1999, p. 28).

avance del progreso científico, se hace cada vez más difícil la determinación y la valoración de los efectos de estos nuevos descubrimientos y aplicaciones sobre la salud, el medio ambiente, y el entorno en general. Ante esta falta de certeza, el Derecho Ambiental debe responder por medio de diferentes instrumentos (legislativos, administrativos o judiciales) o principios, como el principio de precaución, también conocido como principio de cautela⁹⁸. Desde esta perspectiva jurídica, y de acuerdo con EMBID TELLO es claro que al Derecho y a sus operadores les compete adoptar muchos tipos de «decisiones que podrán ser sobre la omisión o rechazo de un determinado riesgo, decisiones previas, relativas a la investigación científica, sus procedimientos o sus materias, o posteriores, como las relativas a las fórmulas de control de riesgos previamente admitidos»⁹⁹. Lo anterior plantea importantes interrogantes frente a la legitimidad de las decisiones jurídicas con fundamento científico; su legitimidad democrática, y su legitimidad «real» o ante la ciencia, cuestiones que desafortunadamente, por razones de pertinencia no podrán ser analizadas en esta investigación¹⁰⁰.

En cualquier caso, y como se advierte, las decisiones sobre riesgos deben contar con el sustrato material de la realidad, y al mismo tiempo deben ser democráticamente legítimas; por lo que se requiere de algún tipo de nexo de unión entre el ordenamiento jurídico y el ordenamiento de la técnica¹⁰¹. Lo anterior se corresponde directamente con el segundo punto de vista desde el cual se puede considerar la relación entre ciencia y Derecho. En este segundo caso, ya no se trata concretamente de nuevos riesgos derivados de nuevos avances y progresos tecnológicos y científicos; sino que se trata de la *remisión normativa al ordenamiento de la técnica*, el cual suministrará los insumos técnicos necesarios para la toma de decisiones jurídico-ambientales.

El Derecho se enfrenta a la necesidad de regular una realidad que no comprende y que evoluciona a una velocidad muy superior

⁹⁸ Sobre el principio de precaución cfr., entre otros, EMBID TELLO (2010); ESTEVE PARDO (2003, 2009); GONZÁLEZ VAQUE (2005).

⁹⁹ EMBID TELLO (2010, p. 93).

¹⁰⁰ Sobre la legitimidad de las decisiones jurídicas con fundamento científico consultar, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA (1998); EMBID TELLO (2010, p. 93 y ss.); ESTEVE PARDO (1999, p. 122) (2009, p. 99 y ss.).

¹⁰¹ EMBID TELLO (2010, p. 95).

a las posibilidades de los procedimientos normativos existentes. Por lo anterior, la técnica jurídica idea mecanismos para que esa realidad se regule así misma, remitiendo a la fijación de estándares de calidad o de seguridad para distintos productos o procesos. Recientemente, en Colombia se han empezado a tratar estos temas doctrinalmente, pues se reconoce que *«el Estado ya no siempre regula de manera exhaustiva y detallada, conforme a las exigencias del principio de Estado democrático de Derecho, las especificaciones técnicas del desarrollo de una determinada actividad, ni restringe a una autoridad ni a un procedimiento público la acreditación del cumplimiento de esta clase de requerimientos; también remite estos aspectos a normas técnicas (reglas no obligatorias establecidas por entes de carácter privado, cuya única legitimidad estriba en su conocimiento, experiencia y reconocimiento en un campo determinado de la técnica —ISO, ICONTEC, Colegio de Ingenieros, etc.—y en los procedimientos abiertos, consensuales y participativos con los que operan¹⁰²) que los desarrollan. Gracias a estas remisiones, estas normas privadas se jurifican y entran a formar parte del sistema normativo jurídico-público»¹⁰³*. Existen pues diversas herramientas utilizadas por el Derecho para establecer la conexión de normas técnicas con el ordenamiento jurídico¹⁰⁴, algunas de las cuales me referiré brevemente a continuación.

1. *Remisión a conceptos jurídicos indeterminados*: Es el caso de la llamada cláusula técnica, consistente en la remisión que en muchas normas se hace a favor de la «mejor tecnología disponible»¹⁰⁵ (BAT), o al «estado de la ciencia», o a los

¹⁰² SANTAELLA QUINTERO (2008, p. 60).

¹⁰³ SANTAELLA QUINTERO (2011, p. 98).

¹⁰⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 124); ESTEVE PARDO (1999, pp. 173 y ss.).

¹⁰⁵ La Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las Emisiones Industriales (de Prevención y Control Integrado de la Contaminación) (DEI) contiene las definiciones de algunos conceptos relacionados con lo que aquí se estudia. Por ejemplo, las *mejores técnicas disponibles* son definidas como *«la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir la base de los valores límite de emisión y otras condiciones del permiso destinadas a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente»* (art. 3.10). Fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Sobre el con-

«conocimientos científicos en la materia». La utilización de esta cláusula evidencia la limitación del sistema jurídico que traslada así la solución a lo que desde el sistema de la técnica se determine¹⁰⁶. De esta manera, la cláusula técnica es el puente que conecta ambos sistemas, el de la ciencia y el del Derecho¹⁰⁷. Esta opción deja un amplio margen de valoración al operador jurídico para la precisión de su significado en cada caso, pues su concreción puede variar en cada caso y momento. No hay, por tanto, una remisión a una solución técnica concreta, a una norma técnica singular, sino al orden técnico en su conjunto, con su componente dinámico, de progreso¹⁰⁸. Un ejemplo de remisión a las «mejores tecnologías disponibles» se pueden encontrar en la ley española de evaluaciones ambientales¹⁰⁹ o en materia de prevención

cepto de nuevas tecnologías disponibles, cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 124); ESTEVE PARDO (1999, pp. 96 y ss.) (2009, p. 135); TARRÉS VIVES (2006); FORTES MARTÍN (2007).

¹⁰⁶ Como explica ESTEVE PARDO, en los casos en los que el Derecho acude a la cláusula técnica, se pone de relieve que el orden jurídico «*se da de bruces con la complejidad de la técnica y su permanente evolución. La norma jurídica, con su enunciado firme y estático, se muestra incapaz de incorporar esa mutabilidad constante de las referencias técnicas. A través de la cláusula se opera una remisión abierta y permanente al nivel de desarrollo tecnológico de cada momento y a las exigencias que de él pudieran derivarse...*» (1999, p. 93).

¹⁰⁷ ESTEVE PARDO (2002, p. 33).

¹⁰⁸ Esta opción suele generar inquietudes en relación con la determinación de cuál es la mejor tecnología disponible (en caso de disenso científico), o «*para qué?*» tiene que ser mejor: «*¿mejor para el medio ambiente?, ¿más inocua para la salud?, ¿más rentable económicamente?*», cuestiones que de acuerdo con EMBID TELLO ponen en evidencia la falta de neutralidad de la tecnología en el momento en que pretende ser utilizada por el ser humano (2010, p. 96). Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 130); ESTEVE PARDO (1999, p. 176).

¹⁰⁹ El artículo 2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluaciones ambientales, incluye dentro de los principios a los que está sujeto el procedimiento de evaluación ambiental el *Principio de Actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible*. Cfr. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2014, p. 91). Además, el artículo 44 de la misma ley, relativo a la modificación de las condiciones de la declaración de impacto ambiental, señala que «*cuando la declaración de impacto ambiental establezca condiciones cuyo cumplimiento se haga imposible o innecesario porque la utilización de las nuevas y mejores técnicas disponibles en el momento de formular la solicitud de modificación permiten una mejor y más adecuada protección del medio ambiente, respecto del proyecto o actuación inicialmente sometido a evaluación de impacto ambiental*».

y control integrados de la contaminación¹¹⁰. En el caso colombiano, un ejemplo de lo anterior se puede encontrar en materia de contaminación atmosférica¹¹¹ o en materia de residuos hospitalarios¹¹², por nombrar algunos.

2. *Reproducción exacta del texto de la norma técnica en el Reglamento*. Como es obvio, esta opción es ineficiente porque obliga a que el texto del Reglamento deba ser revisado cada vez que la realidad técnica se modifique¹¹³.
3. *Reenvío dinámico o flexible* a una norma o conjunto de normas, por ejemplo la remisión a las normas que dicte una determinada institución¹¹⁴. En este tipo de remisión la

¹¹⁰ El artículo 7 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, modificado por la ya citada Ley 5/2013, de 11 de junio señala que «para la determinación en la autorización ambiental integrada de los valores límite de emisión se deberá tener en cuenta: a) La información suministrada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1, en relación con las conclusiones relativas a las mejores técnicas disponibles, sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica».

¹¹¹ El artículo 99 del Decreto 948 de 1995, por el cual se establecen medidas para la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire. Esta disposición hace referencia a «tecnologías limpias» y señala que a efectos de la aprobación de los Planes de reconversión a Energías limpias allí previstos solo se reconocerá esta condición a los «instrumentos, métodos y procedimientos de producción, resultantes del más avanzado desarrollo de la ciencia y la tecnología internacional». Como aprecia SANTAELLA QUINTERO, antes que establecer una definición cerrada y fija de aquello que se entienda por «tecnologías limpias» al momento de la expedición del Decreto —con el consabido riesgo de rápida superación y consecuente obsolescencia normativa que ello supone—, se opta por la introducción de esta fórmula que garantiza el mejor cumplimiento de la finalidad de la norma: asegurar que a pesar de los avances científico-tecnológicos se produzca efectivamente el mínimo impacto sobre el medio ambiente, los recursos naturales renovables y la salud humana (2008, p. 80).

¹¹² El artículo 14 del Decreto 2676 de 2000, «por el cual se reglamenta la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares», aludía igualmente a las «tecnologías más limpias»; en este caso, para establecer el deber que asiste a los generadores residuos de implementar programas para el análisis y adopción que minimicen la generación de sus residuos hospitalarios y similares, sin comprometer de ninguna forma la salud humana o el medio ambiente. SANTAELLA QUINTERO (2008, p. 80). Este Decreto fue derogado por el Decreto 351 de 2014, que omite cualquier referencia a las tecnologías para la gestión de estos residuos.

¹¹³ EMBID TELLO (2010, p. 96).

¹¹⁴ Esta opción genera inquietudes en relación con el reconocimiento de efectos jurídicos plenos a normas técnicas que ni siquiera se han dictado todavía, por lo que según EMBID TELLO, en este ámbito técnico la potestad reglamentaria

norma jurídica remitente no precisa una norma técnica en un momento concreto, sino que señala la norma en su versión válida presente o futura¹¹⁵. Por ejemplo en Colombia, este tipo de remisión se puede encontrar en materia de transporte de mercancías peligrosas¹¹⁶, o en materia de plaguicidas¹¹⁷. En el ordenamiento español, por ejemplo, se encuentra este tipo de remisión en materia de edificación¹¹⁸, entre otros.

se estaría ejerciendo materialmente por el estamento científico, en una clara violación del ordenamiento jurídico español, que proscribía la delegación de la potestad reglamentaria, en el artículo 13.2 LPC (2010, p. 96). Cfr., además, ÁLVAREZ GARCÍA (2000).

¹¹⁵ TARRÉS VIVES (2003, p. 270).

¹¹⁶ El embalaje, etiquetado y transporte de mercancías peligrosas, deben efectuarse de conformidad con las exigencias de la norma técnica colombiana correspondiente, como lo señala el artículo 1 del Decreto 1609 de 2002 *«el presente decreto tiene por objeto establecer los requisitos técnicos y de seguridad para el manejo y transporte de mercancías peligrosas por carretera en vehículos automotores en todo el territorio nacional, con el fin de minimizar los riesgos, garantizar la seguridad y proteger la vida y el medio ambiente, de acuerdo con las definiciones y clasificaciones establecidas en la Norma Técnica Colombiana NTC 1692 “Transporte de mercancías peligrosas. Clasificación, etiquetado y rotulado”, segunda actualización-anexo n.º 1»*.

¹¹⁷ El Decreto 1843 de 1991, relativo al uso y manejo de plaguicidas, remite en varias oportunidades a normas técnicas en materia de rotulación y etiquetado de sustancias peligrosas. Así, el artículo 57, sobre indicaciones generales para el almacenamiento de productos en bodega, exige, entre otras cosas, que los empaques y los envases cumplan *«con los requisitos de la norma técnica oficializada sobre “rotulado y transporte de sustancias peligrosas”»*. De igual forma el artículo 148, relativo a los requisitos que debe cumplir todo rótulo o etiqueta de envases y empaques que contengan plaguicidas o ingredientes activos utilizados en el país, tras fijar un listado con estos requerimientos (leyendas escritas en castellano; con representaciones gráficas, pictogramas, o diseños necesarios visibles y fácilmente legibles; en material de calidad especial) finaliza, a manera de cláusula general, con la exigencia de atender *«las demás que establezcan las normas ICONTEC oficializadas por el Ministerio de Salud»*. En SANTAELLA QUINTERO (2008, p. 80).

¹¹⁸ El artículo 5 del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios; relativo a la remisión de las normas señala que *«las Instrucciones técnicas pueden establecer la aplicación obligatoria, voluntaria, o como simple referencia a normas UNE u otras reconocidas internacionalmente, de manera total o parcial, a fin de facilitar su adaptación al estado de la técnica en cada momento»*. Asimismo, el artículo 9 sobre términos y definiciones señala que *«a efectos de la aplicación del RITE, los términos que figuran en él deben utilizarse conforme al significado y a las condiciones que se establecen para cada uno de ellos en el apéndice 1. Para los términos*

4. *Regulación en la propia norma de estándares técnicos.* En este caso, la norma regula directamente los estándares técnicos, correspondientes en la mayoría de los casos a los llamados *valores límites de emisión*¹¹⁹ y exposición a agentes físicos o químicos peligrosos; los cuales actualmente constituyen la base del moderno Derecho Ambiental¹²⁰. El valor normativo se asigna a los valores límites generalmente mediante su reconocimiento o inclusión en los anexos reglamentarios, e implica un juicio sobre la licitud de la actividad emisora, la cual debe respetar los estándares si quiere permanecer dentro de la legalidad¹²¹. Ejemplos de lo anterior se pueden encontrar en la norma colombiana de vertimientos¹²² y en el régimen español de protección del aire y de la atmósfera¹²³, por mencionar algunos.

Todo lo anterior permite evidenciar la dependencia científico-técnica del Derecho Ambiental, que pese a no estar exenta de

no incluidos habrán de considerarse las definiciones específicas recogidas en las normas elaboradas por los Comités Técnicos de Normalización de la AENOR.

¹¹⁹ Los *valores límites de emisión* son definidos en la DEI como «*la masa expresada en relación con determinados parámetros específicos, la concentración o el nivel de una emisión, cuyo valor no debe superarse dentro de uno o varios períodos determinados*» (art. 3.5). Sobre los Valores Límites de Emisión consultar BETANCOR RODRÍGUEZ (2012); EMBID TELLO (2012a); FORTES MARTÍN (2007).

¹²⁰ EMBID TELLO (2012a). Según el autor, desde una perspectiva crítica, la técnica de los valores límites de emisión es de una técnica imperfecta de protección ambiental y sanitaria por la «*interferencia de intereses privados en la evaluación del riesgo y a su posterior ponderación con criterios políticos, económicos y sociales a su llegada al Ordenamiento Jurídico como normas vinculantes, pero también su inherente arbitrariedad y, por tanto acientificidad*».

¹²¹ EMBID TELLO (2013).

¹²² La Resolución 631 de 2015 reglamenta el artículo 28 del Decreto 3930 de 2010, actualiza el decreto 1594 de 1984 vigente desde hace 30 años en materia de vertimientos. Dicha norma establece los parámetros y valores límites máximos permisibles que deban cumplir quienes realicen vertimientos puntuales a los cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público.

¹²³ La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, señala en el artículo 12 que «*el Gobierno, con la participación de las comunidades autónomas, podrá establecer mediante real decreto valores límite de emisión para los contaminantes, en particular para los enumerados en el anexo I y para las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera enumeradas en el anexo IV de esta ley*». Valores límites que se encuentran establecidos en el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire.

críticas por parte de la doctrina, ha demostrado su importancia al momento de mantener en permanente actualización el régimen jurídico de protección del medio ambiente. Además, la fundamentación de la actividad jurídica con base en los datos que resultan del análisis de la realidad material se configura como condición imprescindible para que el régimen jurídico que se establezca sea verdaderamente efectivo¹²⁴. Es esta segunda perspectiva la que tiene relación directa con el Principio de No Regresión. La ciencia y la técnica proporcionan los criterios necesarios para la determinación del nivel de protección ambiental alcanzado; los cuales permiten además la constatación de regresiones y disminuciones inaceptables de dicho nivel. Así, las normas y los criterios técnicos y científicos representan una frontera entre lo admisible y lo inadmisibles¹²⁵.

De esta manera, la referencia a conceptos jurídicos indeterminados como los ya estudiados, o la remisión a normas técnicas por parte del Derecho Ambiental, son un elemento fundamental a la hora de analizar el Principio de No Regresión. A lo anterior ya se ha hecho referencia por parte de la doctrina, pues se ha reconocido que los umbrales de no regresión están en continuo cambio debido a las reformas sucesivas del Derecho Ambiental que integran las nuevas exigencias tecnológicas más protectoras del medio ambiente¹²⁶. Así, la no regresión se situará entre la máxima descontaminación posible (que evolucionará con el tiempo gracias a los avances científicos y tecnológicos) y el nivel mínimo de protección del medio ambiente, que también evoluciona, por su parte, de forma constante¹²⁷.

De acuerdo con esto, el examen de regresividad que analice la modificación de dichos criterios, estándares, umbrales indicadores o requisitos ambientales deberá partir por el análisis de un criterio científico o técnico que justifique la modificación operada sobre dichos estándares ambientales. La ausencia o insuficiencia de dicha justificación y fundamentación científica podría considerarse como una violación del Principio de No Regresión¹²⁸.

¹²⁴ SALINAS (2014, p. 23).

¹²⁵ NAIM-GESBERT (1999, p. 519).

¹²⁶ PRIEUR (2010, p. 115). Sobre esto también llaman la atención BERROS (2011); ESAÍN (2013).

¹²⁷ PRIEUR (2010, p. 93).

¹²⁸ PEÑA CHACÓN (2013b).

En relación con lo anterior, PEÑA CHACÓN ha hecho referencia al «principio de objetivación de la tutela ambiental», también llamado «principio de vinculación a la ciencia y a la técnica», el cual 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 disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectad el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible»¹²⁹. De acuerdo con lo anterior, las medidas que puedan tener incidencia sobre el medio ambiente, como las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado deberán estar respaldadas por fundamentos técnicos y científicos, con lo que quedará limitada y condicionada la discrecionalidad de la Administración en su actuación.

Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el régimen de Espacios Naturales Protegidos en España, sobre el cual volveré con detalle más adelante. En lo que ahora interesa, el artículo 51 de la LPNB, señala que «sólo podrá alterarse la delimitación de espacios naturales protegidos reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada». En este supuesto de hecho, una medida regresiva del nivel de protección alcanzado en materia de espacios naturales, para que sea jurídicamente admisible, deberá ser *científicamente demostrada*. Es decir, los criterios de la ciencia servirán para demostrar que la evolución natural ha provocado ciertos cambios en el espacio natural protegido que hacen injustificada la protección; en otras palabras, los criterios de la ciencia servirán para la justificación y consecuente admisibilidad de una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado.

IV. Conclusiones

El análisis práctico de las medidas regresivas es una cuestión trascendental para la aplicación del Principio de No Regresión, pues

¹²⁹ PEÑA CHACÓN (2013d).

se desarrolla en un ámbito caracterizado por el hecho de que es el caso concreto el que determinará en gran medida el marco de actuación. No obstante, es posible y necesario concretar una serie de pautas con el fin de guiar dicho análisis.

La prohibición de regresividad, originaria de los Derechos Sociales, permite su estudio dentro de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad, en razón al fundamento constitucional que tienen dichos derechos. Es decir, las medidas regresivas de los Derechos Sociales pueden ser juzgadas en sede de control constitucional, pues dichos derechos tienen el fundamento constitucional que así lo permite.

Es necesario entonces, hacer dos observaciones al respecto. En primer lugar, los juicios de razonabilidad y proporcionalidad tienen como finalidad principal el análisis de medidas que —pudiendo ser medidas regresivas— atenten contra el contenido constitucional de ciertos derechos. Es decir, un presupuesto fundamental para la puesta en marcha de estos dos juicios, es que el derecho que se considere vulnerado tenga fundamento constitucional; pues se trata de una comparación entre una medida y la Constitución. Entonces, la posibilidad de analizar, en los juicios de razonabilidad y proporcionalidad, las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado dependerá del fundamento constitucional que tenga el Derecho al Ambiente en determinado ordenamiento jurídico. Y este no siempre es el caso, como se analizó en el ordenamiento jurídico español. Esta es la primera razón por la cual considero que los juicios de razonabilidad y proporcionalidad no resultan suficientes para el análisis de las medidas regresivas en materia ambiental. Pero además, hay una razón adicional: en materia ambiental, la comparación de las medidas regresivas no siempre será con la Constitución, por lo que el análisis de regresividad desborda las posibilidades de estos juicios analizados. Lo anterior se evidencia porque el análisis de las medidas regresivas exige su comparación en relación con la norma que contenga el nivel de protección ambiental alcanzado, que como se ha dicho, dependerá de cada sector específico del Derecho Ambiental y no estará determinado en la Constitución, sino en normas de inferior jerarquía. Así, los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad resultan insuficientes a la hora de analizar las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado.

En segundo lugar, es indudable que dichos juicios proporcionan los elementos materiales para poder realizar efectivamente el análisis de regresividad. Se trata de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con base en estos tres subprincipios, la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado un test de regresividad en materia de Derechos Sociales, cuya extensión al Derecho Ambiental es viable, *mutatis mutandi*, y dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se haga el análisis. No obstante, se evidencia la necesidad de contar con un análisis de regresividad específico, que permita identificar las medidas regresivas en materia ambiental, independientemente de si existe fundamento para desplegar los controles constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad. Entonces, por las particularidades del ordenamiento ambiental, resultará más conveniente definir unos criterios autónomos que permitan analizar la supuesta regresividad, independientemente del fundamento normativo y del sector del Derecho Ambiental en cuestión.

Ahora, teniendo en cuenta que una medida será regresiva, y por lo tanto jurídicamente inadmisibles, cuando reduzca o afecte significativamente el nivel de protección ambiental alcanzado sin la debida justificación; el análisis comparativo de las medidas regresivas deberá hacerse, necesariamente, desde 3 perspectivas. La primera de ellas consiste en el *análisis de la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado*. Debe hacerse un análisis formal de dicha norma, en relación con su naturaleza jurídica; y un análisis material de la misma, que permita identificar claramente cuál es el nivel de protección ambiental alcanzado para el caso específico y si la norma base contiene un verdadero progreso o avance cualitativo para el ordenamiento en el que actúa. Sólo si se demuestra que la norma base de comparación contiene un progreso para el Derecho Ambiental (regulación *ex novo* de un recurso, sector, actividad..., etc.), podrá continuarse con el análisis de regresividad.

La segunda perspectiva consiste en el *análisis de la medida que reduce el nivel de protección ambiental alcanzado*; el cual también requerirá un examen formal de la norma, es decir, en relación con su aptitud jurídica para modificar el nivel de protección ambiental alcanzado, desde el punto de vista legal y competencial. A continuación, se deberá proceder con el examen material de la medida re-

gresiva, consistente en la comparación entre el nivel de protección ambiental alcanzado y la modificación contenida en la medida regresiva, de acuerdo con las particularidades del caso concreto, y con apoyo de los criterios de la ciencia y la técnica, con lo que se determinará la afectación que sufre el nivel de protección ambiental alcanzado en el caso específico y su alcance. Aquí los criterios de la ciencia y la técnica juegan un papel fundamental para la determinación de los elementos materiales dentro del juicio o test de regresividad en materia ambiental, pues como expuse en su momento, los avances y progresos científicos y tecnológicos servirán de apoyo imprescindible para la toma de decisiones en materia ambiental.

Una vez surtidos los dos primeros pasos del análisis, y verificada la existencia de los requisitos señalados, deberá realizarse la aproximación a la tercera perspectiva, consistente en el *análisis de la justificación de la medida regresiva*. Aquí juegan un rol fundamental los subprincipios analizados en la primera parte, pues deberá desvirtuarse la presunción de invalidez que pesa sobre las medidas regresivas. Para lo anterior, además de excluir la existencia de una norma jurídica que admita la regresión analizada, será necesario demostrar que la medida regresiva tiene una *finalidad* constitucionalmente legítima; es *necesaria*; y finalmente, que es *proporcional en sentido estricto*.

Al finalizar este capítulo es posible afirmar que existen ciertos criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia que permiten sistematizar en cierta medida el análisis de las medidas regresivas en materia ambiental. No obstante, estos criterios no son una camisa de fuerza para el operador jurídico, sino que actúan como unas guías o pautas generales, pues en cada caso concreto deberá atender a las circunstancias específicas para realizar el respectivo análisis.



Capítulo 6

Regulación Ambiental y Principio de No Regresión

I. Consideraciones Previas

La problemática relativa a la ordenación del territorio y los usos del suelo en sus diferentes modalidades es tal vez la que más elementos ha aportado a la discusión sobre el Principio de No Regresión en materia ambiental. La sostenibilidad del desarrollo urbano, y consecuentemente la utilización racional del suelo como recurso natural, con fundamento constitucional (tanto en España como en Colombia)¹, imponen la reconsideración de los criterios de ordenación del territorio, a través de la alteración de la clasifi-

¹ En España, el artículo 2 TRLS08: «Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible 1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes. 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente». En Colombia, el artículo 3 Ley 388 de 1997: «Función pública del urbanismo. El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: 1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios. 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimo-

cación del suelo². De esta manera, las cuestiones ambientales han permeado el régimen urbanístico, una expresión más de su carácter transversal, con el fin de integrar las decisiones de ordenación del territorio que puedan incidir negativamente sobre el medio ambiente.

Por lo anterior, en la primera parte de este capítulo, centraré mi estudio en dos figuras de ordenación del territorio en las que se han podido identificar evidentes manifestaciones del Principio de No Regresión: de un lado, los Espacios Naturales Protegidos (II) y de otro el urbanismo y las zonas verdes (III). Analizaré, en primer lugar, su marco normativo general; y en segundo lugar los elementos de garantía y protección derivados de ese marco normativo, con el fin de identificar las herramientas que permitirían la aplicación del Principio de No Regresión. Finalmente, analizaré los aspectos más importantes de la práctica jurisprudencial, con la finalidad de notar los principales conflictos en la materia y el papel que ha jugado o que podría jugar el Principio de No Regresión en su resolución.

Posteriormente, analizaré una manifestación de dicho principio en el Derecho de Aguas europeo, que si bien no es mencionado expresamente, si puede identificarse como fundamento implícito de la normatividad europea de aguas: es el caso del Principio de No Deterioro contemplado en la Directiva Marco de Aguas (DMA) (IV). Finalmente, se estudiará el marco normativo de las Evaluaciones Ambientales y la incidencia que el Principio de No Regresión podría tener en la regulación de estos instrumentos (V).

II. Los Espacios Naturales Protegidos y El Principio de No Regresión

En este punto me ocuparé del régimen jurídico de los Espacios Naturales Protegidos (en España) y de las Áreas Protegidas (en

nio cultural y natural. 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales».

² Sobre las relaciones entre ordenación del territorio, usos del suelo y medio ambiente, cfr. AGUDO GONZÁLEZ (2004); MENÉNDEZ REXACH (2003); PAREJO ALFONSO (1996); RINCÓN CÓRDOBA (2012), entre otros.

Colombia), con la finalidad específica de identificar las medidas de protección que permitirían la aplicación del Principio de No Regresión³.

En desarrollo de la función administrativa de protección y conservación de la naturaleza, derivada del deber jurídico de protección ambiental⁴, la Constitución confía la misión del cumplimiento de este deber de protección de los recursos naturales a diversos responsables⁵, a quienes impone el ejercicio de la función pública cuyo desarrollo exige determinadas conductas administrativas, en unos casos de naturaleza positiva (proteger y conservar), y en otros, como se verá, de naturaleza negativa (no disminuir la protección). A continuación, analizaré tanto en el caso español como en el colombiano, los elementos de garantía y protección señalados en la normatividad correspondiente, en desarrollo de ese deber de conservación y protección de la naturaleza, al que ya me referí en el capítulo anterior⁶.

³ Estos conceptos, si bien son propios de cada ordenamiento jurídico, han tenido su desarrollo en el Derecho Ambiental Internacional. Por ejemplo, la UICN acordó una definición de ENP en el IV Congreso de Parques Nacionales y Áreas Protegidas de la UICN (Caracas, 1992) en los siguientes términos: «una zona de tierra y/o mar especialmente dedicada a la protección y mantenimiento de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados y gestionada legalmente o por otros medios eficaces». Por su parte, el CDB (Río de Janeiro, 1992) las define como: «un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación».

⁴ Artículo 45.2 CE: «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»; y artículo 79 CP: «Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica ...».

⁵ El Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, en España; y al Ministerio de Ambiente y a las Corporaciones Autónomas Regionales, en Colombia.

⁶ El análisis de la desprotección del medio ambiente frente a actuaciones administrativas no se ha limitado exclusivamente al tema de los Espacios Naturales Protegidos y las zonas verdes, que expondré en este capítulo. Es posible también encontrar ejemplos de este análisis en relación con las especies amenazadas, o en relación con la protección de las costas, asuntos sobre los cuales vale la pena hacer unas breves referencias. Si bien no se hace mención expresa del Principio de No Regresión en materia ambiental, la STS de 9 de julio de 2012 (RC 1213/2010), es un ejemplo interesante. En este caso, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y por el Gobierno de Canarias, contra el auto de 3 de marzo de 2009 y su confirmación en súplica

de 15 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por el cual se suspendía la medida de exclusión de la *Cymodocea Nodosa* del catálogo de especies protegidas de Canarias. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la descatalogación de esta especie en peligro que forma praderas marinas también llamadas «sebadales», obedece «más que a razones exclusivamente medioambientales que ahora aconsejaran desproteger lo que antes estaba protegido, a la necesidad de suprimir los obstáculos ambientales que impedían iniciar las obras de construcción de un nuevo puerto en el litoral de Granadilla de Abona (Tenerife)», hecho avalado porque fue precisamente la Autoridad Portuaria ahora recurrente quien solicitó dicha descatalogación. El debate jurídico planteado por la recurrente en casación versa sobre si la medida cautelar de suspensión de dicha descatalogación por el TSJ de Canarias cumple con las normas previstas en los artículos 130 y 133 de la LJCA. Dicho artículo 130 prevé el riesgo derivado de la duración del proceso, el «*periculum in mora*», como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar. Riesgo que existe en este caso, pues la construcción del puerto de Granadilla de Abona acabaría totalmente con las praderas marinas de esta especie en este paraje. Si bien no supondría la extinción de la especie, el TS clarifica que la protección de una especie es la protección de sus individuos concretos, no de su existencia abstracta. Al respecto, el TS certifica que en este caso hay dos intereses en conflicto: de un lado el de la realización de una obra pública (un puerto de interés general), la cual entraña también un interés medioambiental sobre la mejora de la política energética, pues el proyecto incluye una planta regasificadora para la reducción de la producción de las centrales térmicas de Tenerife, y por lo tanto conllevaría una reducción de las emisiones de CO₂. Por otro lado, está la protección medioambiental de la *Cymodocea Nodosa*, que ejerce una función ecológica relevante también en materia de consumo de CO₂. El TS acredita que el interés medioambiental ha de ser prevalente, porque de no suspenderse el acto de exclusión del catálogo, el resultado sería irremediable: la destrucción del sebadal debido a la construcción del puerto. Cita a continuación jurisprudencia consolidada que afirma esta prevalencia del interés medioambiental en casos de irreversibilidad (SSTS de 23 de julio de 2009, de 29 de enero de 2010 y de 21 de octubre de 2010). Finalmente, el TS confirma y mantiene la suspensión de la descatalogación de la *Cymodocea Nodosa* del catálogo canario de especies amenazadas. Cfr. EMBID TELLO (2012b). Como se puede observar, en este caso la medida de exclusión de una especie como amenazada, objeto de un elevado nivel de protección, se configura como una medida regresiva, pues al descatalogar la especie se produce una disminución de dicho nivel de protección, con fundamento en intereses económicos. En este caso, el análisis de la medida regresiva se hace en relación con la prevalencia del interés de protección medioambiental sobre otro tipo de intereses, y puede afirmarse que la decisión del TS tiene fundamento en la noción de no retroceder ni disminuir injustificadamente la protección ambiental, lo que hoy se conoce como Principio de No Regresión. También es posible encontrar una relación de estos planteamientos en el régimen de protección de las costas, como se refleja en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español de 5 de noviembre de 2015 por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la

1. España

En el ordenamiento español se entiende por Espacios Naturales Protegidos *«aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales: a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo; y b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados. Los espacios naturales protegidos podrán abarcar en su perímetro ámbitos terrestres exclusivamente, simultáneamente terrestres y marinos, o exclusivamente marinos»*⁷.

Este concepto expuesto recoge los tres elementos que de acuerdo con la doctrina caracterizan los ENP⁸. En primer lugar, un *elemento físico o material*, conformado por la reunión de una serie de circunstancias relativas a las condiciones naturales del territorio en cuestión, que cumplan los requisitos señalados en la norma citada. Debe contener *«sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo»*. Este elemento constituye el presupuesto básico de la existencia de un ENP, pues sin su concurrencia no habría motivación para declararlo como tal. La presencia efectiva e indudable de unos recursos naturales merecedores de protección se constituye en

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. En dicha sentencia, los recurrentes invocan el desconocimiento del Principio de No Regresión por parte de distintos preceptos de la Ley 2/2013 como fundamento del recurso de inconstitucionalidad. Si bien el recurso fue desestimado prácticamente en su totalidad, la sentencia trae unos planteamientos interesantes sobre el fundamento jurídico del Principio de No Regresión y su relación con el régimen jurídico de protección de las costas. Se destaca el aporte que hace al señalar que la normatividad *«no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente»*. STC 233/2015, de 5 de noviembre de 2015.

⁷ Artículo 27 LPNB.

⁸ Al respecto cfr. LÓPEZ RAMÓN (1980); JIMÉNEZ JAÉN (2000, p. 122); BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 907).

un elemento imprescindible para la motivación de la decisión de la Administración que declare la protección.

En segundo lugar, un *elemento teleológico*, determinado por los fines de los ENP. Como explica JIMÉNEZ JAÉN, si la existencia de recursos naturales merecedores de alguna protección actúa a modo de «presupuesto de hecho», los fines de la declaración son los que justifican la adopción tanto de cada una de las categorías concretas existentes, como de las medidas específicas de limitación de usos y actividades (o de fomento y mantenimiento de otras), o de protección y conservación de especies⁹. De esta manera, la finalidad primordial de la declaración de un espacio protegido es la efectiva conservación de los recursos naturales existentes en el mismo, de conformidad con el deber jurídico de conservación de la naturaleza ya mencionado. Además, en segundo lugar, hay una finalidad de uso público, que hace referencia al disfrute por los ciudadanos de dichos espacios, uso público que en todo caso deberá ser siempre compatible con su efectiva conservación¹⁰. Por último, se habla de una finalidad de desarrollo socioeconómico de las comunidades asentadas en el territorio protegido, principalmente mediante usos tradicionales que resulten compatibles con la preservación de los recursos naturales protegidos¹¹.

Por último, en tercer lugar, un *elemento formal*, consistente en la declaración por la Administración de un Espacio Natural como protegido, que en ciertos casos exigirá la previa elaboración y aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona. De acuerdo con la normatividad vigente que se analizará a continuación, corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales protegidos en su ámbito territorial y en las

⁹ JIMÉNEZ JAÉN (2000, p. 127). El autor señala que cuando se habla de Espacios Naturales Protegidos se está ante «una figura que pretende, de forma primordial, la conservación, restauración y mejora de los recursos naturales de una zona. Ahora bien, ello con vistas a lograr el objetivo de mejorar la calidad de vida, por lo que, junto a la finalidad protectora antes enunciada, han de tenerse en cuenta otras como la de goce público y desarrollo socioeconómico: de ser factible, la conservación ha de hacerse de forma compatible con el disfrute por el hombre de la naturaleza y con el desarrollo social y económico de las colectividades que viven en el espacio declarado como protegido».

¹⁰ *Ibidem*, p. 134.

¹¹ *Ibidem*, p. 138.

aguas marinas cuando, para estas últimas, en cada caso exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente¹².

Una vez presentado de manera general el concepto de los ENP en el ordenamiento jurídico español, corresponde ahora analizar su marco normativo vigente.

A) Marco Normativo

La legislación estatal básica fundamental en materia de protección de la naturaleza está actualmente constituida por la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, LPNB); por la Ley de Protección del medio marino (Ley 41/2010, de 29 de diciembre, LPMM), y por la Ley de Parques Nacionales (Ley 30/2014, de 3 de diciembre).

La LPNB tiene por finalidad «establecer el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución». La segunda hace lo mismo en relación con el medio marino.

En España existen distintas clases de Espacios Naturales Protegidos, y por lo mismo, distintos niveles de protección. De un lado, la LPNB establece cinco categorías generales a nivel nacional de ENP en función de sus características y valores naturales y de las limitaciones que pueden imponerse a su aprovechamiento: Parques, Reservas Naturales, Áreas Marinas Protegidas, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos¹³. De otro lado, existen además figuras de espacios protegidos específicas establecidas en algunos casos por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia¹⁴; y final-

¹² Artículo 36, Ley 42/2007.

¹³ Artículos 29 a 34 LPNB.

¹⁴ Dado que la mayoría de las Comunidades Autónomas han desarrollado legislación propia sobre espacios protegidos, existen en la actualidad en España más de 40 denominaciones distintas para designar a los Espacios Naturales Protegidos. El Anexo I del *Anuario 2013 del estado de las áreas protegidas en España* contiene el Listado de las figuras de protección utilizadas en la legislación autonómica para la

mente se encuentran las previstas en los tratados internacionales de los que España hace parte, tales como los humedales de importancia internacional del Convenio de Ramsar, los sitios naturales de la Lista del Patrimonio Mundial de la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, o las Reservas de la biosfera, declaradas también por la UNESCO. En relación con el régimen de protección de estas áreas, la LPNB dispone que «será el establecido en los correspondientes convenios y acuerdos internacionales, sin perjuicio de la vigencia de regímenes de protección, ordenación y gestión específicos cuyo ámbito territorial coincida total o parcialmente con dichas áreas, siempre que se adecuen a lo previsto en dichos instrumentos internacionales»¹⁵.

Adicionalmente, como una categoría de ENP pueden considerarse también las zonas que integran la *Red Ecológica Europea Natura 2000*, que es un red ecológica europea de zonas especiales de conservación, creada por la Directiva 92/43/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y la fauna silvestres («*Directiva Hábitat*»)¹⁶.

En relación con el tema competencial, al Estado español le corresponde el dictado de la legislación básica, que incluye también determinados instrumentos de planeamiento, y a las Comunidades Autónomas en cuyo ámbito territorial se encuentran ubicados les corresponde su declaración y gestión¹⁷. La declaración consiste en

designación de espacios naturales protegidos. Disponible en la página web http://www.redeuroparc.org/img/Anuario-2013/Anexo-I_-figuras-de-proteccion.pdf (consultado el 15 de marzo de 2015).

¹⁵ Artículo 49.3 LPNB.

¹⁶ De acuerdo con esta Directiva, la Red está compuesta por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales que figuran en el Anexo I y de hábitats de especies que figuran en el Anexo II, deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural. La red Natura 2000 incluirá asimismo las zonas de especial protección de las aves (ZEPA) con arreglo a las disposiciones de la Directiva 79/409/CEE («*Directiva Aves*»). Estas figuras se encuentran reguladas en los artículos 41 y siguientes de la LPNB.

¹⁷ Excepto en el caso de los Parques Nacionales, regulados por la Ley 30/2014 de 3 de diciembre, de Parques Nacionales. Su singularidad radica en que se considera que concurre un interés general del Estado en su conservación, y para ello deben cumplirse una serie de condiciones que precisa la Ley (art. 6), relativas a la

un acto —legal, reglamentario o administrativo— (salvo en el caso de Parques Nacionales, que será una ley estatal), que debe ser realizado por la respectiva Comunidad Autónoma y que tiene como efectos jurídicos la delimitación de un espacio sobre el cual se derivaran determinadas consecuencias. En relación con lo anterior, la LPNB trae dos disposiciones importantes. En primer lugar, el artículo 35, que señala los requisitos para la declaración de los Parques y las Reservas Naturales, exigiendo *la previa elaboración y aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales* de la zona. No obstante, excepcionalmente, podrán declararse Parques y Reservas sin la previa aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, cuando existan razones que los justifiquen y que se harán constar expresamente en la norma que los declare. En este caso deberá tramitarse en el plazo de un año, a partir de la declaración de Parque o Reserva, el correspondiente Plan de Ordenación.

En segundo lugar, el artículo 36, relativo a la declaración y gestión de los ENP, señala que corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales protegidos en su ámbito territorial y en las aguas marinas cuando, para estas últimas, en cada caso exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente.

Asimismo, en relación con la declaración de las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves, el artículo 44 de la LPNB señala que las Comunidades Autónomas, previo procedimiento de información pública, declararán las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves en su ámbito territorial, siendo necesaria la publicación de dichas declaraciones en los respectivos Diarios Ofi-

importancia del ecosistema, su extensión mínima, la continuidad territorial de su superficie, y la ausencia de explotaciones o de terrenos urbanizados o susceptibles de serlo. Este interés general del Estado justifica que la declaración de estos parques se haga por Ley estatal y que se establezcan también, por medio de leyes y directrices estatales, las normas básicas de protección de los mismos. La gestión de los Parques, por su parte, se encomienda en cambio a las Comunidades Autónomas. Al respecto, ver LOZANO CUTANDA y ALLI TURRILLAS (2013, p. 322).

ciales. Además, se deberá dar cuenta al Ministerio de Medio Ambiente a efectos de su comunicación a la Comisión Europea.

Por su parte, la declaración de los Parques Nacionales deberá estar basada en la apreciación del interés general del Estado en su conservación y en su aportación a la Red, y deberá ser efectuado por ley de las Cortes Generales. La declaración implicará la inclusión del parque en la Red de Parques Nacionales de España, y la iniciativa para la declaración de un Parque Nacional corresponde a la Comunidad o Comunidades Autónomas en las que se encuentre comprendido dicho espacio o al Gobierno de la Nación. Sin perjuicio de la aprobación, en su caso, del correspondiente PORN por la Comunidad o Comunidades Autónomas respectivas, la iniciativa se formalizará mediante la aprobación inicial de una propuesta conjunta por el Consejo de Ministros y por el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se encuentre situado el futuro Parque Nacional¹⁸.

Una vez declarado el Espacio Natural Protegido como tal, después de la verificación del cumplimiento de los requisitos y las finalidades señaladas para cada caso en la normatividad correspondiente, se derivarán ciertas consecuencias de dicha declaración; consecuencias que en la mayoría de los casos actúan como elementos de garantía y protección de estos espacios, con el fin de cumplir los objetivos propuestos por la normatividad, elementos que se analizarán a continuación.

B) *Elementos de garantía y protección*

Existen diversas consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de un ENP de acuerdo con la normatividad vigente¹⁹. Estas consecuencias están encaminadas a la protección y conservación de las calidades naturales de estos espacios, y el mantenimiento de las condiciones que justifican dicha protección.

Limitaciones al Derecho de Propiedad y a los usos y actividades económicas. La primera de estas consecuencias es que de manera general, todo o parte del territorio del Espacio Protegido puede con-

¹⁸ Artículo 8, Ley de Parques Nacionales.

¹⁹ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, pp. 907 y ss.).

vertirse en bienes del Estado o de las Comunidades Autónomas. Su declaración como ENP le otorga el carácter de «utilidad pública» o interés social, a todos los efectos y en particular a los expropiatorios, respecto de los bienes o derechos que pudieran resultar afectados con la declaración²⁰. En este sentido, los usos que puedan realizarse sobre ese espacio estarán sujetos a las disposiciones de la Ley y a las de las «normas reguladoras de los espacios naturales protegidos» que «determinarán los instrumentos jurídicos, financieros y materiales que se consideren precisos para cumplir eficazmente los fines perseguidos con su declaración»²¹. En líneas generales, quedarán prohibidos o limitados en alto grado los usos urbanísticos y de aprovechamiento del suelo que puedan perjudicar la conservación de los valores que justificaron la declaración. Además, existe la posibilidad de la autorización de algunos usos que, bajo ciertas garantías, pueden ser compatibles. La Ley enumera, de manera excepcional, algunos usos prohibidos, pero serán las normas de declaración y gestión del espacio las que concretarán tales usos, así como los permitidos bajo ciertas garantía, como la licencia previa. El instrumento para desplegar esta función son los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales²².

En este sentido, la Ley de Parques Nacionales, señaló de manera expresa los efectos jurídicos ligados a la declaración de un Parque Nacional²³. En primer lugar, la utilidad pública o interés social de las actuaciones que, para la consecución de los objetivos de los parques nacionales, deban acometer las administraciones públicas. En segundo lugar, la facultad de la administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto respecto de los actos o negocios jurídicos que comporten la creación, transmisión o modificación del dominio o de cualesquiera otros derechos reales que recaigan sobre fincas rústicas situadas en el interior del parque nacional.

²⁰ Artículo 44 de la LPNB.

²¹ Artículo 28.1 de la LPNB. Sobre los conflictos entre el régimen de actividades contenidos en estos instrumentos y el derecho de propiedad, cfr. LÓPEZ RAMÓN (1995, pp. 33 y ss.).

²² Los PORN son definidos en el artículo 16 de la LPNB como «el instrumento específico para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial, con independencia de otros instrumentos que pueda establecer la legislación autonómica».

²³ Artículo 7, Ley de Parques Nacionales.

Ahora, en relación con los usos compatibles, la Ley señala que las actividades presentes y consolidadas en el territorio de los Parques Nacionales en el momento de su declaración deberán ser objeto de estudio a fin de determinar las que resulten incompatibles con la gestión y conservación del espacio. Además, señala que el suelo objeto de la declaración de Parque Nacional no podrá ser susceptible de urbanización ni edificación, sin perjuicio de lo que determine el Plan Rector de Uso y Gestión en cuanto a las instalaciones precisas para garantizar su gestión y contribuir al mejor cumplimiento de los objetivos del parque nacional.

Limitaciones a las posibilidades de disminuir o modificar el nivel de protección. Si bien esta es una consecuencia que no se encuentra expresamente señalada como tal en la normativa, es claro que si la finalidad de estas normas e instrumentos es el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos, la conservación de la biodiversidad y de la geodiversidad y la utilización ordenada de los recursos para garantizar el aprovechamiento sostenible del patrimonio natural y, en particular, de las especies y de los ecosistemas, así como su restauración y mejora, entre otros; cualquier disminución o alteración de los niveles de protección debe ser cuidadosamente restringida y motivada. Es lo que se conoce como desclasificación de ENP, que puede ser definida como «*el cese de los efectos de una declaración de espacio natural protegido, comprendiendo tanto el cese referido a la totalidad del correspondiente espacio como el que se limita a una parte del mismo; operación que en todo caso se distingue de la reclasificación, consistente en proporcionar un diferente y más adecuado régimen protector al mismo espacio, normalmente debido a cambios en la legislación aplicable de las categorías o clases de espacios naturales protegidos*»²⁴.

Comenzando el análisis por la legislación básica estatal, es claro que se ha previsto un estricto régimen de desclasificaciones de todo tipo de Espacios Naturales Protegidos, incluidas las zonas de la Red Natural 2000. El TRLS08, en su artículo 8 relativo al contenido del

²⁴ LÓPEZ RAMÓN (2011, p. 14). El autor realiza un análisis de los antecedentes de las desclasificaciones en la tradición conservacionista española, concluyendo la fácil admisión de las desclasificaciones de Espacios Naturales Protegidos en la inicial legislación conservacionista española.

derecho de propiedad del suelo y las facultades establece que sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natural 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismo, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. Establece una serie de requisitos, pues dicha alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.

Como explican PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ²⁵, esta regla especial sujeta a tres requisitos toda alteración de la delimitación de estos espacios, que suponga bien la reducción de su superficie total, bien la exclusión de cualquier terreno de los mismos. En primer lugar, la provocación en el espacio de que se trate, por su evolución natural, de cambios de entidad suficiente para justificar la alteración. Para que se cumpla este requisito es necesario que los cambios traigan causa de la evolución natural, por lo que o pueden ser tenidos en cuenta al efecto los inducidos por acciones del hombre. Normalmente será bastante difícil que los cambios no guarden relación, así sea indirecta, con la actividad humana. Debe entenderse entonces que la exclusión de ésta se limita a la que desconozca o infrinja la protección del correspondiente espacio, produciendo lesión de sus valores, y con ello la evolución «no natural» en el espacio de que se trate.

En segundo lugar, se exige la demostración científica de la evolución natural que ha determinado los cambios capaces de justificar la alteración. Este requisito no debe interpretarse de manera literal, en el sentido de un requerimiento absoluto de demostración que el estado de la ciencia y la técnica, en cada momento, no permita satisfacer. Ha de estarse más bien al estado de la ciencia, y la demostración debe tenerse por hecha cuando desde las ciencias adecuadas al caso y con la utilización de las mejores tecnologías disponibles se llegue a una opinión autorizada (conforme a las pautas de la comunidad científica de que se trate), y debe tenerse por suficientemente fundada a la luz del estado del conocimiento en la

²⁵ PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2014, pp. 169 y ss.).

materia. Esta opinión en todo caso, debe ser capaz de sustentar un juicio de justificación de la alteración que pretenda llevarse a cabo²⁶.

Finalmente, el procedimiento que tenga por objeto la decisión sobre la procedencia o no de la alteración del espacio correspondiente debe someterse a información pública, la cual, —en el caso de tratarse de un espacio de la Red Natura 2000— deberá se previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea, y, por tanto, a la aceptación por ésta de tal descatalogación²⁷. No se trata de un requisito puramente formal, ya que tiene

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ En la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de abril de 2014 se analiza la cuestión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia), que tiene por objeto la interpretación de los artículos 9 y 11 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, conocida como la *Directiva Hábitat*. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Cascina Tre Pini Ss (sociedad italiana), y el Ministero dell' Ambiente e della Titela del Territorio e del Mare y otras entidades administrativas, en relación con el procedimiento de revisión del estatuto de un LIC de un lugar que incluye un terreno propiedad de Cascina. Dicho terreno, próximo al aeropuerto de Milán-Malpensa fue incorporado al perímetro del parque natural del valle del Tesino establecido por una ley de la Regione Lombardia, y posteriormente fue incluido en la lista de LIC. Entretanto, el aeropuerto de Milán-Malpensa fue objeto de una ampliación, y teniendo en cuenta que el desarrollo progresivo del tráfico aéreo de dicho aeropuerto había devastado ecológicamente los terrenos que serían afectados con la ampliación, se solicitó una nueva delimitación o la desclasificación de ese mismo lugar de la lista de LIC al considerar «*que ya no se cumplan los requisitos fácticos y jurídicos establecidos por la normativa aplicable ni, en particular, los criterios de selección de los lugares que pueden identificarse como LIC a que se refiere el anexo III de esa Directiva. El interés de Cascina por obtener esta nueva delimitación o esa desclasificación resulta, supuestamente, del hecho de que la normativa vinculante que regula los LIC a la que se supedita cualquier actividad de transformación del suelo afectaba al derecho de propiedad de su terreno incluido en el lugar de Brughiera del Dosso. Cascina sostiene que esta limitación impide modificar el destino de los terrenos pese a que el plan de ordenación de la zona de Malpensa contempla tales modificaciones*». Ante la negativa de la Administración a pronunciarse sobre su solicitud, Cascina recurrió esas dos resoluciones, en primera instancia, ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal de lo contencioso-administrativo regional de Lombardía) impugnando la omisión de actuación del Ministerio y de la Regione Lombardia. Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2009, el tribunal desestimó íntegramente dicho recurso, y entre otros, interpretó la resolución de la Regione Lombardia no como una negativa a actuar, sino como la manifestación de la intención de mantener el lugar de Brughiera del Dosso en la lista de LIC pese a la contaminación, de modo que no podía prosperar la pretensión de que se declarase la omisión de actuación por parte de esa región. Dicha sentencia fue recurrida por Cascina en apelación ante el Consejo de Estado, quien suspende el procedimiento

por objeto propiciar un debate público que contribuya a la determinación del carácter justificado o no de la alteración que se pretende.

Esta misma previsión se ha incluido en las normas específicas de ENP. De un lado, la descatalogación total o parcial de un espacio incluido en Red Natura 2000 solo podrá proponerse «cuando así lo justifiquen los cambios provocados en el mismo por la evolución natural, científicamente demostrada, reflejados en los resultados del seguimiento», caso en el cual deberá incluirse un trámite de información pública, previo a la remisión de la propuesta a la Comisión Europea²⁸. De

y plantea al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de ciertos artículos de la *Directiva Hábitat*. Concretamente, y para el asunto que interesa, el TJUE explica que ninguna disposición de dicha Directiva prevé expresamente la desclasificación de un lugar que figura en la lista LIC. No obstante, «el artículo 9 de la Directiva 92/43 permite a la Comisión estudiar la desclasificación de una ZEC cuando así lo justifique la evolución natural registrada como resultado de la vigilancia de la que se encargan los Estados miembros de conformidad con el artículo 11 de esa Directiva. Pues bien, tal desclasificación implica necesariamente la desclasificación de un LIC puesto que, en virtud del artículo 4. 4, de dicha Directiva, los Estados miembros deberán designar como ZEC todos los LIC». De ello se infiere que a falta de disposiciones especiales, la desclasificación de un LIC debe realizarse con arreglo al mismo procedimiento que la inclusión del lugar en dicha lista. Igualmente, señala «que cuando los resultados de la vigilancia de la que se encargan dichos Estados con arreglo al artículo 11 de dicha Directiva llegan a la conclusión de que irremediamente ya no pueden respetarse esos criterios, dichos Estados, en virtud del artículo 4.1, de la misma Directiva, deben formular necesariamente una propuesta de adaptación de la lista de LIC para hacer que ésta sea nuevamente conforme con dichos criterios. Por tanto, cuando definitivamente un lugar que figure en la lista de LIC ya no sea capaz de contribuir a la consecución de los objetivos de la Directiva 92/43 y, por tanto, ya no esté justificado que dicho lugar siga sometido a las disposiciones de esa Directiva, el Estado miembro de que se trate estará obligado a proponer a la Comisión su desclasificación. En efecto, si ese Estado no propusiera esa desclasificación, podría seguir utilizando en vano recursos para la gestión del mismo lugar que resultarían inútiles para la conservación de los hábitats naturales y de las especies. Además, el mantenimiento en la red Natura 2000 de lugares que definitivamente ya no contribuyen a la consecución de dichos objetivos no sería conforme con los requisitos de calidad de esa red». En cuanto al deterioro medioambiental que debe sufrir el lugar afectado para que sea posible su descatalogación, este debe ser «irremediamente inadecuado para garantizar la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y la flora silvestres o la constitución de la red Natura 2000, de modo que definitivamente ese mismo lugar ya no pueda contribuir a la consecución de los objetivos de dicha Directiva». Sobre la desclasificación de lugares de interés comunitario y Red Natura, cfr. GARCÍA URETA (2014).

²⁸ Artículo 48 LPNB.

otro lado, en relación con los espacios protegidos, sólo podrá alterarse la delimitación de Espacios Naturales Protegidos reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. Se dispone además que toda alteración de la delimitación de áreas protegidas deberá someterse a información pública²⁹.

Por su parte, la Ley de Parques Nacionales sobre la pérdida de condición de Parque Nacional señala que se efectuará por ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno de la Nación, previa audiencia del órgano que determinen las comunidades autónomas afectadas, información pública durante un período de tres meses, así como informe favorable del Consejo de la Red de Parques Nacionales. La pérdida de la condición de Parque Nacional solo podrá fundamentarse en *«la pérdida de los requisitos exigidos o deterioro grave e irreversible de su buen estado de conservación siempre y cuando no se pueda restaurar de ninguna manera el ecosistema. 3. Tras la pérdida de condición de parque nacional, seguirán en vigor los instrumentos de planificación y gestión del espacio natural hasta que la administración competente proceda a su sustitución, modificación o adecuación a la nueva situación jurídica del espacio natural»*³⁰.

Pero como se ha visto, es la normatividad autonómica la encargada de regular de manera general la declaración y gestión de los ENP. Entonces la aplicación exclusiva del régimen básico de las desclasificaciones establecido por el Estado se impondrá tanto en los supuestos de Comunidades Autónomas que no han previsto tal régimen como en los casos de regulaciones autonómicas menos exigentes³¹.

Resulta ahora pertinente una breve alusión a las desclasificaciones en el régimen autonómico. Por ejemplo, la legislación de Canarias estableció por primera vez un régimen reforzado para la desclasificación de ENP al exigir no sólo el respeto al criterio del paralelismo de formas, es decir, la observancia de los mismos trámites y competencias seguidos para la declaración, sino también la

²⁹ Artículo 51 LPNB.

³⁰ Artículo 7, Ley de Parques Nacionales.

³¹ Cfr. LÓPEZ RAMÓN (2011, p. 20).

desaparición irreversible de los fundamentos de la protección. De esta manera, la descalificación de zonas que forman parte de un Espacio Natural Protegido sólo podrá hacerse por norma de rango equivalente o superior a la de su declaración, y de acuerdo con el procedimiento previsto para la declaración. Adicionalmente dispone la norma que cuando la descalificación sea competencia del Gobierno, sólo podrá realizarse si hubieran desaparecido las causas que motivaron la protección y éstas no fueran susceptibles de recuperación o restauración, y siempre que la concurrencia de tal circunstancia no tenga como origen la alteración intencionada de aquellas causas. Finalmente se prohíbe la descalificación de Espacios Naturales Protegidos que hubieren resultado devastados por incendios forestales³².

LÓPEZ RAMÓN destaca dos aspectos de esta regulación. En primer lugar, esta regla sólo se aceptó por el legislador canario en relación con los espacios declarados por el ejecutivo, sin incluir los que pudieran declararse mediante ley. Dicha restricción fue adoptada en aplicación de la doctrina general de que una ley siempre puede derogarse por una ley posterior³³. En segundo lugar, destaca que en la legislación conservacionista de Canarias, así como en la de Aragón, Extremadura, Galicia y otras Comunidades Autónomas, se incluyó también la prohibición absoluta de descalificar los ENP que hubieren resultado devastados por incendios forestales. El origen de la regla se encontraba en la legislación forestal, donde algunas Comunidades Autónomas fueron estableciendo prohibiciones de cambios de uso de las superficies incendiadas con la finalidad de evitar la generación de interés económicos vinculados al incendio por la creación de suelos agrícolas, de pastos o urbanizables³⁴.

³² Artículo 242 TRLOTENC.

³³ Así, el legislador se opone a la tesis formulada por el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 5/1990, de 17 de mayo), que había sostenido la doctrina de que el poder legislativo no podía «por simple voluntarismo» alterar o pervertir la protección de las zonas protegidas por su interés ecológico, puesto que «*está sometido también, como poder público que es, al principio de interdicción de la arbitrariedad*» de manera que «*sólo la pérdida de del interés que motivó la protección puede ser esgrimida como causa necesarias y suficiente de cualquier desafectación*». LÓPEZ RAMÓN (2011, p. 20).

³⁴ Ley de Navarra 13/1990, artículo 42.1; Ley de la Rioja 2/1995: artículo 45.5; Ley de Madrid 16/1995: artículo 48. Asimismo, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, señala en su artículo 50 que «1. Las comunidades autó-

Siguiendo planteamientos similares a la legislación canaria, la legislación de Aragón señala que la pérdida de la categoría de un Espacio Natural como Protegido sólo podrá hacerse por norma de rango equivalente o superior a la de su declaración originaria; y sólo podrá realizarse si hubieran desaparecido los fundamentos que motivaron la protección y no fueran susceptibles de recuperación o restauración. No obstante, en ningún caso procederá la descatalogación cuando la pérdida de los fundamentos que motivaron la protección se hubiera producido intencionadamente. Adicionalmente la norma establece que cuando la pérdida de categoría de Espacio Natural Protegido se produzca mediante Decreto, se requerirá el trámite de información pública e informe previo del Consejo de Protección de la Naturaleza de Aragón y del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón³⁵.

Se puede afirmar entonces que la limitación a las posibilidades de modificar o disminuir la protección de los Espacios Naturales Protegidos actúa como un elemento de garantía y salvaguarda de dichos espacios. En este caso, el Principio de No Regresión proporciona fundamentación implícita a una serie de normas preexistentes, anteriores a lo que hoy se conoce como prohibición de retroceso.

nomas deberán garantizar las condiciones para la restauración de los terrenos forestales incendiados, y queda prohibido: a) El cambio de uso forestal al menos durante 30 años. b) Toda actividad incompatible con la regeneración de la cubierta vegetal, durante el período que determine la legislación autonómica. Con carácter singular, las comunidades autónomas podrán acordar excepciones a estas prohibiciones siempre que, con anterioridad al incendio forestal, el cambio de uso estuviera previsto en: 1.º Un instrumento de planeamiento previamente aprobado. 2.º Un instrumento de planeamiento pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o, de no ser esta exigible, si ya hubiera sido sometido al trámite de información pública. 3.º Una directriz de política agroforestal que contemple el uso agrario o ganadero extensivo de montes no arbolados con especies autóctonas incultas o en estado de abandono (...).

³⁵ Artículo 22 Ley 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos de Aragón. En el mismo sentido: Ley de Galicia 9/2001, de conservación de la naturaleza, Disposición Adicional 7.^a En Extremadura se excluyeron las desclasificaciones durante 30 años cuando derivasen de «acciones contrarias a esta ley» (Ley de Extremadura 8/1998, de conservación de la naturaleza y de espacios naturales, art. 31.1). En Castilla-La Mancha únicamente es permitido anular los regímenes de protección «por razones de interés público relevante», previo informe del Consejo Asesor de Medio Ambiente y, en todo caso, mediante ley (Ley de Castilla-La Mancha 9/1999, art. 39).

De esta manera, así como para la declaración de un ENP concurren tres elementos, respetando el principio del paralelismo de formas, para la desclasificación o descalificación del mismo también deben concurrir estos tres elementos. En primer lugar, un *elemento material*, o supuesto fáctico. En este caso, consiste en la desaparición de las condiciones físicas, naturales, paisajísticas, etc., que justificaban la protección. Es decir, debe ser una evolución natural, por causas ajenas a la acción humana y demostrable científicamente, de acuerdo al estado de la ciencia. Además, debe demostrarse que no haya posibilidades de recuperación o restauración.

En segundo lugar, un *elemento teleológico*, o de manera más apropiada, la ausencia del mismo. Si desaparecen las calidades físicas y ambientales que determinan la protección, desaparece dicha finalidad. Deberá, en todo caso, demostrarse la supresión del elemento teleológico en conexión con el elemento material.

Finalmente un *elemento formal*, consistente, según el caso, en el procedimiento establecido en la normatividad correspondiente. Se deben cumplir los requisitos de forma, esto es, el tipo de norma que debe llevar a cabo la desclasificación; y los requisitos adicionales, como la información pública o los informes de las instancias correspondientes solicitados en cada caso.

Parece, en principio, que no haría falta acudir al Principio de No Regresión de forma expresa para restringir las regresiones del nivel de protección alcanzado en este ámbito, pues existe una norma vigente aplicable al caso, con la descripción clara y concreta de los requisitos necesarios para tal reducción. No obstante, es lógico que dicho principio si parece fundamentar implícitamente las normas que regulan las restricciones a estos espacios protegidos. A continuación analizaré en la práctica jurisprudencial, la intervención del Principio de No Regresión en la resolución de los conflictos suscitados en relación con lo expuesto.

C) *Práctica jurisprudencial*

Para analizar la jurisprudencia en materia de Espacios Naturales Protegidos y su relación con el Principio de No Regresión, es necesario identificar, en primer lugar, el conflicto jurídico al que se

pretende aplicar dicho principio. En segundo lugar, identificaré si existe alguna disposición normativa que permita directamente la resolución de este conflicto, y finalmente, en tercer lugar, analizaré qué papel juega (o jugaría) el Principio de No Regresión para la resolución del planteamiento jurídico.

Incumplimiento de la obligación de elaborar y presentar el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de manera previa a la declaración de un Espacio Natural Protegido. Esta obligación se encuentra contemplada en el artículo 35 de la LPNB, ya analizado. Teniendo en cuenta lo anterior, la regla general es la obligatoriedad de presentación y aprobación de dicho plan, y la excepción sería su ausencia, «*cuando existan razones que lo justifiquen*». La consecuencia derivada de la ausencia del Plan sería la nulidad de la declaración por incumplimiento de una obligación a cargo de la Administración. El conflicto surge debido a que al declarar la nulidad de la declaración, el espacio protegido en cuestión vuelve a su estado anterior, es decir, se configura una regresión o disminución del nivel de protección alcanzado.

Ahora, si bien existe una norma que regula estas obligaciones, como se señaló; no hay una disposición normativa específica que permita resolver el conflicto, pues no se dice nada respecto del camino a seguir una vez declarada la nulidad de la declaración de un espacio protegido.

Entonces, al no existir la norma específica que de solución al conflicto, es tarea de la jurisprudencia realizar una aproximación al tema. Existen dos interpretaciones al respecto³⁶. De un lado, el Tribunal Supremo ha reiterado la necesidad de que la declaración de reservas y parques naturales vaya precedida de la redacción y

³⁶ Hay que tener en cuenta que los supuestos fácticos y jurídicos que dan origen a estas interpretaciones son distintos. En el caso de las sentencias del TS se incumple la obligación de elaborar el PORN de manera previa a la declaración; mientras que en las sentencias del TC se desconoce el reparto competencial en la materia. De todas formas, en ambos casos, el incumplimiento del régimen vigente genera la nulidad o la inconstitucionalidad de una norma de protección, cuyas consecuencias para la protección ambiental deben ser consideradas. En el caso del TS, se omite esta consideración, mientras que en el caso del TC si se tienen en cuenta dichas consecuencias, razón por la cual se difieren los efectos de la decisión de inconstitucionalidad hasta tanto no se cumpla con la obligación pendiente.

aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales o, en casos excepcionales, que su aprobación se produzca dentro del año siguiente a su declaración y los efectos que comporta la violación de la norma básica. Así, el Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de 6 de mayo de 2003 (3727/1997), 21 de octubre de 2003 (10867/1998), 28 de junio de 2004 (4337/2001), 22 de febrero de 2005 (2278/2002) y 5 de abril de 2006 (373/2003) que la declaración de parque natural perdió vigencia o devino inoperante por no haberse aprobado el PORN en el plazo establecido. Ahora bien, hay que precisar que los efectos que tiene la no aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, previamente o en el plazo de un año posterior a la declaración, son distintos si dicha declaración se ha llevado a cabo por decreto o por ley. En este sentido, es clara la postura del Tribunal Supremo, que diferencia dichos supuestos. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009³⁷ dilucida esta cuestión. En primer lugar, si la declaración se ha efectuado por decreto, esto es, si *«fuese la Administración quien, sin la previa aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona, efectuase la declaración de Parque o Reserva por concurrir razones que así los justifiquen, debidamente recogidas en la norma que lo declare, y, posteriormente, la propia Administración no aprobase en el plazo del año legalmente establecido el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, la disposición administrativa, por la que se declaró el Parque o Reserva, es nula, como esta Sala y Sección del Tribunal Supremo lo acordó en su citada Sentencia de fecha 6 de mayo de 2003 (recurso 3727/1997 [RJ 2003, 4053])»*. En cambio, si la declaración se ha llevado a efecto mediante una ley, la Sentencia señala que *«la consecuencia de no haberse tramitado y aprobado el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona en el plazo de un año, como ordena el referido artículo 15.2 de esta misma Ley, es la pérdida de eficacia de tal declaración de Espacio Natural con todas las consecuencias que de ello pudiesen derivarse, cual son, entre otras, la inoperancia de las*

³⁷ STS 7664/2009. Es necesario aclarar que el conflicto de esta sentencia se remonta al 2003, fecha en la que estaba vigente la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Esta ley se encuentra actualmente derogada, pero el artículo 35 de la Ley 42/2007, vigente actualmente, recoge las reglas del artículo 15.2 de la Ley 4/1989 en los mismos términos, relativas a la declaración de Espacios Naturales Protegidos.

contempladas en el artículo 10.3 de la propia Ley 4/1989 (declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios y ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Administración) y la desaparición de todas las limitaciones inherentes a la declaración de Parque o Reserva»³⁸.

Como se ve, si bien el TS es consciente de que el hecho de declarar nula la declaración deriva consecuencias importantes («*como la desaparición de la utilidad pública y de las demás limitaciones inherentes*»; esto es, los elementos de protección y garantía), parece no tener en cuenta que se producen igualmente consecuencias para el nivel de protección ambiental que había alcanzado el espacio en cuestión con su declaración como Espacio Natural Protegido.

Esta cuestión, sin embargo, si había sido tenida en cuenta con anterioridad por el TC. Según la interpretación de este Tribunal, «*igual que en la STC 195/1998, en cuyo fundamento jurídico 5 señalamos también que la inmediata nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas, de manera que la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos no lleva aparejada su inmediata declaración de nulidad, la cual se difiere hasta el momento en el que las Comunidades Autónomas regulen las modalidades de gestión de los parques nacionales de su competencia*»³⁹.

De esta manera, si bien en ninguna de las interpretaciones se menciona el Principio de No Regresión —como es apenas lógico—, la argumentación del TC se enmarca en la observancia de los deberes constitucionales de protección ambiental y tiene como fundamento la «*desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas*», lo que sin duda puede coincidir con la argumentación del Principio de No Regresión: no disminuir el nivel de protección alcanzado por la declaración. Así, la no regresión aparece como una fundamentación implícita de una decisión jurisprudencial, mucho antes de su consideración actual como Principio del Derecho Ambiental.

³⁸ JIMÉNEZ JAÉN (2013).

³⁹ STC 100/2005.

Esta vía interpretativa fue la misma utilizada por la jurisprudencia Panameña en la sentencia analizada en el capítulo anterior. En la Sentencia n.º 123-12, de 23 de diciembre de 2013 ya citada se analiza el caso de una resolución emitida por la Autoridad Nacional Ambiental de Panamá, mediante la cual se declara *área protegida* al Humedal Bahía de Panamá. Esta norma fue impugnada por que dicha declaración se realizó sin haber cumplido con la obligación de realizar un acto de participación ciudadana, por lo que se solicitaba su anulación. No obstante, el fallo estableció que la anulación de un acto administrativo de interés general, o público de carácter ambiental, a menos que sea por un interés superior a éstos, acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección ambiental. En concreto, se dijo que si se deslegitiman los mínimos de protección alcanzados a través de la Resolución impugnada, se dejaría sin resguardo jurídico-ambiental el denominado Humedal Bahía de Panamá, poniéndose en estado de vulnerabilidad el ya frágil ecosistema, y los procesos ecológicos de dicha área. Dicho de otro modo, *«la desprotección de la superficie marino-costera establecida dentro del área protegida expondría al humedal y su zona de amortiguamiento, a actividades incompatibles con la política de protección y conservación de los recursos naturales y culturales y culturales que se establece en la legislación vigente»*. Se concluye que el acto demandado *«no infringe las normas aducidas así como tampoco afecta el ordenamiento jurídico en general; el cual, vale la pena insistir, en el peor de los casos, sí se vería lesionado con la adopción de una medida legal, administrativa o judicial, que retrotraiga los efectos de protección hasta ahora conseguidos a través de la Resolución demandada»*⁴⁰.

Igualmente sucedió en la Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, a la que también me referí con anterioridad. En este caso, el Principio de No Regresión aparece como un parámetro de constitucionalidad frente al cual se analiza el proyecto de la «Ley de Territorios Costeros Comunitarios», tendiente a la reducción o desafectación de un área ambientalmente protegida. Dicho proyecto fue considerado inconstitucional con fundamento en la ausencia de un elemento esencial del procedimiento, cual es, un estudio técnico que lo justifique y determine el impacto real sobre el ambiente, y

⁴⁰ MITRE GUERRA (2015, p. 19).

por la violación del principio de intangibilidad de la Zona Marítimo Terrestre.

2. Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano las áreas protegidas son las «*áreas definidas geográficamente que hayan sido designadas, reguladas y administradas a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación*», tal como se señala en el Decreto 2372 de 2010. Si bien se trata de una definición legal más breve que la contenida en la normatividad española; también es posible identificar los tres elementos ya conocidos de estos instrumentos de protección. En primer lugar, el *elemento físico o material*, del cual únicamente se señala que debe estar «definido geográficamente». En este caso, la definición no hace mención expresa a las circunstancias relativas a las condiciones naturales del territorio en cuestión, ni los requisitos que deben cumplir. En segundo lugar, el *elemento teleológico*, conformado por la finalidad de «alcanzar objetivos específicos de conservación». La conservación, a su vez, es definida en la norma como «*la conservación in situ de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en su entorno natural y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas. La conservación in situ hace referencia a la preservación, restauración, uso sostenible y conocimiento de la biodiversidad*».

Finalmente, el *elemento formal* se encuentra referido en la necesidad de que dichas áreas hayan sido «designadas, reguladas y administradas», como es lógico, por el procedimiento y la autoridad competente. A continuación me referiré brevemente al marco normativo aplicable.

A) Marco Normativo

En Colombia el marco normativo de las áreas protegidas se encuentra conformado por varias disposiciones. En primer lugar, el Código de Recursos Naturales Renovables contenido en el Decreto Ley 2811 de 1974, en su artículo 30, consagra que para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales, el Gobierno

Nacional establecerá políticas y normas sobre zonificación. De igual manera consigna que los departamentos y municipios tendrán sus propias normas de zonificación, sujetas a las que sean expedidas con alcance nacional. En los artículos 308 y siguientes del Código se crean las «áreas de manejo especial», definidas como aquellas que se delimitan para administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables, cuya creación debe tener objetos determinados y fundarse en estudios ecológicos, económicos y sociales.

Por su parte, la Ley 99 de 1993 que reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, creó el Ministerio del Ambiente y organizó el SINA, no se ocupó de estructurar legalmente un sistema nacional de áreas protegidas, sino que respetó la configuración dada en el Código de Recursos Naturales Renovables. Respecto a las competencias, y dividió el ámbito funcional en materia ambiental entre el Ministerio de Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Pero es el Decreto 2372 de 2010 la norma especial que regula el Sistema Nacional de Áreas Protegidas —SINAP—, entendido como el conjunto de *«las áreas protegidas, los actores sociales e institucionales y las estrategias e instrumentos de gestión que las articulan, que contribuyen como un todo al cumplimiento de los objetivos generales de conservación del país»*. Estos objetivos generales de conservación *«son los propósitos nacionales de conservación de la naturaleza, especialmente la diversidad biológica, que se pueden alcanzar mediante diversas estrategias que aportan a su logro»*⁴¹.

En el ordenamiento colombiano también hay diversas categorías de áreas protegidas que conforman el SINAP, y se encuentran señaladas en el artículo 10 de la norma citada. Se trata de Áreas Protegidas Públicas como las del Sistema de Parques Nacionales

⁴¹ Artículo 8 Decreto 2372 de 2010: *«(...) Los objetivos generales de conservación del país son: a) Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos naturales para mantener la diversidad biológica. b) Garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano. c) Garantizar la permanencia del medio natural, o de algunos de sus componentes, como fundamento para el mantenimiento de la diversidad cultural del país y de la valoración social de la naturaleza»*.

Naturales, las Reservas Forestales Protectoras, los Parques Naturales Regionales; los Distritos de Manejo Integrado; los Distritos de Conservación de Suelos; y las Áreas de Recreación. En relación con las Áreas Protegidas Privadas, se tienen las Reservas Naturales de la Sociedad Civil⁴².

Además, al igual que sucede en España, en Colombia se encuentran también las zonas previstas en el Derecho Ambiental Internacional, tales como los humedales de importancia internacional del Convenio de Ramsar, los sitios naturales de la Lista del Patrimonio Mundial de la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, o las Reservas de la biosfera, declaradas también por la UNESCO. No obstante, no son categorías de manejo de áreas protegidas, sino estrategias complementarias para la conservación de la diversidad biológica, para lo cual las autoridades encargadas de la designación de áreas protegidas deberán priorizar estos sitios atendiendo a la importancia internacional reconocida con la distinción, con el fin de adelantar acciones de conservación que podrán incluir su designación bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el decreto⁴³.

Ahora, las competencias en materia de áreas protegidas se encuentran distribuidas entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, directamente o a través de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, y las Corporaciones Autónomas Regionales.

En materia de Parques Nacionales Naturales, al Ministerio le corresponde reservar y alinderar las áreas que integran el sistema de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento. Además, tiene la tarea de administrar estas áreas, facultad que es posible delegar en las Corporaciones Autónomas Regionales.

Por su parte, en la Ley 99 de 1993, les fueron asignadas a las Corporaciones Autónomas Regionales en materia de conservación y de áreas protegidas, las funciones de administrar, bajo la tutela del

⁴² El calificativo de pública de un área protegida hace referencia únicamente al carácter de la entidad competente para su declaración.

⁴³ Artículo 28, Decreto 2372 de 2010.

Ministerio de Ambiente, las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales que ese Ministerio les delegue, la cual podrá hacerse con la participación de las entidades territoriales y de la sociedad civil; reservar, alinear, administrar o sustraer, en los términos y condiciones que fijen la ley y los reglamentos, los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, y reglamentar su uso y funcionamiento; y administrar las reservas forestales nacionales en el área de su jurisdicción. De acuerdo a lo anterior, las Corporaciones tienen funciones de administración de las reservas forestales nacionales y por delegación de los Parques Nacionales Naturales; y de creación, administración y sustracción de otras áreas de manejo especial.

La declaratoria de Áreas Protegidas se encuentra regulada en los artículos 38 y siguientes del citado Decreto. En primer lugar, se establece que se hará con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, en los cuales se aplicarán como mínimo determinados criterios, tanto biofísicos⁴⁴ como socioeconómicos y culturales⁴⁵.

⁴⁴ *Criterios biofísicos:* a) Representatividad: Que el área propuesta incluya niveles de la biodiversidad no representados o insuficientemente representados en el sistema de áreas protegidas, de acuerdo a las metas de conservación definidas. b) Irreemplazabilidad: Que considere muestras únicas o poco comunes y remanentes de tipos de ecosistemas, que por causas debidas a procesos de transformación o por su singularidad, no se repiten dentro de unidades espaciales de análisis de carácter superior como biomas o unidades biogeográficas. c) Integridad ecológica: Que el área propuesta permita mantener la integridad ecológica, garantizando la dinámica natural de cambio de los atributos que caracterizan su biodiversidad. d) Grado de amenaza: Que el área propuesta proteja poblaciones de especies consideradas en alguna categoría global o nacional de amenaza o que están catalogadas en esta condición a partir de un análisis regional o local.

⁴⁵ *Criterios socioeconómicos y culturales:* a) Que contribuya al mantenimiento de zonas estratégicas de conservación cultural; como un proceso activo para la pervivencia de los grupos étnicos reconocidos como culturas diferenciadas en el país. b) Que incluya zonas históricas y culturales o sitios arqueológicos asociados a objetivos de conservación de biodiversidad, fundamentales para la preservación del patrimonio cultural. c) Que consideren áreas en las cuales sin haber ocupación permanente, se utilicen los diferentes niveles de la biodiversidad de forma responsable, estableciéndose parcial o totalmente sistemas de producción sostenible. d) Que incluya zonas que presten beneficios ambientales fundamentales para el bienestar de las comunidades humanas. e) Que la propiedad y tenencia de la tierra no se considere un elemento negativo frente a la posibilidad de alcanzar los objetivos de conservación del área protegida y exista la posibilidad de generar soluciones

En segundo lugar, el proceso para la declaratoria de un área protegida deberá sustentarse en estudios de las dimensiones biofísica, socioeconómica y cultural. Para el caso de áreas protegidas de carácter nacional la declaratoria deberá contar con concepto previo de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas Físicas y Naturales y para áreas protegidas de carácter regional el mencionado concepto deberá solicitarse a los Institutos de Investigación adscritos y vinculados al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, atendiendo a la especialidad de las competencias asignadas por la ley. De acuerdo con la norma, la solicitud de concepto deberá acompañarse de un documento síntesis, en el que se expongan las razones por las cuales se considera pertinente declarar el área. Recientemente se adoptó una ruta para la declaración y ampliación de áreas protegidas por parte de las autoridades ambientales, la cual desarrolla las fases del procedimiento y define los criterios básicos para la elaboración de los estudios técnicos, sociales y ambientales de soporte, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 38 y 40 del Decreto 2372 de 2010⁴⁶. Finalmente, se hace una precisión adicional, pues la declaratoria, ampliación o sustracción de áreas protegidas, así como la adopción del plan de manejo respectivo, es una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los grupos étnicos reconocidos, por lo cual durante el proceso deberán generarse las instancias de participación de las comunidades. Adicionalmente deberá adelantarse, bajo la coordinación del Ministerio del Interior y de Justicia y con la participación del Ministerio Público, el proceso de consulta previa con las comunidades que habitan o utilizan regular o permanentemente el área que se pretende declarar como área protegida.

efectivas para no comprometer el diseño del área protegida. f) Que logre aglutinar el trabajo y esfuerzo de actores sociales e institucionales, garantizando así la gobernabilidad sobre el área protegida y la financiación de las actividades necesarias para su manejo y administración.

⁴⁶ Disponible en <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/07/proyecto-ruta-areas-protegidas-2014.pdf> (consultado el 15 de marzo de 2015).

B) *Elementos de garantía y protección*

En este caso, también existen diversas consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de un área protegida de acuerdo con la normatividad vigente⁴⁷.

Limitaciones al Derecho de Propiedad y a los usos y actividades económicas. La declaratoria de un área protegida implica una limitación al uso de los predios de propiedad pública o privada, derivada de la función ecológica de la propiedad. En primer lugar, hay que señalar el artículo 63 de la Constitución Política señala que los Parques Naturales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, características que son propias de los bienes de uso público, sin que lleguen a ser considerados como tal. En el mismo sentido, la reserva, delimitación, alinderación, declaración y manejo de áreas protegidas públicas implican una limitación al atributo del uso de los predios de propiedad pública o privada sobre los cuales recae, afectación que conlleva la imposición de ciertas restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad por su titular, o la imposición de obligaciones de hacer o no hacer al propietario, acordes con esa finalidad y derivadas de la función ecológica que le es propia, que varían en intensidad de acuerdo a la categoría de manejo de que se trate, en los términos del decreto citado. Dicha limitación al dominio faculta a la Administración a intervenir los usos y actividades que se realizan en las áreas, para evitar que se contraríen los fines para los cuales se crean, sin perjuicio de los derechos adquiridos legítimamente dentro del marco legal y constitucional vigente. Igualmente, procede la imposición de las servidumbres necesarias para alcanzar los objetivos de conservación correspondientes en cada caso⁴⁸.

Asimismo, el acto administrativo mediante el cual se reserva, delimita, declara o sustrae un área protegida pública, por ser de carácter general, debe publicarse en el Diario Oficial e inscribirse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos correspondientes, con el fin de hacer públicos los efectos de limitación a la propiedad.

⁴⁷ ÁLVAREZ PINZÓN (2011, p. 43).

⁴⁸ Artículo 33, Decreto 2372 de 2010.

Limitaciones a las posibilidades de disminuir o modificar el nivel de protección. En Colombia, la disminución de la extensión territorial de un área protegida es viable, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos señalados en la norma. Como se verá a continuación, a diferencia de lo que sucedía en el ordenamiento español, esta consecuencia derivada de la declaración de un área protegida no parece tener los mismos elementos de garantía y protección que se analizaron en su momento, no obstante, por cuestiones metodológicas, seguiré el mismo esquema.

El trámite de la sustracción de las áreas protegidas está regulado en varias disposiciones. En primer lugar, el Código de Recursos Naturales, se refería concretamente a las áreas de reserva forestal, y señala que si en dichas áreas, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva⁴⁹. Posteriormente, con referencia a las áreas protegidas, el Decreto 2372 de 2010 dispuso que cuando por razones de utilidad pública e interés social se proyecten desarrollar usos y actividades no permitidas al interior de un área protegida, atendiendo al régimen legal de la categoría de manejo, el interesado en el proyecto deberá solicitar previamente la sustracción del área de interés ante la autoridad que la declaró. En el evento que conforme a las normas que regulan cada área protegida, no sea factible realizar la sustracción del área protegida, se procederá a manifestarlo mediante acto administrativo motivado rechazando la solicitud y procediendo a su archivo⁵⁰.

La autoridad encargada de adelantar el trámite de sustracción, para resolver la solicitud deberá tener en cuenta al menos los siguientes criterios, los cuales deberán ser analizados de forma integral y complementaria:

- a) Representatividad ecológica: Que la zona a sustraer no incluya elementos de biodiversidad (paisajes, ecosistemas o comunidades), no representados o insuficientemente repre-

⁴⁹ Artículo 210, Decreto-Ley 2811 de 1974.

⁵⁰ Artículo 30, Decreto 2372 de 2010.

sentados en el sistema nacional de áreas protegidas, de acuerdo a las metas de conservación definidas.

- b) Integridad ecológica: Que la zona a sustraer no permita que se mantenga la integridad ecológica del área protegida o no garantice la dinámica natural de cambio de los atributos que caracterizan su biodiversidad.
- c) Irremplazabilidad: Que la zona a sustraer no considere muestras únicas o poco comunes y remanentes de tipos de ecosistemas.
- d) Representatividad de especies: Que la zona a sustraer no incluya el hábitat de especies consideradas en alguna categoría global, nacional o regional de amenaza, conforme el ámbito de gestión de la categoría.
- e) Significado cultural: Que la zona a sustraer no incluya espacios naturales que contribuyan al mantenimiento de zonas estratégicas de conservación cultural, como un proceso activo para la pervivencia de los grupos étnicos reconocidos como culturas diferenciadas en el país.
- f) Beneficios ambientales: Que la sustracción de la zona no limite la generación de beneficios ambientales fundamentales para el bienestar y la calidad de vida de la población humana.

El acto administrativo que resuelva la solicitud de sustracción, deberá estar debidamente motivado en la descripción del análisis de los mencionados criterios. En caso de resolverse sustraer total o parcialmente el área protegida, en el acto administrativo deberá describirse claramente los límites sobre los cuales recae dicha decisión administrativa. Lo aquí dispuesto, se aplica sin perjuicio de la necesidad de tramitar y obtener los permisos, concesiones, licencias y demás autorizaciones ambientales a que haya lugar. Además, se señala que lo dispuesto aplicará salvo para aquellas áreas que la ley prohíbe sustraer.

Un análisis a primera vista permitiría pensar que la reducción de las zonas que componen las áreas protegidas en Colombia es permitida, sin mayores límites que la justificación de razones «*utilidad pública e interés social*»; sin duda alguna, configurando una regre-

sión del nivel de protección alcanzado. No obstante, es necesario matizar este primer análisis, pues no en todos los casos y categorías es posible realizar esta sustracción.

La sustracción de las áreas integrantes del Sistema de Parques Nacionales Naturales (función en cabeza del Ministerio de Ambiente, prevista en el artículo 5.º numeral 18 de la Ley 99 de 1993) fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁵¹. En dicha ocasión sostuvo la Corte que *«la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al Sistema de Parques Nacionales Naturales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el artículo 63 debe entenderse, en armonía con los artículos 79 y 80, esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación...»*

En relación con los parques regionales naturales la prohibición a la sustracción se produjo a través de la sentencia C-598 de 2010. En este caso se dijo que *«en virtud del artículo 63 de la Constitución Política, a los Parques Naturales se les otorga el carácter jurídico de indisponible —inalienable, imprescriptible e inembargable—, sin que tal cualificación se reserve sólo a los del orden nacional, siendo así que las áreas que conforman el Sistema de Parques Naturales entre las que se encuentran también los Parques Naturales Regionales, se caracterizan por su valor, ora excepcional, ora estratégico, pero, en cualquier eventualidad, de indiscutible importancia para la preservación del medio ambiente y para garantizar la protección de ecosistemas diversos, lo que motiva que se declaren estas áreas como Parques Naturales cuya implicación es que las entidades competentes asuman su administración con el propósito de conservar esos valores preponderantes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, y a fin de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción. (...) Como ha quedado sentado, los Parques Naturales son bienes de uso público y tienen el carácter de inembargables, inalienables e imprescriptibles, lo que inhibe al legislador para radicar en cabeza de la administración la potestad de sustraer o desafectar áreas que formen parte de estos parques, toda vez que las restricciones refe-*

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-649 de 1997. MP: Antonio Barrera Carbonell.

ridas a los Parques Naturales fueron fijadas por las y los Constituyentes con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica, se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste. En este sentido, la atribución legislativa a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible para sustraer áreas protegidas de Parques Regionales, desconoce la Carta Política, de donde se desprende que una vez hecha la declaración por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial —en el caso de los Parques Naturales Nacionales— o por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales —en el caso de los Parques Regionales—, su cambio de afectación o destinación, carece por entero de justificación sea que se trate de parques de orden nacional o regional, encontrando la Sala que no existe motivo que, desde la óptica constitucional, justifique que estas áreas protegidas de Parques Regionales puedan ser objeto de tal desafectación por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales ni por ninguna otra autoridad del orden nacional o local»⁵².

Como se ve, no en todos los casos es viable la sustracción, y tras las interpretaciones de la Corte Constitucional (1997 y 2010) aparece claramente el elemento de garantía y protección a la declaración de Parques Naturales Nacionales o Regionales, los cuales no podrán ser sustraídos por ningún motivo. Nuevamente aparece implícitamente la no regresión como idea fundamental en estas decisiones, mucho antes de consolidarse como principio. No obstante, en los casos en los que es viable la sustracción, esto es en las reservas forestales protectoras⁵³, los distritos de manejo integrado,

⁵² Sentencia C-598 de 2010. MP: Mauricio González Cuervo.

⁵³ Mediante Resolución 918 de 2011, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, estableció los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social. Establece las medidas de Compensación, Restauración y Recuperación que se deberán imponer en cada caso por la autoridad competente. En relación con las medidas de compensación, resulta interesante el caso de Costa Rica, en el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha exigido como requisito adicional para la desafectación de áreas silvestres protegidas la obligación estatal de compensación del área suprimida con otra al menos de igual tamaño, espacio que debe ser necesariamente adyacente al área protegida, y además ecológicamente equivalente, o sea similar en cuanto a su condición y representatividad ecológica. (Sentencia constitucional número 2014-12887). Cfr. PEÑA CHACÓN (2015), *en prensa*.

los distritos de conservación de suelos y las áreas de recreación; los criterios para justificar la sustracción son de diversa índole. En una reciente sentencia del Consejo de Estado⁵⁴, que analiza la sustracción realizada de un área de reserva forestal, con el fin de legalizar situaciones de hecho irregulares, asentamientos urbanos ilegales, entre otras cuestiones, se dijo lo siguiente: *«se tiene que es posible hacer sustracción de áreas de reserva forestal en 3 casos, a saber: i) cuando haya lugar a realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, por razones de utilidad pública o de interés social, ii) cuando los propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva; y iii) cuando como consecuencia de circunstancias naturales o de causas antrópicas el área correspondiente pierda las condiciones que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 7.º del Decreto 877 de 1976⁵⁵ (10 de mayo), determinaron su constitución»*.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia 25000–23–25–000–2005–00662–03(AP). Noviembre 5 de 2013. CP: María Claudia Rojas Lasso.

⁵⁵ «Artículo 7.º, Decreto 877 de 1976: “Se consideran como áreas forestales protectoras: a. Todas las tierras ubicadas en regiones cuya precipitación sea superior a ocho mil milímetros (8.000 mm) por año y con pendiente mayor del 20% (formaciones de bosque pluvial tropical); b. Todas las tierras ubicadas en regiones cuya precipitación esté entre cuatro mil y ocho mil milímetros (4.000 y 8.000 mm) por año y su pendiente sea superior al treinta por ciento (30%) (formaciones de bosques muy húmedo–tropical, bosque pluvial premontano y bosque pluvial montano bajo); c. Todas las tierras, cuyo perfil de suelo, independientemente de sus condiciones climáticas y topográficas, presente características morfológicas, físicas o químicas que determinen su conservación bajo cobertura permanente; d. Todas las tierras con pendiente superior al ciento por ciento (100%) en cualquier formación ecológica; e. Las áreas que se determinen como de influencia sobre cabeceras y nacimiento de los ríos y quebradas, sean estos permanentes o no; f. Las áreas de suelos, denudados y degradados por intervención del hombre o de los animales, con el fin de obtener su recuperación; g. Toda área en la cual sea necesario adelantar actividades forestales especiales con el fin de controlar dunas, deslizamientos, erosión eólica, cauces torrenciales y pantanos insalubres; h. Aquellas áreas que sea necesario declarar como tales por circunstancias eventuales que afecten el interés común, tales como incendios forestales, plagas y enfermedades forestales, construcción y conservación de carreteras, viviendas y otras obras de ingeniería; i. Las que por la abundancia y variedad de la fauna silvestre acuática y terrestre merezcan ser declaradas como tales, para conservación y multiplicación de ésta y las que sin poseer tal abun-

Señaló el Consejo de Estado que en el caso examinado, diversas actividades y usos «*de tipo urbanístico en su zona de borde, uso minero y agropecuario, con relevantes impactos y efectos ambientales*» han generado «*transformación de ecosistemas*»; es decir, ha habido una pérdida de las calidades que dieron lugar a su declaración como área dentro de la zona de reserva forestal protectora. En efecto, la decisión de sustraer el área correspondiente a «*vivienda, infraestructura y servicios urbanos*» en lugar de conservarla dentro de la reserva forestal protectora, refleja una realidad fáctica dramática e innegable desde el punto de vista ambiental, social y económico, comoquiera que el daño que se ha producido es irreversible. Resulta interesante que el Consejo de Estado señale expresamente que «*si bien es cierto que las decisiones que han de adoptarse dentro de la presente providencia se apoyan en razones de índole jurídica, no sobra señalar que ambientalmente las condiciones del área han cambiado de manera radical, como lo reconocen la actora, el Ministerio de Ambiente, la CAR y el Distrito Capital de Bogotá, hasta el punto de que ha habido una “transformación de ecosistemas (...)” la presente situación debe contar con un trato que tenga en consideración la situación fáctica real y actual, que ha logrado consolidarse por razón de la aquiescencia y omisión de las autoridades públicas*».

Lo anterior es un claro ejemplo de la realidad como fundamento de las decisiones jurídicas, pues el estado real en el que se encontraba la zona hacía innecesaria su protección como área de reserva forestal.

Finalmente, como se vio, las sustracciones pueden justificarse con razones de «*utilidad pública e interés social*»⁵⁶; como la necesidad

dancia y variedad ofrecen en cambio condiciones especialmente propicias al establecimiento de la vida silvestre”.

⁵⁶ Por ejemplo, la Ley 685 de 2001, Código de Minas, expresa en su artículo 13 que en desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, se declara de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. No obstante, el artículo 34 señala, en relación con las *zonas excluibles de la minería*, que «no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente». Las zonas de exclusión mencionadas

de elaborar proyectos de infraestructura, coyunturas económicas, entre muchas otras razones. Parece entonces un lugar apropiado para el Principio de No Regresión, pues al existir tantas posibilidades en la norma que permitan justificar una regresión del nivel de protección ambiental, sería útil contar con una herramienta que permitiera controlar dicha regresión.

C) *Práctica jurisprudencial*

Como se vio en el capítulo anterior, en el ordenamiento colombiano la mención jurisprudencial a la prohibición de regresividad en materia ambiental tiene su referencia en la sentencia de la Corte Constitucional C-443 de 2009. Si bien existe amplia jurisprudencia en materia de Áreas Protegidas, el principal conflicto jurídico analizado en la mayoría de estas sentencias reside en la competencia institucional para realizar la sustracción en distintas circunstancias; cuestiones ajenas a la temática que se estudia en este capítulo. Resulta pertinente entonces identificar el conflicto jurídico

serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales. (...) No obstante lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2.º de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podían ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero debía informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental hubiese sustraído el área. Cfr. AMAYA ARIAS (2011). No obstante, este régimen sufrió una modificación posterior con la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014. En el artículo 204 se señala expresamente que «en las áreas de reserva forestal protectoras no se podrán desarrollar actividades mineras, ni se podrán sustraer para ese fin». Un ejemplo de lo anterior es la Resolución 590 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por la que se niega una solicitud de sustracción definitiva de la Zona de Reserva Forestal del río Magdalena establecida en la Ley 2.ª de 1959, pues considera «que una vez analizada la solicitud, desde el punto de vista técnico y jurídico esta no es viable dado que se encuentra en un área prioritaria para la conservación y de interés de Parques Nacionales Naturales, y adicionalmente los estudios presentados no lograron demostrar la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal (...)».

en dicha sentencia, verificar si existe alguna disposición normativa que permita directamente la resolución de este conflicto, y finalmente, analizar qué papel juega (o jugaría) el Principio de No Regresión para la resolución del planteamiento jurídico.

Introducción de nuevos requisitos para la efectiva exclusión de la actividad minera de determinadas zonas de especial protección. En este caso se demanda la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 685 de 2001, relativo a las zonas excluibles de la minería, las cuales deberán ser «*declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente*», con el fin de hacer efectiva tal exclusión. La misma norma señala que «*para producir estos efectos*», las zonas deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental competente. Según los demandantes, el requisito de declaratoria y delimitación administrativa de las zonas de exclusión de trabajos de exploración y explotación minera no es exigido por la Constitución ni por los tratados internacionales y por tanto contraría las obligaciones estatales en materia ambiental. En igual dirección, apuntan que se trata de un requisito innecesario e inefectivo que viola el principio de progresividad de las políticas públicas, a la vez que desconoce el principio de precaución al invertir la carga probatoria en cuanto a los impactos negativos de una actividad sobre el medio ambiente y privilegiar la ejecución de actividades de exploración y explotación minera en detrimento del deber estatal de protección de los recursos naturales. Asimismo alegan que se trata de un requerimiento contrario al principio de Desarrollo Sostenible previsto en la Constitución Política y en tratados internacionales. Reiteran que de conformidad con lo preceptuado por los enunciados demandados mientras «*el gobierno no cumpla con su obligación administrativa de declaración y delimitación de áreas de protección y desarrollo de los recursos naturales para excluirlas de la exploración y explotación minera, las áreas estarán sometidas a la posibilidad de la ejecución de actividades dañinas al medio ambiente. Dado que hay unas áreas que requieren especial protección por ser ecosistemas particularmente frágiles, deberían estar excluidas de plano cualquier actividad de exploración o explotación minera*». Los demandantes entienden que del mandato constitucional y del instrumento internacional se deriva la obligación de adoptar medidas de protección, razón por la cual consideran que los enunciados normativos demandados imponen requisitos claramente regresivos para la preservación de estas

áreas pues exigen para efectos de la exclusión de la actividad minera: (1) que esas zonas sean declaradas de protección y desarrollo de los recursos naturales y del ambiente, (2) sean delimitadas como tales, (3) que la declaración y delimitación se realice de acuerdo a disposiciones legales sobre la materia que expresamente excluyan tales trabajos y obras, (4) que el acto administrativo de declaración esté expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con actividades mineras. Centran el análisis afirmando que el artículo 5 de la Ley 99 de 1993⁵⁷ fija requisitos menos gravosos para la preservación de las áreas de especial importancia ecológica de la minería de aquellos previstos por el artículo demandado, razón por la cual esta última disposición implica un retroceso en la protección del derecho en cuestión. Concluyen por lo tanto que *«la disposición demandada limita y retrocede el nivel de protección especial alcanzado por vía constitucional y legal al restringir el cumplimiento de las obligaciones del Estado a la protección de los ecosistemas que hayan sido delimitados y declarados dentro de cualquiera de las categorías de áreas protegidas previstas por la legislación ambiental, y al permitir en ellas el desarrollo de actividades que como la minería, resultan de un alto impacto para el entorno ambiental. La regresión de la norma se hace más evidente al exigir una declaración expresa motivada en estudios técnicos que demuestren la incompatibilidad o la restricción con las actividades mineras»* (negrillas en el original).

La Corte Constitucional no realiza un análisis de fondo de las normas demandadas, que habían sido declaradas exequibles por la sentencia C-339 de 2002, y tampoco estudia el cargo relacionado con la supuesta vulneración del principio de desarrollo sostenible o del principio de precaución porque estas cuestiones también fueron despachadas en el fallo precedente. Sólo fue objeto de análisis el cargo relacionado con la vulneración del principio de progresividad de las políticas públicas en materia de protección al derecho al medio ambiente sano. Según el análisis de la Corte, este cargo no está llamado a prosperar porque el supuesto retroceso del nivel de protección a que aluden los demandantes, es simplemente otra ma-

⁵⁷ El artículo 5 de la Ley 99 de 1993 asignó competencias al Ministerio de Medio Ambiente para sustraer las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales (numeral 18) y para velar por la conservación de las áreas de especial importancia del ecosistema (numeral 19).

nera de presentar el cargo consistente en que la disposición acusada transgrede el artículo 79 constitucional por el supuesto incumplimiento de los deberes estatales en la protección de las áreas de especial importancia ecológica. Se hace un análisis del marco normativo aplicable (Código de Recursos Naturales, Ley 99 de 1993, Decreto-Ley 2655 de 1988, anterior Código de Minas, derogado por la Ley 685 de 2001), y se identifica que ya se había regulado la exclusión de la minería de las zonas de reserva ecológica e igualmente estaba condicionada a que se adelantaran estudios previos. Señala la Corte que los enunciados normativos demandados no implican un retroceso respecto de la legislación anterior sino simplemente introducen algunas precisiones en el ejercicio de tal competencia por parte de las autoridades ambientales. Es decir, desde distintas perspectivas los enunciados normativos demandados no significan un retroceso sino en cierta medida cumplen el principio de progresividad en materia de protección al medio ambiente.

En este conflicto jurídico, la regresividad en materia ambiental es considerada como una modalidad de incumplimiento de los deberes estatales de protección del medio ambiente, cuyo fundamento es el artículo 79 de la Constitución Política. En el caso examinado, dicha regresividad no se produce, y por el contrario, se menciona el carácter progresivo de dichos deberes. No obstante, la Corte deja la puerta abierta para la aplicación del Principio de No Regresión, pues sienta las bases internacionales y constitucionales para su aplicación en materia ambiental.

III. El Urbanismo y el Principio de No Regresión

Corresponde ahora el estudio de los elementos de protección ambiental incluidos en el régimen jurídico urbanístico; concretamente con el objetivo de identificar las medidas de protección que permitirían la aplicación del Principio de No Regresión en esta materia.

La función administrativa de protección y conservación de la naturaleza, derivada del deber jurídico de protección ambiental, también tiene incidencia en la materia urbanística, pues *«la tradicional adaptabilidad urbanística para hacer propio e inherente lo medioambien-*

tal, así como la horizontalidad y expansividad de las medidas de protección del medio ambiente, permiten entender que con naturalidad los planes urbanísticos vengán integrando medidas que funcionan como si fueran auténticas medidas de protección del medio ambiente». No obstante, no se trata de medidas en ejercicio de las competencias en la materia del medio ambiente como tal, sino que son el resultado de la «obligada integración de las exigencias medioambientales en todas las materias competenciales»⁵⁸.

A continuación, analizaré tanto en el caso español como en el colombiano, los elementos de garantía y protección señalados en la normatividad urbanística correspondiente, cuando se trate de modificaciones del régimen de ordenación del territorio que puedan tener incidencia sobre el nivel de protección ambiental alcanzado.

1. España

Con el fin de centrar el análisis en la aplicación del Principio de No Regresión, en este punto me enfocaré en el estudio de dos problemáticas urbanísticas del ordenamiento español. De un lado el régimen de las zonas verdes, y de otro lado, la determinación de los usos del suelo; ambas manifestaciones de la interrelación entre medio ambiente y urbanismo.

A) Marco Normativo

La legislación estatal en la materia es la Ley de Suelo (texto refundido aprobado por RDL 2/2008 de 20 de junio, TRLS08); además, se cuenta con el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico (RPU). No obstante, dadas las particularidades de la cuestión urbanística, la normatividad aplicable estará determinada fundamentalmente en el ámbito local.

La Ley de Suelos tiene por finalidad «regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el

⁵⁸ AGUDO GONZÁLEZ (2006). Sobre las relaciones entre la ordenación territorial y la ordenación urbanística cfr. PAREJO ALFONSO (2012).

territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia».

En materia competencial, es necesario recordar que a las Comunidades Autónomas les corresponde la creación legal del modelo de urbanismo y la estrategia territorial en sus respectivos ámbitos⁵⁹. Al Estado, por su parte, le compete la fijación de un amplio marco, que determina, pero no sustituye, el ordenamiento propiamente urbanístico, así como la producción de ciertas normas o decisiones sectoriales con incidencia territorial o espacial⁶⁰.

Uno de los aspectos fundamentales del urbanismo es el planeamiento, pues la concepción del urbanismo como función social hace de los planes el eje de todo el sistema, ya que son ellos los que diseñan el modelo territorial: clasifican el suelo, lo zonifican, le atribuyen usos y destinos, fija emplazamientos, viales, zonas verdes, equipamientos y servicios y concretan las características estéticas. Son también los que prevén el modo de ejecución, es decir, contemplan cómo ha de pasarse de la situación existente a la que se pretende mediante la urbanización y, en su caso, la edificación. Los planes de urbanismo tienen naturaleza normativa: se integran en el ordenamiento jurídico, tienen vigencia indefinida, y son públicos y obligatorios, incluso para la Administración que los aprueba⁶¹. El instrumento de planeación por excelencia es el Plan General de Ordenación Urbana que afecta normalmente a un término municipal, y su función principal es clasificar el suelo en las tres categorías básicas (urbano, urbanizable y no urbanizable o rústico)⁶², fijar

⁵⁹ Artículo 148.1.3.ª CE.

⁶⁰ Artículo 149.1.1.ª, 8.ª, 18.ª CE. Al respecto BARNES explica que «el marco que al Estado incumbe regular tiene por destinatario directo y originario antes al legislador autonómico, que a la Administración actuante y a los particulares. Y ello porque es un marco, que no un Derecho Urbanístico básico, no representa más que unos principios fundamentales que no impiden, antes al contrario, el ejercicio de la competencia legislativa autonómica» (2002, p. 359). Sobre la distribución de competencias y sistema de fuentes en materia urbanística, cfr. MARTÍN REBOLLO (2009, pp. 179 y ss.).

⁶¹ Artículo 15 RPU. Sobre la naturaleza jurídica de los Planes, cfr. DEL CASTILLO GARCÍA (2011, pp. 17 y ss.); FERNÁNDEZ MONTALVO (2007, p. 92); LÓPEZ BENÍTEZ (2009, pp. 367 y ss.); MARTÍN REBOLLO (2009, pp. 250 y ss.).

⁶² El artículo 12 TRLS08 ya no se refiere a la clasificación del suelo en los términos en los que lo hacía la normatividad anterior, sino que se refiere a las

la estructura general del territorio y prever su ejecución. No obstante, los Planes Generales operan de distinta forma en el suelo urbano y en el resto del territorio. En el suelo urbano, el PGOU es un plan de detalle y regula minuciosamente todas sus posibles determinaciones, de manera que, como regla general, no se requiere otro plan para edificar allí donde sea posible. Por su parte, en el suelo urbanizable, las determinaciones del PGOU son menores, ya que dicho Plan debe ser concretado mediante planes de desarrollo, los denominados Planes Parciales. Finalmente, en el suelo no urbanizable, el PGOU incorpora, a lo más, normas de protección⁶³.

En relación con el contenido del Plan General, LÓPEZ BENÍTEZ explica que tradicionalmente, la legislación urbanística separa el contenido de los planes generales en unas determinaciones de carácter general, aplicables a todo el territorio sobre el que se aplica el Plan, y en otras determinaciones de carácter específico, que se establecen en función de la clase de suelo de que se trate. Además, el Plan incluye previsiones relativas a los mecanismos y técnicas tendientes a su entrada en vigor, aplicación y revisión⁶⁴. Como determinaciones comunes del PGOU, se establecen las siguientes. En primer lugar, la clasificación del suelo según su destino urbanístico, función primordial y exclusiva de dichos Planes. En segundo lugar, el diseño de la estructura general y orgánica del territorio, definiendo y asignando los usos globales, el sistema general de co-

«situaciones básicas del suelo», y reduce las categorías únicamente a dos, a diferencia de las tres clases de suelo que traía la Ley de Suelos de 1998. De un lado está el suelo *rural*, que es aquel suelo *«preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística»*, lo que en la legislación anterior se conocía como *suelo no urbanizable*. La segunda situación es la del suelo *urbanizado*, es aquel *«integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población»*. Cfr. AA.VV. (2011a, p. 190 y ss.); MARTÍN REBOLLO y BUSTILLO BOLADO (2009, pp. 507 y ss.); PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2014, pp. 250 y ss.).

⁶³ MARTÍN REBOLLO (2009, p. 251).

⁶⁴ LÓPEZ BENÍTEZ (2009, pp. 373 y ss.).

municaciones, el sistema general de espacios libres, mediante el establecimiento de unos estándares mínimos, que implican la oportuna reserva de terrenos para la ubicación de parques y jardines, instalaciones deportivas, etc. Sus dimensiones se entenderán como mínimas, y podrán ser ampliables, varían en función de la legislación autonómica y se establecen normalmente en razón del número de habitantes⁶⁵. En tercer lugar, debe contener medidas para la protección del medio ambiente, la conservación de la naturaleza, el paisaje y el patrimonio histórico-artístico, de acuerdo con lo señalado en el artículo 27 del RPU. En cuarto lugar, el artículo 26.1 del RPU establece que el Plan General deberá señalar, para todo el suelo comprendido en su ámbito, los objetivos, directrices y estrategias de su desarrollo. En quinto lugar, deberá incluir la determinación de las circunstancias con arreglo a las cuales sea precedente, en su momento, la revisión del plan⁶⁶; y finalmente, deberá incluir otras determinaciones establecidas por la Legislación Autonómica, como por ejemplo, las reservas para viviendas de protección oficial.

Además de las determinaciones generales, existen determinaciones específicas para el suelo *urbano*, cuyo objeto es completar su ordenación mediante la regulación detallada del uso de los terrenos y de la edificación; señalar la renovación o reforma interior que resultase precedente, definir aquellas partes de la estructura general del Plan correspondiente esta clase de terrenos, y proponer los programas y medidas concretas de actuación para su ejecución⁶⁷. Dichas determinaciones específicas son: Delimitación del perímetro de esta

⁶⁵ *Ibidem*. Al respecto AGUDO GONZÁLEZ señala que «los estándares urbanísticos constituyen criterios materiales de ordenación, que los planes urbanísticos están obligados a respetar en todo caso, y con base en los cuales, la Ley asegura ab initio un mínimo indelegable de calidad de vida en el espacio urbano (sin perjuicio de que puedan ser mejorados por el Plan General). En consecuencia, puede decirse que los estándares urbanísticos fijan parámetros que representan un nivel de calidad de vida mínima deseable, y cuya finalidad es la reducción de la discrecionalidad administrativa del planificador» (2006, p. 1345). Según GRACIA HERRERO, los estándares urbanísticos son «previsiones o reservas legales dirigidas al planificador urbanístico para asegurar un nivel de calidad en el sistema urbanístico y conseguir el disfrute de una vivienda digna y ese bienestar urbano. (...) Los estándares urbanísticos operan en una doble dirección: en unos casos el estándar funciona como un máximo (p. ej., densidad máxima de viviendas) y en otros acúa como mínimo legal (p. ej., reserva de terrenos para espacios libres)» (2011, p. 128).

⁶⁶ Artículo 28 RPU.

⁶⁷ Artículo 16.1 RPU.

clase de suelo, señalamiento de las operaciones de reforma interior que se prevean; asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas; delimitación de los espacios libres y zonas verdes públicos y destinados a parques y jardines y zonas deportivas de recreo o expansión; emplazamiento reservado para templos, centros docentes, públicos o privados, asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público; trazado y características de la red viaria; previsión de aparcamientos públicos, entre otros⁶⁸.

En relación con el suelo *no urbanizable*, se prevén determinaciones tales como la delimitación de las áreas que deben ser objeto de especial protección, incluyendo, en su caso, la prohibición absoluta de construir y señalando las medidas a adoptar con el fin de conservar, mejorar y proteger el suelo, el medio ambiente natural, los yacimientos arqueológicos y construcciones o restos de carácter histórico-artístico, o cultural, o que contengan algún elemento señalado de carácter cultural situados en este tipo de suelo, y los que deben ser destinados a determinados cultivos o explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales⁶⁹. En segundo lugar, se deben incluir las circunstancias excepcionales en atención a las cuales pueden autorizarse actuaciones específicas de interés público en suelo no urbanizable no sujeto a régimen alguno de protección especial⁷⁰. Finalmente, debe contener la definición del concepto de núcleo de población, a los efectos de autorizar la construcción de edificaciones, así como las características y tipologías a que deben sujetarse para adaptarse al medio rural⁷¹.

Con referencia a la aprobación del Plan General, hay que tener en cuenta que se trata de un proceso participativo, en el que intervienen las Administraciones Públicas que ejercen competencias directas sobre el territorio del municipio y aquellas otras cuyas competencias puedan verse afectadas por la aprobación de un PGOU.

⁶⁸ LÓPEZ BENÍTEZ (2009, p. 378).

⁶⁹ Artículo 36 RPU.

⁷⁰ Artículo 13.1 TRLS08, hoy suprimido por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, cuyas previsiones se encuentran en el artículo 8.º TRLS08. Para un análisis detallado de la política de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y su relación con el medio ambiente cfr. PAREJO ALFONSO (2014).

⁷¹ Artículo 36.2 RPU. Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ (2009, p. 378).

Se trata también de un proceso bifásico, en el que intervienen dos Administraciones Públicas distintas: el municipio y la Administración autonómica que ejerza la tutela urbanística⁷². Dentro del trámite de elaboración y aprobación del PGOU, se destaca el principal control al que se somete la aprobación del planeamiento urbanístico, constituido por la evaluación ambiental estratégica⁷³. De acuerdo con el TRLS08, debe realizarse la evaluación ambiental del PGOU antes de su aprobación definitiva, cuyo incumplimiento constituye un vicio que no se puede subsanar una vez aprobado el Plan⁷⁴. Para finalizar el trámite de elaboración y aprobación, los municipios remiten el PGOU aprobado provisionalmente a los órganos autonómicos competentes para su aprobación definitiva, excepto cuando los mismos municipios tienen la competencia para aprobarlos definitivamente. Como se ve, la aprobación del PGOU es un proceso reforzado y complejo que integra las diversas dimensiones de la problemática urbanística.

Teniendo en cuenta lo anterior, la modificación o alteración del mismo debe seguir los mismos requerimientos. Como cualquier norma reglamentaria, las modificaciones de un PGOU se rige por la regla *contrarius actus*, es decir, tiene que aprobarse siguiéndose el mismo procedimiento que para su elaboración, so pena de la nulidad de la alteración que se haya aprobado. Los municipios gozan de una gran discrecionalidad para innovar el planeamiento general, aunque el ejercicio de este *ius variandi* tendrá que ser siempre motivado. Esta exigencia de motivación dependerá del grado de innovación que el planeamiento urbanístico vaya a realizar. Cuando la

⁷² Sobre el proceso de aprobación del PGOU, cfr. GALÁN VIOQUE (2009b, pp. 393 y ss.) La descripción de este proceso constituye un esquema general, pues hay diferentes procedimientos en función de lo establecido en cada normatividad autonómica.

⁷³ Artículo 15 TRLS08: «los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso».

⁷⁴ STS de 15 de marzo de 2006. En estricto cumplimiento de esta doctrina consolidada, la STSJ de las Islas Canarias de 17 de diciembre de 2008, anula la adaptación al Texto Refundido de las leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias de un PGOU que se había hecho sin efectuar la preceptiva evaluación ambiental.

potestad de planeamiento se ejerce plenamente, es decir, cuando se trata de una revisión de un PGOU, la jurisprudencia considera que basta con la motivación genérica de la revisión del plan (STS de 30 de julio de 2008), mientras que si se trata de una modificación puntual, de un aspecto específico, es necesario justificar la procedencia del cambio. Las Leyes del Suelo autonómicas han tratado de ir disminuyendo esta discrecionalidad, al ir positivizando criterios que permitan controlar judicialmente las innovaciones del planeamiento con el fin de evitar arbitrariedades. En esta línea, y con una clara finalidad de protección ambiental, el artículo 8.4 TRLS08, ya analizado establece una prohibición de alterar la delimitación de espacios naturales protegidos salvo cuando se justifique por los cambios sufridos gracias a la evolución natural, como se vio en su momento. Se trata de una norma de carácter básico que puede ser completada por las Comunidades Autónomas mediante la aprobación de normas adicionales de control, y supone un importante freno a la eventual desclasificación de suelo no urbanizable o rural en espacios protegidos que se pueda pretender realizar mediante la modificación del planeamiento general⁷⁵.

Finalmente, cualquier innovación del planeamiento general que no sea una revisión, es decir, que no busque la aprobación de un plan nuevo, deberá tramitarse como una modificación, que puede ser propuesta a los municipios por los particulares o por otras Administraciones o entes públicos. Dentro de las modificaciones del planeamiento general, la legislación del suelo estatal distinguía entre una modificación cualificada y una simple, dependiendo de la importancia de las modificaciones. Por constituir uno de los principales elementos de garantía y protección relacionados con cuestiones ambientales, el tema de las modificaciones lo abordaré en el siguiente punto.

Antes de pasar al análisis de los elementos de protección y garantía, es necesario finalizar esta parte con una breve mención del régimen normativo de las zonas verdes, como espacios especialmente vulnerables a las modificaciones del planeamiento urbanístico, dado el valor que tienen dentro de las ciudades. Desde el año 1963, con la aprobación de la Ley 158/1963, de 2 de diciembre,

⁷⁵ GALÁN VIOQUE (2009a, pp. 426 y ss.).

sobre condiciones y procedimientos de modificación de planes de Ordenación Urbana y de Proyectos de Urbanización cuando afecten a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos (hoy derogada), estos espacios han estado especialmente protegidos. Según GÓMEZ-FERRER MORANT los espacios libres son el *«conjunto de espacios urbanos de carácter abierto, destinados bajo todo tipo de conceptos al peatón, para el descanso, el paseo, la práctica del deporte y, en general, el recreo y entretenimiento en sus horas de ocio, por lo que han de incluirse no sólo las áreas planteadas o plazas cívicas, sino también por ejemplo, las calles de peatones, las aceras, los recintos para la práctica del deporte, los parques zoológicos, los jardines privados (...), incluso los cementerios»*. A su vez, entiende por zona verde *«cualquier espacio libre en el que predominen las áreas plantadas de vegetación, correspondiente, en general, a lo que se conoce como parques y jardines»*⁷⁶. En la actualidad, los términos se pueden usar indistintamente.

En el artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 (hoy derogado), se establecía una regulación estatal para las modificaciones relativas a las zonas verdes, la cual fue declarada inconstitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo⁷⁷, dado su

⁷⁶ GÓMEZ-FERRER MORANT (1971)

⁷⁷ La STC 61/1997, de 21 de marzo, es una sentencia de gran relevancia en materia de títulos competenciales en materia de urbanismo. Fue dictada dando respuesta a un conjunto de recursos de inconstitucionalidad acumulados, promovidos por determinadas Comunidades Autónomas en un primer momento, contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y, dos años después frente al Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, texto legal que, junto con los Reglamentos dictados en desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Suelos de 1976 y la normativa autonómica existente en materia de urbanismo integraban el sistema jurídico urbanístico vigente hasta esa fecha. Las distintas Comunidades Autónomas recurrentes fundaron sus impugnaciones en la invasión competencial operada por el legislador estatal en la competencia que sobre urbanismo les ha reconocido la CE (art. 148.1.3a) y que, salvando el caso de Ceuta y Melilla, todas han asumido, en sus Estatutos de Autonomía, con carácter específico. Entre otros aspectos, la sentencia realiza una delimitación de la materia urbanística, en los siguientes términos: *«el urbanismo alude, por de pronto, a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que —en el plano jurídico— se traduce en la ordenación urbanística como objeto normativo de la legislación correspondiente (...)*». Pero el aspecto más relevante de la sentencia es la delimitación de las competencias estatales y autonómicas en la materia urbanística, pues determinó que a las Comunidades

carácter supletorio, por lo que dejó de existir una regulación uniforme en el derecho estatal de los espacios libres y zonas verdes, y actualmente es tarea de la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma la determinación del alcance y régimen jurídico de estos espacios. La Ley de suelos vigente, el TRLS08, únicamente hace referencia al régimen de las zonas verdes en el artículo 10.3, sobre los criterios básicos de utilización del suelo, al señalar que «serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística». No obstante, la legislación urbanística producida hasta ahora ha recogido en similares términos la regulación de estos espacios que hasta ahora contenía la legislación estatal⁷⁸. De acuerdo con lo anterior, y con el fin de analizar el régimen jurídico de las zonas verdes, será necesario estudiar la normatividad autonómica correspondiente.

B) Elementos de garantía y protección

Si bien en materia urbanística existen elementos de protección y garantía de diversa índole como consecuencia de las previsiones

Autónomas les compete en exclusiva emanar normas sobre ordenación territorial-urbanística. Pero, no obstante lo anterior, al Estado le compete, en todo caso (1) las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio de la «propiedad urbana», (2) determinados aspectos de la expropiación forzosa y (3) determinados aspectos de la responsabilidad administrativa. Para un análisis detallado de la incidencia de esta sentencia sobre el ordenamiento jurídico español, cfr. PAREJO ALFONSO (1999).

⁷⁸ GRACIA HERRERO (2011, p. 87). Ninguna norma autonómica con rango legal ha definido estos espacios; sin embargo, dentro de la normativa de rango reglamentario, la *Disposición Adicional Única del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León*, entiende por espacios libres públicos, los «sistema de espacios e instalaciones asociadas, destinados a parques, jardines, áreas de ocio, expansión y recreo de la población, áreas reservadas para juego infantil, zonas deportivas abiertas de uso no privativo y otras áreas de libre acceso no vinculadas al transporte ni complementarias de las vías públicas o de los equipamientos. Son de uso y dominio público en todo caso y a efectos de los deberes de cesión y urbanización tienen siempre carácter de dotaciones urbanísticas públicas». Y por zonas verdes, «dentro de los espacios libres públicos, las superficies específicamente destinadas a la plantación de especies vegetales». Por otra parte, el PGOU de Málaga (2011) entiende por Zonas Verdes y Espacios Libres «aquellos espacios abiertos, de carácter público, que juegan un papel básico en la satisfacción de las necesidades ciudadanas de ocio y esparcimiento y contribuyen a la mejora de la calidad ambiental de la ciudad».

señaladas en la normatividad correspondiente, en este punto me centraré en las relacionadas estrictamente con la destinación del suelo con fines de protección ambiental, y las modificaciones que pueda sufrir dicha destinación.

Limitaciones a las modificaciones urbanísticas con afectación del nivel de protección ambiental. En materia urbanística también es posible identificar un nivel de protección ambiental alcanzado. De un lado, por medio del establecimiento de zonas verdes y espacios libres, y los mínimo legales exigidos para estos tipos de sistemas o dotaciones públicos, que han sido denominados como estándares urbanísticos, y que pretenden una protección especial de estas zonas. Y, de otro lado, por medio de la determinación de una clase de suelo especialmente protegido, y las restricciones para su modificación. A estas cuestiones me referiré a continuación.

En relación con las *zonas verdes*, ya adelanté que cuando se pretenda modificar dichas zonas, se deberá realizar una *modificación cualificada* del planeamiento urbanístico, debido a la exigencia de un procedimiento más riguroso para su aprobación⁷⁹. El legislador, consciente de la trascendencia de las zonas y espacios verdes, y su estrecha vinculación con la calidad de vida urbana, ha reconocido la necesidad de exigir ciertas cautelas cuando la alteración del planeamiento afecta a la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres, sometiendo dichas modificaciones a un régimen jurídico de especial rigurosidad, adoptando distintas garantías⁸⁰. Si bien, como ya se dijo, la norma estatal que regulaba el tema y exigía un dictamen vinculante del Consejo de Estado o de los órganos consultivos autonómicos fue declarada inconstitucional,

⁷⁹ Una muestra de la sensibilidad de la jurisprudencia por la adecuada protección de las zonas verdes es la STS de 2 de febrero de 2000 (RJ 2000, 589), que resume la jurisprudencia al respecto y destaca que «sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala es uniforme (sentencias de 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 5862) y 12 de abril de 1991 (RJ 1991, 3298), entre otras muchas) en el sentido de resaltar la trascendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, así como los peligros que sobre ellas se ciernen, lo que ha dado lugar a que las modificaciones del planeamiento que lleguen a afectarlas estén sometidas a un régimen jurídico de especial rigor para su mejor protección, hasta el punto de que tales modificaciones se llevan a las mas altas cumbres de la Administración, tanto activa como consultiva».

⁸⁰ GRACIA HERRERO (2011, p. 357).

esta modificación cualificada se mantiene en el RPU⁸¹ y en algunas legislaciones autonómicas⁸². Este elemento de garantía y protección se concreta en un procedimiento reforzado conformado, de manera general, por los siguientes requisitos. En primer lugar, un informe preventivo y favorable de un órgano consultivo, que en algunos casos será obligatorio, y en otros, simplemente preceptivo⁸³. En segundo lugar, se establece la previsión de mayores zonas verdes y

⁸¹ Artículo 162 RPU: «Si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros, previos los informes favorables del Consejo de Estado y del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y acuerdos de la Corporación Local interesada adoptados con el quórum del artículo 303 de la Ley de Régimen Local. En este supuesto, no podrá entenderse producida en ningún caso, la aprobación definitiva por silencio administrativo, a la que se refieren los artículos 41.2 de la Ley del Suelo y 133.1 de este Reglamento».

⁸² Sobre la intervención de los órganos consultivos en materia de ordenación del territorio y urbanismo cfr. GRANADO HIJELMO (2011).

⁸³ Exigen Informe del órgano consultivo: Andalucía (art. 36.2.c).1 LOUA); Asturias (art. 101 TROTU); Castilla-La Mancha (arts. 39 y 41 TRLOTAU); Cataluña (art. 98 TRLU); Extremadura (arts. 80 y 82 LSOTEX); Galicia (art. 94.4 LOUPMRG); Murcia (art. 149.3 TRLSRM); y el País Vasco (art. 105.7 LSU). En el caso de Castilla-La Mancha y Extremadura se establece una protección adicional, para cuando se pretende modificar el planeamiento antes de haber transcurrido un año desde la publicación del acuerdo de aprobación del plan o de su última revisión, según la cual no se podrá alterar la clasificación del suelo ni la calificación de éste que afecte a parques, zonas verdes y espacios libres. En el caso de Aragón, la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón (art. 15.11) atribuía al Consejo Consultivo la competencia de dictaminar las modificaciones del planeamiento urbanístico que afectaran a la ordenación de las zonas verdes y espacios libres de dominio y uso público y de los suelos clasificados como no urbanizables de especial protección, en forma coherente con las previsiones contenidas en el entonces vigente artículo 74.2 de la Ley Urbanística aragonesa, que señalaba lo siguiente: «Cuando la modificación del Plan tuviera por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico del suelo no urbanizable especial o de los espacios verdes y libres de dominio y uso público previstos en el Plan, se requerirá como mínimo, para aprobarla, que la previsión del mantenimiento de la superficie de tales espacios sea de igual calidad que la exigida para los espacios ya previstos en el Plan, así como el previo informe favorable de la Comisión Jurídica Asesora». Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística (vigente hasta el 30 de septiembre de 2009). La Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, al regular la tramitación de las modificaciones del planeamiento urbanístico, ha suprimido este requisito de dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma y, además, en su Disposición Derogatoria expresa, dejó sin efecto el apartado 11 del artículo 15 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón; situación que se mantiene en el Decreto-Legislativo 1/2014,

espacios libres cuando la modificación al planeamiento suponga un incremento de la densidad de población. En tercer lugar, la nueva situación de las zonas verdes y espacios libres debe garantizar la finalidad pública a que se destinan. Estas medidas se pueden ver reforzadas en algunos casos con la necesidad de la aprobación por parte del órgano autonómico correspondiente⁸⁴, y el establecimiento de medidas compensatorias de los espacios modificados⁸⁵, en algunos casos. Como se ve, por regla general el nivel de protección alcanzado en materia de zonas verdes se encuentra protegido por elementos de diversa naturaleza: formales, como el procedimiento agravado y la obligatoriedad de determinados informes; teleológicos, como la obligación de motivar las razones que fundamentan la disminución⁸⁶; y en algunos casos por la exigencia del establecimiento de medidas compensatorias.

De otro lado, la alteración de las *clases de suelo* deberá tramitarse en algunos casos como una revisión, y en otros como una simple modificación. De acuerdo con el RPU, se entiende por revisión del Plan *«la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de la capacidad del Plan»*⁸⁷. Es decir, si la modificación de la clasificación del suelo obedece a la elección de un modelo territorial distinto, o a la aparición de circunstancias demográficas o económicas sobrevenidas que afecten la ordenación, deberá realizarse el procedimiento de revisión del Plan.

de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

⁸⁴ Exigen aprobación del órgano de la Comunidad Autónoma: Asturias (art. 101 TROTU); Canarias (art. 46 TRLOTENC); Cantabria (art. 83.6 LO-TRUSC) Cataluña (art. 98 TRLU); y Murcia (art. 149.3 TRLSRM).

⁸⁵ Exigen medidas compensatorias: todas las Comunidades Autónomas con excepción de Navarra.

⁸⁶ En tales modificaciones el Tribunal Supremo viene exigiendo una especial motivación y justificación de la mejora para el interés general; *«si el legislador dispone tan singulares requerimientos para las modificaciones que afecten a la localización o extensión superficial de zonas verdes es precisamente porque considera que la modificación puntual así cualificada, por una parte, exige una especial justificación»*. STS de 16 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 9142).

⁸⁷ Artículo 154.3 RPU.

En los demás casos, la alteración de las determinaciones del Plan se considerará como modificación del mismo, aun cuando dicha alteración lleve consigo cambios aislados en la clasificación o calificación del suelo, o impongan la procedencia de revisar la programación del Plan General⁸⁸. Nuevamente son las normas autonómicas las que determinarán las previsiones y los elementos de garantía y protección para la alteración de las clases del suelo⁸⁹.

C) *Práctica jurisprudencial*

Corresponde ahora analizar la jurisprudencia más relevante en materia de urbanismo y su relación con el Principio de No Regresión. Siguiendo el esquema metodológico de la primera parte, en primer lugar es necesario identificar el conflicto jurídico al que se pretende aplicar dicho principio. En segundo lugar determinar si existe alguna disposición normativa que permita directamente la resolución de este conflicto, y finalmente, revisar qué papel juega (o jugaría) el Principio de No Regresión para la resolución del planteamiento jurídico.

Incumplimiento de los requisitos para las modificaciones de zonas verdes y espacios libres. Ya me referí en el punto inmediatamente anterior a los requisitos existentes en la normatividad autonómica para las modificaciones del planeamiento que conlleven la afectación de zonas verdes o espacios libres. Esta cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, en los que el Principio de No Regresión ha empezado a aparecer como fundamento de las decisiones.

Uno de los primeros casos en el cual se hace una referencia a estas cuestiones es la STS de 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 5364)

⁸⁸ Artículo 154.3 RPU.

⁸⁹ La alteración de la clasificación del suelo se tramitará por medio de una revisión en Asturias (art. 99.1 TROTU), Canarias (art. 46 TRLOTENC), Castilla y León, Cataluña (art. 95.5 TRLU), y Madrid (art. 67 LSCM). Se tramitará por medio de una modificación en Cantabria (art. 83.1 LOTRUSC), Castilla-La Mancha (arts. 39 y 41 TRLOTAU), Extremadura (arts. 82.6 LSOTEX) y Murcia (art. 149 TRLSRM). Y finalmente, se prevén los dos procedimientos, revisión y modificación, dependiendo de ciertos criterios en Galicia (art. 93 LOUPMRG); Navarra (art. 78 LOTUN); País Vasco (art. 102 LSU); y La Rioja (art. 103 LOTULR).

en la que se declara la anulación parcial del PGOU de Sevilla a causa de la ausencia de motivación del cambio de uso de una parte de la zona verde pública destinada a equipamiento educativo para la construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria⁹⁰, a la que ya me referí con anterioridad. En relación con la discrecionalidad del planificador urbanístico, se dijo que *«esta amplia discrecionalidad se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, como es el caso. Y decimos que se reduce el “ius variandi” porque las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general»*. Lo anterior, como se vio, se ha concretado en la normatividad autonómica, y en el caso andaluz, el artículo 36.2.c).1 LOUA es la norma que contiene las previsiones para una modificación de esta naturaleza. Pero además de estos requisitos formales, existe un requisito al que he llamado «teleológico», consistente en la motivación que debe fundamentar la alteración del nivel de protección ambiental alcanzado⁹¹. En este caso, la Sentencia hace énfasis en el necesario *plus* de motivación de los cambios de ordenación cuando afectan a zonas verdes. Señala la Sentencia que *«el cambio de calificación de los terrenos del parque de El Prado a equipamiento educativo, adelantando la conclusión, no se ajusta a los contornos propios en los que ha de moverse una decisión discrecional, ni dicha decisión ha sido debidamente justificada. (...) Esta es precisamente otra peculiaridad del régimen jurídico de la zona verde, que su desaparición, en todo o en parte, sitúa el umbral de motivación en un nivel superior al exigible ordinariamente. No debemos olvidar que estamos ante zonas especialmente sensibles dentro de la ciudad que nacen con una clara vocación de permanencia, que han de ser respetadas en alteraciones del planeamiento posteriores, salvo que concurren razones de interés*

⁹⁰ Cf. CABELLO (2012); GEIS I CARRERAS (2014); LOZANO CUTANDA (2012).

⁹¹ Como señala LOZANO CUTANDA, la motivación suficiente *«constituye un elemento fundamental de éste control de la discrecionalidad, en cuanto se considera un requisito inexcusable para entender cumplido por la Administración el deber de efectuar una adecuada ponderación de los intereses concurrentes y de adoptar una decisión razonable; su exigencia se fundamenta en el artículo 9 CE, en cuanto garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el artículo 103 CE, que obliga a la Administración a servir con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al derecho»* (2012, p. 1551).

general que determinen su transformación. (...) Ahora bien, cuando se trata de hacer desaparecer en todo, o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los jardines de El Prado, es decir, para promover, o extender, un “campus” universitario, sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otros terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario. Debíó explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde. El cambio de la calificación de unos terrenos para poder edificar sobre lo que era una zona verde, aunque se mantenga el uso público de la misma porque la construcción sea una biblioteca, sólo puede hacerse exponiendo las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible. Y en este caso, la Administración reconoce que había otras ubicaciones adecuadas, por lo que debía haberse razonado en que medida tal ubicación impediría cumplir los objetivos que se alcanzan con su emplazamiento sobre esa zona verde»⁹².

En relación directa con lo que hoy se conoce como el Principio de No Regresión, la Sentencia señaló que «una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula “stand still” propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen n.º 3297/2002»⁹³.

En desarrollo del régimen normativo ya analizado, el Consejo de Estado se pronunció en el Dictamen n.º 3297/2002 sobre la modificación de las normas subsidiarias de Planeamiento Municipal que tenía por objeto modificar las alineaciones de una calle y los usos pormenorizados en varias zonas verdes de Alagón del Caudillo (Extremadura). Con ocasión de este trámite, el Consejo de Estado dispuso que «la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en

⁹² STS de 13 de junio de 2011.

⁹³ Esta doctrina del Consejo de Estado ha sido igualmente defendida por el Consejo Consultivo de Andalucía, a título de ejemplo pueden citarse los Dictámenes del órgano consultivo andaluz 14/1994, de 30 de septiembre; 57/1995, de 28 de septiembre y 77/1998, de 20 de julio, entre otros. Cfr. CARUZ ARCOS y SANTOS GIL (s.f).

un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula stand still propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga». Esta doctrina será reiterada en diversas ocasiones, como se verá más adelante.

En otra oportunidad, por medio de la STS de 30 de septiembre de 2011, el TS se pronunció sobre cuestiones similares. Este caso consistía en la impugnación del Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Jaén, de fecha 21 de diciembre de 2000, que aprobó definitivamente el Proyecto de Modificación Puntual n.º 27 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Jabalquinto (Jaén). Dicha modificación, como consideró probado el Tribunal Superior de Justicia, iba más allá de la simple corrección de la alineación enunciada, y en realidad producía la incorporación de parte de la zona verde existente al ocupamiento del Grupo Escolar, atribuyendo así la condición de suelo urbano a las dos zonas de espacios libres, con lo que se reduce la zona verde y el espacio libre a un estrecho callejón. El Tribunal *a quo* decidió anular la modificación, entre otras razones, por la falta de motivación de la modificación, argumentando que la justificación que en la memoria se contiene se refiere únicamente a «*facilitar al Ayuntamiento la disponibilidad de dos pequeños solares para su construcción*» lo que es claramente insuficiente, pues no acredita ni explicita las mejoras concretas que para el interés general supone la edificación de unos terrenos, que antes no lo eran, y que estaban destinados a la mejora de la calidad ambiental de la ciudad⁹⁴. Es evidente para el Tribunal que la posibilidad edificatoria no supone en sí una mejora en la ordenación para el interés general.

Además de la exigencia de la modificación, esta Sentencia introduce dos aspectos interesantes. En primer lugar, extiende la protección del suelo rústico protegido al suelo verde urbano, al establecer la conexión que la protección de las zonas verdes tiene con el carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual, y muy especialmente en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección. Pese a subrayar el hecho de que las

⁹⁴ CABELLO (2012, p. 213).

zonas verdes son suelo urbano, la Sentencia invoca lo que respecto al suelo rústico protegido establece el TRLS08, en relación, entre otros aspectos, con el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible⁹⁵, con los nuevos derechos y deberes de los ciudadanos en la materia⁹⁶, la sanción relativa a la nulidad de los actos administrativos dictados con infracción de la normatividad de zonas verdes⁹⁷, y las disposiciones relativas a la utilización del suelo rural⁹⁸. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la desclasificación o descalificación urbanística de zonas verdes sin una especial motivación, supone una «perturbación grave de los intereses generales» y, en consecuencia, justifican plenamente la especial exigencia procedimental prevista por la normatividad autonómica⁹⁹.

En segundo lugar, la sentencia hace referencia expresa a la no regresión. Al respecto se sitúa *«en el ámbito propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de —o, de no poder alterar— una clasificación o calificación urbanística —como podría ser la de las zonas verdes— directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso»*. Citando la sentencia de la Biblioteca de Sevilla y el Dictamen del Consejo de Estado, ambos ya mencionados, se refiere nuevamente al principio «standstill» *«que, en otros países, ha sido entendido como “efecto trinquete”, como “intangibilidad de derechos fundamentales” o “de derechos adquiridos legislativos”, o, incluso como principio de “carácter irreversible de derechos humanos”. También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una “cláusula de statu quo” o “de no regresión”, con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental»*.

⁹⁵ Artículo 2 TRLS08.

⁹⁶ Artículo 5 TRLS08.

⁹⁷ Artículo 10. 3 TRLS08.

⁹⁸ Artículo 13 TRLS08, suprimido por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas pero cuyas disposiciones se encuentran en el artículo 8 TRLS08.

⁹⁹ CABELLO (2012, p. 215).

En relación con el fundamento jurídico de dicho principio, señala el Tribunal que *«puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, del que se ocupa el citado artículo 2.º del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas “relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo” la obligación de proceder a la utilización del mismo “conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que se procede a la supresión de unas zonas verdes previstas en un planeamiento anterior, y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma».*

Incluso, parece otorgarle fundamento constitucional, pues señala que *«sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (art. 45 Constitución Española) y legales (art. 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos —como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos—, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que —por supuesto— se encuentra investido el planificador».*

Como se ve, en este caso también existe una norma aplicable al conflicto, que exige unos requisitos especiales para este tipo de modificaciones. Aquí, el Principio de No Regresión interviene reforzando y calificando uno de los requisitos normativos, esto es, la motivación que justifica la necesidad de la modificación.

Otro caso similar se encuentra en la STS de 29 de marzo de 2012, en el que se impugna el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga que aprobó una modificación puntual del PGOU de Alhaurín el Grande, que afectaba a ámbitos del suelo urbanizable y urbano. Dicha modificación incrementaba la superficie de las zonas verdes, frente a lo que el TS deja constancia sobre la *«intranscendencia del incremento de la superficie de zona verde de cara a la preceptiva tramitación cualificada para los cambios de planeamiento que afectan a zonas verdes o espacios libres».*

Es decir, no obstante la modificación aumentaba la superficie de zonas verdes, su tramitación debe respetar los requisitos establecidos en la normatividad vigente para este tipo de modificaciones¹⁰⁰. De esta manera, con fundamento en el incumplimiento de dicha normatividad, se anula la modificación. El TS reitera todo lo dicho en las sentencias de 13 de junio y de 30 de septiembre de 2011, y transcribe casi literalmente lo expresado en relación con el Principio de No Regresión. No obstante, en este caso, el fundamento de la anulación de la modificación no es tanto el Principio de No Regresión como tal (como podría afirmarse de las primeras sentencias), sino el incumplimiento propiamente dicho de la normatividad aplicable. Es decir, en los casos de las sentencias del 2011, podría afirmarse que con fundamento en la No Regresión se desestima el recurso de casación contra la sentencia de primera instancia que anula la medida regresiva, pues aunque la normatividad aplicable es clara, y exige una motivación para la modificación, el Principio de No Regresión refuerza y cualifica esa motivación. Mientras que en el caso del 2012, el fundamento de la anulación de la modificación, y asimismo, de la desestimación del recurso de casación, es el incumplimiento de la normatividad; en este caso el Principio de No Regresión aparece como *obiter dicta*.

La jurisprudencia autonómica también se ha pronunciado al respecto. El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Sentencia No. 578/2014 de 19 de noviembre) se pronunció sobre unos acuerdos que aprueban una revisión del PGOU del municipio de Alaior (Baleares), que adapta las Directrices de Ordenación Territorial y al Plan Territorial Insular de la Isla de Menorca. Entre otros hechos, se realiza una transformación de zonas verdes públicas en zonas privadas, lo que el Tribunal encuentra contrario a derecho. En este caso, se anulan las disposiciones demandadas por incumplimientos de la normatividad vigente, y no se fundamenta en el Principio de No Regresión. No obstante, se puntualiza que para la futura revisión y adaptación del PGOU deberá atenderse la doctrina

¹⁰⁰ Si bien en la actualidad no se encuentran vigentes, en el momento de los hechos del caso la normatividad aplicable era en concreto la Ley 1/1997, de 18 de junio que, convirtió en derecho autonómico, entre otros, el citado artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Suelos de 1992; cuyas precisiones se encuentran en las disposiciones actuales.

según la cual la supresión de las zonas verdes existentes requiere una especial justificación, hasta el punto que la potestad discrecional del planeamiento queda aquí muy limitada. Cita y transcribe los apartes ya estudiados de la STS de 13 de junio de 2011.

Incumplimiento de los requisitos para los cambios de uso del suelo protegido. La doctrina de las zonas verdes que se acaba de analizar fue extendida jurisprudencialmente a las modificaciones de la clasificación del suelo. Es el caso de la STS de 10 de julio de 2012, ya estudiada a profundidad. En esta ocasión, se impugnan de forma directa la aprobación definitiva del Plan Parcial del Sector n.º 3 «El Castillo», en Villanueva de la Cañada, y de forma indirecta la Revisión del PGOU, con fundamento en la reclasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido. Dichas disposiciones clasifican como suelo urbanizable de un suelo que estaba clasificado como suelo no urbanizable especialmente protegido, por la normatividad relacionada con los Montes Preservados de los terrenos que integran la Red Natural 2000. Después de citar lo relativo al plus de protección en materia ambiental, y de prácticamente transcribir lo dicho en las STS de 13 de junio y de 30 de septiembre de 2011, el TS llega a la conclusión de que *«todas las vías que manejamos conducen a la necesaria exigencia de una especial motivación en actuaciones urbanísticas desclasificadoras como las que nos ocupan, siendo por ello, la citada ausencia de motivación, cuestión invocable, como motivo de impugnación indirecta del planeamiento superior. (...) Procede, pues, estimar el primer submotivo por considerar que la clasificación como suelo urbanizable de suelos anteriormente protegidos careció de la preceptiva motivación, vulnerando la jurisprudencia que se cita en el motivo»*. Como consecuencia, se declaran contrarios al ordenamiento jurídico dichos actos, de un lado por la ausencia de las Evaluaciones Ambientales que exigía el ordenamiento, y de otro, por la ausencia de la especial motivación exigida por el Principio de No Regresión planificadora. Nuevamente, aunque existe normatividad aplicable, parece que el Principio de No Regresión tiene un papel importante en la decisión de la sentencia, y en esta ocasión no podría decirse que constituye simplemente un *obiter dicta*.

Con respecto a la clasificación del suelo, pero ya desde una perspectiva diferente, la Sentencia No. 781/2012 de 12 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares estudia un recurso

contra la Revisión del PGOU del municipio de Eivissa (Baleares). Dicha Revisión reclasifica terrenos privados como suelo rústico protegido de especial interés, lo cual, según el demandante (dueño del terreno), es una desclasificación arbitraria, pues no existen valores de interés ambiental que justifiquen dicha reclasificación, ya *«que del examen de la realidad física de la parcela y su ubicación, se advierte claramente como se encuentra en una zona adherida al casco urbano, rodeada de viales y con clara vocación urbana»*. La Administración de la Comunidad Autónoma ciertamente reconoce que *«la parcela del recurrente no puede considerarse entre las más valiosas ambientalmente del ámbito de Ses Feixes des Prat de Vila, pero no solo es que el deterioro que presenta no es irrecuperable sino, sobre todo, que, como ya hemos señalado, la ley, en primer termino, y tras ella la Administración, han dado un tratamiento unitario a ese ámbito, en el que no existe duda alguna que se integra la parcela del recurrente, con lo que igualmente entra en escena el principio de no regresión en materia de protección medioambiental frente a intereses particulares»*. Entonces, si bien la parcela de manera individualmente considerada no tiene mayores valores de protección ambiental, la zona en conjunto que se pretende proteger si los tiene, por lo que la desclasificación de dichos terrenos para pasar a la condición de suelo rústico constituye cumplimiento del mandato de preservación ambiental impuesto por norma legal. En principio podría afirmarse que lo dicho sobre el Principio de No Regresión es simplemente un *obiter dicta* de la sentencia; pero también es evidente que la decisión que se adopta busca evitar el deterioro y mejorar la protección ambiental de la zona en su conjunto, y no se podrá disminuir dicho nivel de protección con fundamento en los intereses de los particulares.

En relación también con la clasificación del suelo, la Sentencia n.º 722/2014 de 12 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estudia el recurso contra una resolución del Jurado de Expropiación Forzosa que fija el justiprecio de una finca, para efectos de su expropiación. En este caso, el Jurado de Expropiación califica el terreno como urbano, no obstante encontrarse ubicado en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, clasificado como suelo no urbanizable protegido monte reservado, y hacer parte de la Red Natura. El Tribunal Superior anula dicha resolución con fundamento en el incumplimiento de la normatividad de protección aplicable y cita textualmente lo dicho en las sentencias del

TS del 2011 (13 de junio y 30 de septiembre) en relación con el Principio de No Regresión, que en este caso no tiene un papel directo en la decisión de la sentencia.

Resulta interesante también el caso de la STS de 23 de febrero de 2012 (RC 3773/2009), interpuesto por la Junta de Castilla y León contra la Sentencia 217/2009 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que declaraba la nulidad de la Orden MAM/451/2007, de fecha 8 de marzo, de la Consejería de Medio Ambiente de la JCyL, por la que se aprueba la segregación de terrenos del monte «Llanos de la Oruca» del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Soria, confirmando la misma. La Orden recurrida pretendía una actuación urbanizadora de baja densidad, con 500 viviendas y dotación de campo de golf en suelo ocupado por la superficie del Monte n.º 204 «Llanos de la Oruca» de Utilidad Pública descatalogado, para ese fin, en el término municipal de Almazán (Soria). Los recurrentes formularon los motivos del recurso, entre los que se destacan la falta de justificación de la prevalencia de dicha urbanización futura sobre el interés general al que sirve el Monte, y la falta de justificación de la actuación urbanística. Además, señalan que el Monte descatalogado hace parte de la Red de Espacios Naturales Protegidos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, pues señala que *«con la aprobación de la resolución impugnada se ha ejercitado una potestad administrativa, consistente en autorizar la separación de una parte de un Monte Catalogado (8,73 hectáreas), que implica la descatalogación y la subsiguiente desprotección, para alcanzar la posterior reclasificación urbanística del suelo como urbanizable para la ejecución de la actuación urbanizadora, al margen de las finalidades propias que debe presidir la actuación administrativa sobre montes, incurriendo en un fraude de ley, proscrito por el artículo 6.4 del Código civil»*. Afirma además, que *«no sólo no se acreditó la inexistencia de otros terrenos alternativos en el que poder localizar la urbanización, sino que parece que se buscó exactamente esa localización como reclamo comercial y atendiendo al plusvalor que para los futuros residentes y usuarios del campo de golf tendría su localización en el entorno de un monte ya existente»*.

La conclusión a que llega el TS, es que las actuaciones como las recurridas —descatalogación y segregación de terrenos que forman

parte de un Monte de Utilidad Pública siendo la motivación el destinarlos a su posterior urbanización— suponen un quebrantamiento del mandato constitucional recogido en el artículo 45 que atribuye a todos los ciudadanos el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y establece para todos, el deber de conservarlo, añadiendo el mandato dirigido a los poderes públicos de *«velar por la utilización racional de los recursos naturales (...) y defender y restaurar el medio ambiente»*, así como por el cumplimiento de la normativa urbanística y medio ambiental. Después de transcribir lo dicho sobre el Principio de No Regresión en materia ambiental en las sentencias del 2011 ya referenciada, el TS agrega que *«todo lo anterior viene a ratificar —desde la perspectiva que se expone— en el marco de la expresada tendencia jurídica de no regresión calificadora de protección medioambiental, la señalada exigencia de la especial motivación de aquellas actuaciones que afecten —como ahora acontece— terrenos especialmente protegidos por formar parte de Montes Catalogados; especial motivación que habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente permiten la descatalogación y desprotección de una parte de los terrenos del Monte, y que su sacrificio está justificado en la obtención de un bien de mayor valor»*. En este caso, parece observarse que el Principio de No Regresión en materia ambiental se consolida como parámetro de validez de las actuaciones urbanísticas que afecten suelos de especial protección.

En relación con lo visto, se ha llegado a reconocer el carácter reglado —matizado— de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, a lo que se añadiría la nota de la irreversibilidad de dicha clasificación, que debe existir cuando los terrenos presenten los valores aludidos, y mantenerse mientras concurren dichos valores¹⁰¹; manifestación evidente del Principio de No Regresión¹⁰².

¹⁰¹ Recientemente una sentencia del TS se refirió a la recalificación de suelo (no reclasificación), siempre dentro de la clase de suelo no urbanizable, esto es, el paso de suelo no urbanizable protegido como huerta a suelo no urbanizable común. En este caso, no se admitió que tal decisión recalificatoria pueda basarse solamente en el interés general consistente en la necesidad de obtener una reserva docente sino que considera que es necesaria una motivación específica de naturaleza ambiental o, lo que es lo mismo, que se acredite la pérdida de los valores que, en su día, justificaron la especial protección, como huerta, del suelo litigioso. STS de 12 de febrero de 2015 (JUR\2015\75083).

¹⁰² BERMEJO LATRE (2012, p. 602). Para GARCÍA ÁLVAREZ, el carácter reglado del suelo no urbanizable es meramente instrumental, al servicio de un objetivo de

Límites del ius variandi del planificador. Si bien el conflicto relativo a la discrecionalidad y el *ius variandi* del planificador han sido abordados de alguna u otra manera en relación con el Principio de No Regresión en la jurisprudencia analizada, recientemente el TS se ha pronunciado de manera específica sobre esta cuestión. Es el caso de la STS de 14 de octubre de 2014 (RJ 4376, 2014). Se trata de la impugnación directa del PGOU del municipio de Zarautz (País Vasco). Con el nuevo PGOU, un suelo que había sido cedido gratuitamente, en cumplimiento de los deberes de cesión impuestos a los propietarios de terrenos por el ordenamiento urbanístico, para equipamientos y espacios libres, fue reclasificado para la construcción de viviendas de protección oficial, a cuyo fin, una vez aprobado definitivamente el nuevo Plan General, el Ayuntamiento de Zarautz y la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco suscribieron un convenio. La comunidad de propietarios demanda el convenio, e indirectamente el PGOU que reclasificó el suelo. En lo que tiene que ver con el Principio de No Regresión, el Tribunal desautoriza la tesis de la comunidad de propietarios recurrente tendente *«a perpetuar el destino del suelo cedido para equipamientos o espacios libres aún cuando se revise el planeamiento general o se apruebe un nuevo Plan General de Ordenación Urbana, sin necesidad, para ello, de que repitamos ahora la copiosa doctrina jurisprudencial relativa al ius variandi de la Administración urbanística. Es, por consiguiente, posible y admisible jurídicamente que la Administración, al aprobar un nuevo planeamiento general, altere o cambie, en uso de su discrecionalidad, el destino de los suelos que, conforme al planeamiento anterior, fueron cedidos gratuitamente, en cumplimiento de sus deberes urbanísticos, por los propietarios para equipamiento o espacios libres, siempre que se haga dentro de los límites legal-*

elevación del estándar de protección, de tal manera que cuando no es útil a tal fin, especialmente en los casos en lo que lo impugnado es la protección, no la desprotección, se alegra el carácter discrecional de la planificación (2013, p. 266). Por su parte, ALEGRE ÁVILA después de realizar un análisis de distintas sentencias sobre la materia, llega a la conclusión de que *«la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección tiene carácter reglado, vale decir, que no hay discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, en el [ius recte: potestas] variandi del planificador, de suerte que la modificación de esta clasificación requiere de la acreditación bien de la no concurrencia de las circunstancias que en su momento justificaron su adopción bien de la desaparición de las que estaban en la base de aquella adopción, acreditación que, en todo caso, está sujeta a la expresión de una motivación específica y reforzada, por usar de los términos que lucen en las sentencias tomadas en consideración»* (2012, p. 469).

mente establecidos y se justifique debidamente, teniendo en cuenta también lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado principio de no regresión planificadora en materia de zonas verdes y suelos protegidos». Como se ve, si bien la decisión final de la sentencia no tiene nada que ver con el Principio de No Regresión, si se destaca su invocación en relación con la limitación del *ius variandi* de la Administración urbanística.

El análisis jurisprudencial realizado en este acápite permite identificar el papel que juega el Principio de No Regresión en materia de urbanismo en el ordenamiento jurídico español. En las sentencias de los primeros años (2011), el Principio de No Regresión fundamenta la desestimación del recurso de casación contra la sentencia de primera instancia que anula la medida regresiva, pues aunque la normatividad aplicable es clara, y exige una motivación para la modificación, el Principio de No Regresión refuerza y cualifica esa motivación. Posteriormente, en los demás casos analizados, el fundamento de la anulación de la modificación, y asimismo, de la desestimación del recurso, es el incumplimiento de la normatividad; en este caso el Principio de No Regresión aparece como *obiter dicta*. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de este principio, y de alguna forma su base constitucional, cabe preguntarse sobre la posición que hipotéticamente tendría el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión. GEIS I CARRERAS realiza una interesante reflexión al respecto. Al exponer el caso de la aprobación de una validación legislativa para legalizar el proyecto de la *Foundation Louis Vuitton* en un suelo verde urbano de París, validación que el Conseil Constitutionnel ha considerado constitucional, no obstante existía una regulación en la que se declaraba de forma expresa que dichos espacios no están destinados a la urbanización, por su propio carácter, por la calidad del valor estético de su paisaje, la necesidad del mantenimiento del equilibrio ecológico y el mantenimiento de espacios naturales para responder a la necesidad de descanso de la población. El Conseil Constitutionnel en su decisión n.º 2011-224, de 24 de febrero de 2012, declaró conforme a la Constitución francesa las disposiciones de la validación legislativa, pues dicho proyecto supone un enriquecimiento del patrimonio cultural nacional francés y refuerza la atracción turística de la ciudad de París. Este caso claramente hubiera sido el escenario para

la interpretación acorde con el Principio de No Regresión en materia ambiental; argumento que no se tiene en cuenta. La autora se pregunta qué hubiera pasado en el ordenamiento jurídico español y afirma que el Tribunal Constitucional, «al enjuiciar la constitucionalidad de la validación legislativa hubiera tenido en cuenta el Principio de No Regresión entre los derechos e intereses a ponderar»¹⁰³. En mi opinión, independientemente de las consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del derecho a gozar de un ambiente adecuado, ya analizadas en el capítulo anterior, considero que sería viable admitir que dicho Tribunal tendría en cuenta el Principio de No Regresión al momento de analizar este hipotético caso. Como se analizó, los antecedentes jurisprudenciales del TS demuestran de manera evidente que el Principio de No Regresión juega un papel relevante en la protección del medio ambiente, en unos casos con más trascendencia que en otros. Es por esto que creo posible esperar una interpretación en similar sentido por parte del TC, en un caso hipotético como el que se debate.

2. Colombia

Siguiendo el esquema planteado en este capítulo, y en congruencia con el análisis realizado para el ordenamiento español, me enfocaré en el análisis de dos aspectos puntuales del ordenamiento urbanístico en Colombia: De un lado la determinación de los usos del suelo, y de otro lado, el régimen de las zonas verdes.

A) Marco Normativo

En Colombia, el marco normativo del ordenamiento territorial y en particular del urbanismo tiene sus antecedentes en la Ley 9 de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal; más conocida como Ley de Reforma Urbana, que constituyó el primer paso para la consolidación de un verdadero derecho urbanístico en Colombia, concretando la función social de la propiedad y fijando una serie de competencias de los agentes públicos y privados que intervenían en el proceso de transformación del

¹⁰³ GEIS I CARRERAS (2014, p. 1531).

suelo. Ésta ley trató temas como la planificación del desarrollo municipal, el espacio público, la expropiación, la legalización de títulos para viviendas de interés social, las licencias y las sanciones urbanísticas, entre otros. Aunque algunos de estos temas fueron derogados por la Ley 388 de 1997, la Ley 9 de 1989 estableció las normas fundamentales y en su mayoría aún vigentes referentes al espacio público, y allanó el camino para que el tema urbanístico hiciera parte de la Constitución Política de 1991.

Con la Constitución Política de 1991 se consolidó el marco del derecho normativo colombiano, pues se sumaron varias disposiciones encaminadas a definir las competencias en materia de desarrollo territorial, y se le otorgó especial importancia al problema del ordenamiento físico del espacio urbano. Al reconocer la Constitución al municipio como la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado¹⁰⁴, estableció que a éste le corresponde prestar los servicios públicos, construir obras, ordenar el desarrollo territorial, entre otras competencias.

Posteriormente, se expidió la Ley 388 de 1997, que es actualmente la norma más importante en materia de ordenamiento territorial. Como se verá, esta ley no se centra en los aspectos eminentemente técnicos del manejo del suelo, lo cual es competencia de los municipios y se enmarca en el ámbito de sus respectivas autonomías territoriales; principalmente reconoce expresamente distintas herramientas para que las entidades públicas puedan ejercer adecuadamente la función pública que les compete en materia de urbanismo con el fin de lograr una mejor calidad de vida de los ciudadanos.

Esta ley tiene por objetivo *«el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes»*, entre otros. Se fundamenta en tres principios: la función social y ecológica de la propiedad; la prevalencia del interés general sobre el particular; y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

¹⁰⁴ Artículo 311 CP.

La Ley 388 de 1997 se encarga del ordenamiento del territorio municipal y distrital, el cual «comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales»¹⁰⁵. Estos aspectos fueron reglamentados por el Decreto 879 de 1998, que señaló prioridades del ordenamiento del territorio, señalando que en la definición del ordenamiento territorial, se tendrán en cuenta las prioridades del plan de desarrollo del municipio o distrito y los determinantes establecidos en normas de superior jerarquía que son: (1) Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales. (2) Las políticas y normas sobre conservación y uso de las áreas e inmuebles que son patrimonio cultural. (3) El señalamiento y localización de las infraestructuras de la red vial nacional y regional, los puertos y aeropuertos y los sistemas de suministros de agua, energía y servicios de saneamiento básico. (4) Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano en cuanto sean aplicables¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Artículo 5 Ley 388 de 1997. Posteriormente, el artículo 2 de la LOOT definió el ordenamiento territorial como «un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político-administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia. La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados de gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos (...)».

¹⁰⁶ Artículo 3, Decreto 879 de 1998.

En el año 2011 se expidió la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011, LOOT), que tiene por objeto *«dictar las normas orgánicas para la organización político-administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político-administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial»*.

Ahora, en materia de competencias, el artículo 7 de la Ley 388 de 1997 que regulaba el tema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, pues los aspectos medulares de la organización territorial, en todo aquello no directamente definido por el Constituyente, sólo pueden ser regulados a través de la ley orgánica territorial; entre otras razones, por la necesidad de que las decisiones básicas se apoyen en el mayor consenso posible y, además, se adopten mediante un instrumento normativo que desde un principio —no de manera casual o como resultado fortuito de las deliberaciones parlamentarias—, se ocupe del tema territorial¹⁰⁷.

Por lo anterior, la LOOT asumió la tarea, y señaló que se entiende por competencia la *«facultad o poder jurídico que tienen la Nación, las entidades territoriales y las figuras de integración territorial para atender de manera general responsabilidades estatales»*¹⁰⁸. En materia de ordenamiento territorial¹⁰⁹, radicó en cabeza de la Nación las competencias para establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas; determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa; señalamiento de los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades; entre otros.

Por su parte, señala que a los Departamentos les corresponde establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-795 de 2000. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁸ Artículo 26 LOOT.

¹⁰⁹ Artículo 29 LOOT.

totalidad o porciones específicas de su territorio; establecer las directrices y orientaciones específicas para el ordenamiento del territorio en los municipios que hacen parte de un Área Metropolitana¹¹⁰; implementar programas de protección especial para la conservación y recuperación del medio ambiente, entre otras.

En relación con los Distritos¹¹¹, a éstos les corresponde dividir el territorio distrital en localidades, de acuerdo a las características sociales de sus habitantes y atribuir competencias y funciones administrativas; y organizarse como áreas metropolitanas, siempre que existan unas relaciones físicas, sociales y económicas que den lugar al conjunto de dicha característica y coordinar el desarrollo del espacio territorial integrado por medio de la racionalización de la prestación de sus servicios y la ejecución de obras de interés metropolitano.

Finalmente, establece que al Municipio le corresponde formular y adoptar los Planes de Ordenamiento del Territorio; reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes; y optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en ar-

¹¹⁰ Las Áreas Metropolitanas son definidas como entidades administrativas de derecho público, formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo, vinculados entre sí por dinámicas e interrelaciones territoriales, ambientales, económicas, sociales, demográficas, culturales y tecnológicas que para la programación y coordinación de su desarrollo sustentable, desarrollo humano, ordenamiento territorial y racional prestación de servicios públicos requieren una administración coordinada. Se encuentran reguladas en la Ley 1625 de 2013.

¹¹¹ Los Distritos son entidades territoriales organizadas de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, que se encuentran sujetos a un régimen especial, en virtud del cual sus órganos y autoridades gozan de facultades especiales diferentes a las contempladas dentro del régimen ordinario aplicable a los demás municipios del país, así como del que rige para las otras entidades territoriales establecidas dentro de la estructura político administrativa del Estado colombiano. Se encuentran regulados en la Ley 1617 de 2013, cuyas disposiciones son aplicables a todos los distritos creados y que se creen, a excepción del Distrito Capital de Bogotá, que tiene su propia normatividad. Los distritos en Colombia son: Bogotá, Distrito Capital; Barranquilla, Distrito Especial, Industrial y Portuario; Buenaventura, Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Eco-turístico; Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural; y Santa Marta, Distrito Turístico, Cultural e Histórico.

monía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

En relación con lo anterior, el artículo 8 de la Ley 388 de 1997 señala que la función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la *acción urbanística* de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras: clasificar¹¹² el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesi-

¹¹² Las clases de suelo se encuentran descritas en los artículos 30 y siguientes de la Ley 388 de 1997. Los planes de ordenamiento territorial clasificarán el territorio de los municipios y distritos en suelo urbano, rural y de expansión urbana. Al interior de estas clases podrán establecerse las categorías de suburbano y de protección, de conformidad con los criterios generales establecidos en los artículos siguientes. Constituyen el *suelo urbano*, las áreas del territorio distrital o municipal destinadas a usos urbanos por el plan de ordenamiento, que cuenten con infraestructura vial y redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado, posibilitándose su urbanización y edificación, según sea el caso. En segundo lugar, el *suelo de expansión urbana*, constituido por la porción del territorio municipal destinada a la expansión urbana, que se habilitará para el uso urbano durante la vigencia del plan de ordenamiento, según lo determinen los Programas de Ejecución. En tercer lugar, el *suelo rural* constituido por los terrenos no aptos para el uso urbano, por razones de oportunidad, o por su destinación a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas. Además, existe el *suelo suburbano*, constituido por las áreas ubicadas dentro del suelo rural, en las que se mezclan los usos del suelo y las formas de vida del campo y la ciudad, diferentes a las clasificadas como áreas de expansión urbana, que pueden ser objeto de desarrollo con restricciones de uso, de intensidad y de densidad, garantizando el autoabastecimiento en servicios públicos domiciliarios. Y finalmente el *suelo de protección*, constituido por las zonas y áreas de terreno localizados dentro de cualquiera de las anteriores clases, que por sus características geográficas, paisajísticas o ambientales, o por formar parte de las zonas de utilidad pública para la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios o de las áreas de amenazas y riesgo no mitigable para la localización de asentamientos humanos, tiene restringida la posibilidad de urbanizarse.

dades colectivas; calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social; localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística; identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados.

En el contexto colombiano la planificación también juega un papel primordial en el ordenamiento territorial. El Plan de Ordenamiento Territorial (POT) es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como «*el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo*»¹¹³. La Ley 388 de 1997, estableció en su artículo 9 tres categorías de planes de ordenamiento, dependiendo del número de habitantes. En primer lugar, se encuentran los *Planes de Ordenamiento Territorial* que son elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes. En segundo lugar están los *Planes Básicos de Ordenamiento Territorial*, elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes, y en tercer lugar, los *Esquemas de Ordenamiento Territorial*, elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes.

Dichos Planes de Ordenamiento Territorial se insertan en el ordenamiento jurídico como verdaderas normas jurídicas, pues son adoptados por las corporaciones administrativas municipales mediante acuerdos, que consisten básicamente en actos administrativos de carácter general y al mismo tiempo una expresión concreta de la potestad reglamentaria que la constitución asigna a los entes territoriales en la gestión de sus propios asuntos¹¹⁴.

En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta unas *determinantes*, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus

¹¹³ Artículo 9, Ley 388 de 1997.

¹¹⁴ Sobre la naturaleza política, técnica y normativa de los POT, cfr. RINCÓN CÓRDOBA (2012, pp. 63 y ss.).

propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes. En primer lugar, las determinantes ambientales, relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales la prevención de amenazas y riesgos naturales. Se trata de las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del SINA, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio; tales como las limitaciones derivadas de estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales, entre otros aspectos de naturaleza ambiental. En segundo lugar, las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico. En tercer lugar, el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia, y finalmente los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano.

Con respecto al contenido de los planes de ordenamiento territorial, la normatividad señala que deberán contemplar tres componentes: El componente *general* del plan, el cual estará constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo¹¹⁵; el componente *urbano*, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano¹¹⁶; y el componente *rural*, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para orientar y garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, así como la conveniente utilización del suelo¹¹⁷.

Ahora, la formulación y aprobación de los Planes de Ordenamiento es un procedimiento participativo, por lo que se regulan

¹¹⁵ Artículo 12, Ley 388 de 1997; y artículo 9, Decreto 879 de 1998.

¹¹⁶ Artículo 13, Ley 388 de 1997; y artículo 10, Decreto 879 de 1998.

¹¹⁷ Artículo 14, Ley 388 de 1997; y artículo, 11, Decreto 879 de 1998.

instancias de concertación interinstitucional y consulta ciudadana¹¹⁸. Por ejemplo, el proyecto de Plan se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente, para su aprobación en lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales, dentro del ámbito de su competencia de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 99 de 1993. El proyecto de plan de ordenamiento territorial, como documento consolidado después de surtir la etapa de la participación democrática y de la concertación interinstitucional, será presentado por el alcalde a consideración del concejo municipal o distrital, para su aprobación definitiva.

Finalmente, en relación con la revisión del Plan, el artículo 28 de la Ley 388 de 1997 señala que *«las revisiones estarán sometidas al mismo procedimiento previsto para su aprobación y deberán sustentarse en parámetros e indicadores de seguimiento relacionados con cambios significativos en las previsiones sobre población urbana; la dinámica de ajustes en usos o intensidad de los usos del suelo; la necesidad o conveniencia de ejecutar proyectos de impacto en materia de transporte masivo, infraestructuras, expansión de servicios públicos o proyectos de renovación urbana; la ejecución de macroyectos de infraestructura regional o metropolitana que generen impactos sobre el ordenamiento del territorio municipal o distrital, así como en la evaluación de sus objetivos y metas del respectivo plan»*¹¹⁹; cuestiones a las cuales me referiré en el siguiente punto.

Antes de pasar al análisis de los elementos de protección y garantía, corresponde finalizar esta parte con una breve mención del régimen normativo de las zonas verdes, al igual que como se hizo en el análisis del marco normativo en España. En el ordenamiento colombiano las zonas verdes son definidas como un *«espacio de carácter permanente, abierto y empradizado, de dominio o uso público, que hace parte del espacio público efectivo y destinado al uso recreativo»*¹²⁰, cuya

¹¹⁸ Artículos 23 y ss., Ley 388 de 1997; y 22 y ss., Decreto 879 de 1998.

¹¹⁹ La revisión y modificación de los Planes se encuentra regulada con más detalle en el Decreto 4002 de 2004, sobre el cual volveré más adelante.

¹²⁰ Artículo 3 Decreto 798 de 2010. Esta norma también regula el tema de los *estándares urbanísticos*, concebidos como el conjunto de patrones de medida o referentes que orientan la planificación, diseño y construcción de los desarrollos de vivienda, equipamientos y espacios públicos, así como de los elementos que constituyen los perfiles viales. Los municipios y distritos podrán adoptar los estándar

regulación corresponde al municipio, como ya se analizó. Por ejemplo, una de las acciones urbanísticas señaladas en la ley es la determinación de espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. Además, dentro del componente urbano de los POT deberá incluirse *«la localización prevista para los equipamientos colectivos y espacios libres para parques y zonas verdes públicas de escala urbana o zonal, y el señalamiento de las cesiones urbanísticas gratuitas correspondientes a dichas infraestructuras»*.

Además, las normas que reservan espacios libres para parques y zonas verdes de escala urbana y zonal son consideradas normas urbanísticas de *carácter estructural*, que son las que aseguran la consecución de los objetivos y estrategias adoptadas en el componente general del plan y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano. Por lo anterior, prevalecen sobre las demás normas, en el sentido de que las regulaciones de los demás niveles no pueden adoptarse ni modificarse contraviniendo lo que en ellas se establece, y su propia modificación sólo puede emprenderse con motivo de la revisión general del plan o excepcionalmente a iniciativa del alcalde municipal o distrital, con base en motivos y estudios técnicos debidamente sustentados¹²¹. Como se ve, las normas relativas a los espacios públicos y las zonas verdes en Colombia también tienen un carácter especial, el cual determina su régimen jurídico.

A manera de ejemplo, en el caso de Bogotá el Acuerdo Distrital 327 de 2008 señala las normas para la planeación, generación y sostenimiento de zonas verdes denominadas «Pulmones Verdes» en

dares urbanísticos como parámetro mínimo de calidad para la ejecución de las actuaciones urbanísticas relacionadas con el ordenamiento del territorio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 15 de la Ley 388 de 1997 o la norma que la adicione, modifique o sustituya, los municipios y distritos podrán establecer en sus planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen y complementen, condiciones urbanísticas de calidades superiores a las previstas en el presente decreto. En el Documento CONPES 3718 de 2012 que contiene la *Política Nacional del Espacio Público*, las Zonas Verdes son definidas como las *«áreas libres públicas, constituidas por franjas predominantemente arborizadas, empedradas y/o ajardinadas, que complementan el sistema de movilidad y contribuyen a la preservación de los valores paisajísticos y ambientales de la ciudad. Para su cuantificación se tendrán en cuenta aquellas áreas que garanticen su accesibilidad y que estén habilitadas para el uso, goce y disfrute público: malecones, alamedas, park ways, glorietas»*.

¹²¹ Artículo 15, Ley 388 de 1997.

el Distrito Capital¹²², de acuerdo con el cual la Administración Distrital, en cabeza de la Secretaría Distrital de Planeación, la Secretaría Distrital de Ambiente y el Jardín Botánico José Celestino Mutis ajustarán las normas urbanísticas y las variables de diseño que toda actuación urbanística e instrumento de planeación debe contemplar para la planificación, con el objeto de incrementar la generación y sostenimiento ecosistémico de las zonas verdes en el espacio público de la ciudad y de garantizar el espacio mínimo vital para el óptimo crecimiento de los árboles y de los elementos naturales existentes¹²³.

Posteriormente, el 531 de 2010 reglamentó la silvicultura urbana, zonas verdes y la jardinería en la ciudad y define las responsabilidades de las Entidades Distritales en relación con el tema. En esta norma la zona verde es definida como un *«espacio de carácter permanente de dominio público o privado y/o uso público, que hace parte del espacio público efectivo establecido con el objeto de incrementar la generación y sostenimiento ecosistémico de la ciudad y de garantizar el espacio mínimo vital para el desarrollo de los elementos naturales que cumplen funciones de pulmón verde para la ciudad»*. En materia de planificación, existe un *Plan Distrital de Silvicultura Urbana, Zonas verdes y Jardinería*, que consiste en el instrumento directriz para la planificación de la Silvicultura urbana, Zonas verdes y Jardinería de Bogotá. Este Plan definirá los escenarios de corto, mediano y largo plazo, y contendrá, entre otros componentes, un diagnóstico del estado actual de la arborización y de los emplazamientos; un inventario y caracterización de las zonas verdes y jardinería, estrategias de participación y el esquema de gestión pública; los soportes e instrumentos técnicos

¹²² La Secretaría Distrital de Ambiente (SDA) es la autoridad ambiental dentro del perímetro urbano del Distrito Capital y por lo mismo corresponde entre otras cosas dirigir y coordinar la gestión ambiental de Bogotá D.C.

¹²³ Con respecto a los trámites relacionados con las zonas verdes, el Acuerdo Distrital 327 de 2008 establece un requisito especial, al señalar que las entidades públicas que realicen obras de infraestructura que implique la reducción del área verde en zona urbana deberán compensarla con espacio público para la generación de zonas y áreas verdes como mínimo en la misma proporción del área verde endurecida, dentro del área de influencia del proyecto. Es decir, la compensación de las zonas verdes reducidas sólo será exigible cuando quien haga la reducción de dicha zona verde sea una entidad pública, en el marco de la realización de una obra de infraestructura.

y tecnológicos y la estrategia financiera y económica. Este documento tendrá una vigencia de 12 años a partir de su adopción por parte de la Secretaría Distrital de Ambiente, con una revisión y ajuste cada 4 años¹²⁴. A continuación me referiré a los elementos de garantía y protección de las zonas verdes frente a las modificaciones urbanísticas.

B) *Elementos de garantía y protección*

Continuando con la metodología propuesta, en este punto me centraré en el análisis de los elementos de garantía del nivel de protección ambiental alcanzado, específicamente en materia de zonas verdes y de destinación de usos del suelo con fines de protección ambiental, y las modificaciones que pueda sufrir dicha destinación.

Limitaciones a las modificaciones urbanísticas con afectación del nivel de protección ambiental. Como ya dije, en materia urbanística también es posible identificar un nivel de protección ambiental alcanzado, consistente, por ejemplo, en el establecimiento de una zona verde o de un suelo de especial protección. En estos casos, analizaré la normatividad colombiana, con el fin de indagar si existen elementos de protección contra modificaciones que puedan atentar contra dicho nivel, tal como se advirtió en el caso español.

Antes de proceder con el análisis específico, ya adelanté que las normas que reservan espacios libres para parques y zonas verdes de escala urbana y zonal son consideradas normas urbanísticas de carácter estructural. Lo mismo sucede con las normas que clasifican y delimitan los suelos y con las que definan las áreas de protección y conservación de los recursos naturales y paisajísticos, las que delimitan zonas de riesgo y en general, todas las que conciernen al medio ambiente, las cuales en ningún caso, salvo en el de la revisión del plan, serán objeto de modificación, de acuerdo con lo establecido en la Ley 388 de 1997.

En estos tres casos (zonas verdes, clasificación del suelo y protección ambiental) estas normas prevalecen sobre las demás normas urbanísticas, en el sentido de que las regulaciones de los demás

¹²⁴ Artículo 4, Decreto 531 de 2010.

niveles no pueden adoptarse ni modificarse contraviniendo lo que en ellas se establece, y su propia modificación sólo puede emprenderse con motivo de la revisión general del plan. Es decir, según lo expuesto, no sería posible la modificación excepcional contemplada en la normatividad¹²⁵; lo que constituye un primer elemento de protección y garantía de estas figuras. En consonancia con lo anterior, el artículo 28 de la Ley 388 de 1997, ya analizado, establece que el contenido estructural del plan tendrá una vigencia de largo plazo, que para este efecto se entenderá como mínimo el correspondiente a tres períodos constitucionales de las administraciones municipales y distritales, teniendo cuidado en todo caso de que el momento previsto para su revisión coincida con el inicio de un nuevo período para estas administraciones.

Entonces, la revisión y ajuste los contenidos de largo, mediano o corto plazo de los Planes de Ordenamiento Territorial, podrá hacerse siempre y cuando haya vencido el término de vigencia de cada uno de ellos, según lo establecido en dichos planes. No obstante, como se vio, por razones de excepcional interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito, el alcalde municipal o distrital podrá iniciar en cualquier momento el proceso de revisión del Plan o de alguno de sus contenidos. Serán circunstancias de excepcional interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito, que justifiquen la revisión del Plan de Ordenamiento, en primer lugar, la declaratoria de desastre o calamidad pública, por la ocurrencia súbita de desastres de origen natural o antrópico; y en segundo lugar, los resultados de estudios técnicos detallados sobre amenazas, riesgos y vulnerabilidad

¹²⁵ El artículo 6 del Decreto 4002 del 2004 considera un caso según el cual la modificación excepcional de algunas de las normas urbanísticas de carácter estructural o general del Plan de Ordenamiento Territorial, que tengan por objeto asegurar la consecución de los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo definidas en los componentes General y Urbano del POT, podrá emprenderse en cualquier momento, a iniciativa del Alcalde municipal o distrital, siempre y cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos que dan lugar a su modificación, que en todo caso se sujetará en todo a las previsiones vigentes en el POT, de acuerdo con la jerarquía de prevalencia de los componentes, contenidos y demás normas urbanísticas que lo integran. Se exige que el proyecto de revisión del POT incluya una memoria justificativa indicando con precisión, la necesidad, la conveniencia y el propósito de las modificaciones que se pretenden efectuar. Adicionalmente, se anexará la descripción técnica y la evaluación de sus impactos sobre el Plan de Ordenamiento vigente.

que justifiquen la recalificación de áreas de riesgo no mitigable y otras condiciones de restricción diferentes de las originalmente adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial vigente.

Así que en principio, la revisión de las normas estructurales en cualquier momento está circunscrita a unos requisitos muy específicos, a los cuales pueden adicionarse dos cuestiones más. De un lado, el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios; establece un requisito adicional, en los siguientes términos: *«Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la Ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio. Parágrafo. En todo caso, las decisiones sobre el uso del suelo deben ser aprobadas por el Concejo Municipal»*.

Y de otro lado, el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, relativo a las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, señala en el numeral 9 que a estas entidades les corresponde *«otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva»*; lo cual ha sido interpretado como la obligatoriedad de consultar a las Corporaciones cuando sea necesario realizar un cambio en el uso del suelo que pueda generar un impacto ambiental.

A estos requisitos se ha referido la jurisprudencia de la siguiente manera: *«Así pues, asiste razón al actor en sostener que existen ciertos límites legales que los concejos municipales deben observar al ejercer la atribución de reglamentar los usos del suelo, como serían los de consultar a la autoridad ambiental en el evento de que la variación del uso del suelo tenga impacto ambiental (Ley 99 de 1993, art. 31) o la consulta (Ley 133 de 1994, art. 33), o dar estricta observancia al Plan de Desarrollo, atendido el rango Jerárquicamente superior que ostenta el Acuerdo que lo aprueba. Sin embargo, ni la participación de CORTOLIMA ni la realización de*

consulta popular eran obligatorios pues los supuestos fácticos del caso presente no se subsumen en las hipótesis normativas previstas en los artículos 31 de la Ley 99 de 1993 y 33 de la Ley 136 de 1994, amén de que el señalamiento de la vocación arqueológica y turística de la vereda Cañaverales como uso principal conservó la vocación agrícola y ganadera definida en el Plan de Desarrollo, y no conllevó impacto ambiental ni variación significativa en las actividades tradicionales del municipio. Cosa distinta habría ocurrido si, por ejemplo, el cambio de uso del suelo hubiese consistido en eliminar la vocación agrícola y ganadera para sustituirla por la industrial, pues en tal evento, sí habría sido necesario que el Consejo cumpliera los requisitos que el apelante echa de menos»¹²⁶.

Recapitulando, según lo dispuesto en la Ley 388 de 1997, la modificación de las normas estructurales relativas a las clases de suelo y a las zonas verdes, podrá realizarse, como regla general, en el marco de la revisión general del plan, y excepcionalmente «*siempre y cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos que dan lugar a su modificación*». Mientras que las normas relativas a la protección del medio ambiente, únicamente podrán ser objeto de modificación en el marco de la revisión general del plan, con el cumplimiento de los demás requisitos señalados en la normatividad ambiental.

C) *Práctica jurisprudencial*

Respetando la metodología seguida en este capítulo, correspondería ahora analizar la jurisprudencia más relevante en materia de urbanismo y su relación con el Principio de No Regresión. No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano no se han abordado los conflictos urbanísticos desde el punto de vista del Principio de No Regresión, como si sucede en el caso español ya analizado. De todas formas, en este punto destacaré alguna jurisprudencia en la que se han tratado aspectos afines, con el fin de determinar si sería posible aplicar dicho principio a este tipo de conflictos jurídicos.

Incumplimiento de los requisitos para los cambios de uso del suelo protegido. No ha sido frecuente el tratamiento de estos conflictos

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia 73001-23-31-000- 2000-0133-02(8324), 2 de marzo de 2006. C. P. Camilo Arciniegas Andrade.

jurídicos desde un punto de vista relevante para esta investigación; y no se identifican sentencias que expresamente mencionen el Principio de No Regresión en materia ambiental, salvo la ya descrita¹²⁷. No obstante, si es posible identificar algunas sentencias en las que se han abordado de una u otra manera cuestiones relacionadas.

Por ejemplo, el Consejo de Estado¹²⁸, conoció de una apelación contra una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad del Acuerdo 036 de 1997, «Por medio del cual se modifica el uso del suelo de unos predios en la zona rural y urbana del municipio de Soacha». Mediante este Acuerdo se modificó el uso del suelo de agrícola a industrial de 40 hectáreas ubicadas en el corazón de una reserva agrícola en los cuales se planea el establecimiento de una industria de vidrio. Las razones de la demanda de nulidad radican en que dicho acuerdo fue expedido contraviniendo la Ley 388 de 1997. En lo que aquí interesa, los demandantes señalan que el Concejo Municipal afirmó que los predios en cuestión *«no son aptos para la explotación agrícola o ganadera por sus condiciones áridas, por lo que sí podría ser utilizado como zona industrial lo que se convertiría en un generador de empleo»*; afirmación realizada sin ningún sustento técnico ni jurídico. En lo que se ha considerado como «zona árida» han existido y existen cultivos agroindustriales de frutas y flores que desmienten el concepto de aridez; además, no se solicitaron estudios sobre la capacidad agrológica de los predios por alguna entidad especializada. Entonces, permitir la actividad industrial en unos predios que se encuentran inmersos en una zona de reserva agrícola y que no cuentan con los servicios públicos necesarios para su operación es desconocer que la actividad industrial va a incidir en los predios colindantes que continúan teniendo vocación y destinación agrícola. En momento alguno el cambio de uso del suelo obedeció a un plan. Tampoco se tuvo en cuenta a la autoridad ambiental la cual debía intervenir en la decisión pues se generarán impactos ambientales permitiendo el funcionamiento de una industria en el corazón de una reserva agrí-

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia 25000-23-24-000-1999-0519-01(8006), 31 de octubre de 2002. C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

cola de su jurisdicción. El Consejo de Estado confirmó la sentencia apelada, confirmando la nulidad del acuerdo; y señaló, entre otros argumentos, que *«no puede dejarse de lado el aspecto muy significativo relacionado con la importancia que tienen las áreas de reserva forestal o agrícola como fuente de recursos para los centros urbanos, al tiempo que constituyen un pulmón que les permite mantener un aire sano y un ambiente más propicio para la salud de sus habitantes y, por ello, el cambio de destinación de un área de reserva forestal debe hacerse previo el análisis de toda una serie de consecuencias y conforme a los requisitos señalados en normas superiores, para lo cual debe tenerse en cuenta que la reglamentación de usos del suelo y el señalamiento de áreas de reserva forestal, aspectos que deben estar incluidos dentro de los Planes de Desarrollo, marcan delimitaciones cuya modificación no puede desconocer el mismo Plan sin motivaciones suficientes para adoptar la nueva medida»*. Como es obvio, no aparece mencionado expresamente el Principio de No Regresión, pero si algunos de sus elementos fundamentales, como la necesidad de contar con «motivaciones suficientes» cuando se requieran modificaciones de los usos del suelo que desconozcan la planificación territorial.

Otro caso reciente e interesante en el que se evidencia un retroceso del nivel de protección ambiental alcanzado, por el incumplimiento de los requisitos para la modificación de la planificación urbanística, lo constituye el caso del POT de Bogotá. Este Plan, adoptado mediante Decreto Distrital 619 de 2000, revisado por el Decreto Distrital 469 de 2003, y compilado por el Decreto Distrital 190 de 2004, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., fue modificado por el Decreto Distrital 364 de 26 de agosto de 2013, *«Por el cual se modifican excepcionalmente las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D.C. (MEPOT)»*.

Se trata de una modificación excepcional de la planificación, con fundamento en razones de diversa índole. Por ejemplo, se hizo necesario realizar ajustes a las proyecciones de población en relación con el censo 2005; gestionar la toma de decisiones de ordenamiento territorial en coherencia con las nuevas condiciones de riesgo para la vida de las personas provocadas por los efectos del cambio climático; implementar el SITP —Sistema Integrado de Transporte Público—, al cual se integran tecnologías eco-eficientes de transporte (Red Metro, Tren ligero y Cable Aéreo); armonizar el orde-

namiento del territorio rural de Bogotá, que corresponde al 75% del territorio bogotano, con las normas nacionales; y en general, era necesario realizar una simplificación normativa, con los correspondientes ajustes y correcciones de vacíos.

Una de las mayores novedades que trae el MEPOT es el tratamiento de las cuestiones ambientales. Elementos como la definición de la *Estructura Ecológica Principal*¹²⁹; la integración del corredor ecológico de la Sabana de Bogotá, la creación de nuevas zonas de protección ambiental y de más espacios verdes; evitar la ampliación del Relleno Sanitario Doña Juana, ponerle freno a la construcción en los Cerros Orientales, reconocer la Reserva Forestal de la Cuenca Alta del río Bogotá y prohibir nuevas explotaciones mineras; entre otros, son aspectos que evidencian una preocupación mayor y una consideración integral de las cuestiones ambientales en el planeamiento urbanístico de la ciudad¹³⁰.

No obstante, este último Decreto fue suspendido provisionalmente conforme con lo ordenado por la Sección Primera del Consejo de Estado en auto del 27 de marzo de 2014; con lo cual vuelve a entrar en vigencia el Decreto 190 de 2004. La suspensión provisional es una medida cautelar impuesta en el proceso contra dicho Decreto de Modificación excepcional, por incumplimiento de las normas de competencia, pues como se vio la competencia para reglamentar el uso del suelo está radicada en cabeza del Con-

¹²⁹ Resulta interesante comparar la definición de la *Estructura Ecológica Principal* contenida en las dos normas. De un lado, el artículo 72 del Decreto 190 de 2004 la define como «la red de espacios y corredores que sostienen y conducen la biodiversidad y los procesos ecológicos esenciales a través del territorio, en sus diferentes formas e intensidades de ocupación, dotando al mismo de servicios ambientales para su desarrollo sostenible (...)». Mientras que el artículo 16 del Decreto 364 de 2013 la define como «el sistema de áreas con valores ambientales presentes en el espacio construido y no construido que interconectadas dan sustento a los procesos y las funciones ecológicas esenciales y a la oferta de servicios ambientales y ecosistémicos (actuales y futuros) para el soporte de la biodiversidad y del desarrollo socio económico y cultural de las poblaciones en el territorio. Esta estructura se configura a partir de la integración de las áreas de origen natural y antrópico, las cuales mantienen una oferta ambiental significativa para los habitantes de la ciudad y la región»(...). Una simple revisión de estas dos definiciones permite ver una tratamiento más integral y sistémico por parte de la nueva normatividad.

¹³⁰ EL ESPECTADOR. «La defensa ambiental del POT» (12 de junio de 2013) Disponible en la página web: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/defensa-ambiental-del-pot-articulo-427447> (consultado el 6 de abril de 2015).

cejo de la ciudad, y no en el Alcalde. Se han presentado varias demandas ante el Consejo de Estado contra el MEPOT, con fundamento en argumentos de distinta naturaleza: modifica por completo el Plan de Ordenamiento vigente, tiene vicios de legalidad y carece de sustento técnico y jurídico, pues en síntesis, fue aprobado por medio de decreto del alcalde, y no adoptado por el Consejo de la ciudad, en clara violación de las normas de competencia y procedimiento para este tipo de modificaciones¹³¹.

Entonces, de acuerdo con lo analizado, la suspensión provisional (o definitiva, según la decisión del Consejo de Estado) del Decreto de modificación excepcional podría configurar una medida regresiva en materia ambiental. Es decir, con el nuevo POT, en teoría, se alcanza un determinado nivel de protección ambiental, el cual es disminuido y afectado con la suspensión de dicha norma. Así lo han reconocido algunos expertos, pues se ha advertido que la decisión de suspensión es *«excesivamente grave para la ciudad porque gran parte de las acciones que se han implementado gracias al POT se podrían detener y, entonces, se podría hablar de que la ciudad entraría a una parálisis en casi todos los campos. (...)»*, y *«(...) lo preocupante es que no hay una estrategia paralela que ponga esos temas sobre la mesa porque en el país no están claras las políticas ambientales y se conoce otro documento*

¹³¹ Una de las demandas presentadas el argumenta que el MEPOT violó el artículo 313 de la Constitución, que le da la competencia de reglamentar el uso del suelo y el control y vigilancia de las actividades relacionadas con la construcción a los concejos municipales, por lo que el alcalde «usurpó» las competencias del cabildo. Se denuncia además que el alcalde violó la Ley 810 del 2003 al darles una «falsa interpretación de sus alcances». Dicha ley señala que si el Concejo no aprueba en el término de 90 días los planes de ordenamiento territorial presentados por iniciativa del alcalde, este podría expedirlo por decreto. No obstante, el Concejo sí le dio trámite a la iniciativa, pues la Comisión de Ordenamiento Territorial del cabildo de Bogotá tomó la decisión de archivar el proyecto y posteriormente la plenaria de la corporación, en segunda instancia, adoptó la misma decisión, lo que demuestra que el Concejo sí se pronunció en el término establecido por la ley, hubo análisis y discusión y aprobó la ponencia negativa del proyecto. REVISTA SEMANA. «La otra demanda contra el POT de Petro» (4 de septiembre de 2013) Disponible en la página web <http://www.semana.com/nacion/articulo/telefono-pedraza-demando-el-pot-decretado-por-gustavo-petro/356496-3> (consultado el 6 de abril de 2015). Ver, además, EL ESPECTADOR. «Concejal radica demanda contra el Plan de Ordenamiento Territorial» (20 de septiembre de 2013). Disponible en la página web <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/concejal-radica-demanda-contra-el-plan-de-ordenamiento-articulo-447590> (consultado el 6 de abril de 2015).

que haya contemplado tan de frente el tema ambiental como lo hizo este POT»¹³².

No cabe duda que este es un caso en el cual el Principio de No Regresión podría ser aplicado. Si bien corresponderá al Consejo de Estado analizar en primer lugar, como es indudable, el asunto relativo al incumplimiento de la normatividad en materia de competencia y procedimiento para la modificación de las normas urbanísticas; Además, en virtud de este principio, no podrá desconocer los efectos que traerá para el medio ambiente la suspensión temporal o definitiva del nuevo POT, pues se estaría volviendo a un estado normativo anterior (Decreto 190 de 2004) en el que la protección ambiental era comparativamente menor. Sólo cabe esperar que el Consejo de Estado incluya en su análisis los elementos del Principio de No Regresión, pues permitirán llegar a una decisión que sea lo más respetuosa con el nivel de protección ambiental alcanzado; sin desconocer, como es lógico, el respeto al marco normativo vigente¹³³.

¹³² REVISTA SEMANA. «¿Qué significa para Bogotá la suspensión del POT?» (3 de abril de 2014). Disponible en la página web <http://www.semana.com/nacion/articulo/que-significa-para-bogota-la-suspension-del-pot/382508-3> (consultado el 6 de abril de 2015).

¹³³ Un ejemplo similar se presentó en el ordenamiento colombiano en relación con la expedición del Código de Minas. Por medio de la Ley 1382 de 2010 se modificó el Código de Minas (Ley 685 de 2001). Con las modificaciones que se introdujeron al Código de Minas con la Ley 1382 de 2010, se obtuvieron grandes logros ambientales con el objetivo de fortalecer la gobernabilidad de las autoridades ambientales y la protección del ambiente, para lo cual establece reglas en materia de exclusión de zonas protegidas, en las que no se podrá realizar explotación minera, entre otras cuestiones. Es decir, esta norma contempla un nivel de protección ambiental elevado en relación con la actividad minera. No obstante, la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, porque al regular asuntos que afectan directamente a las comunidades tradicionales, debió ser objeto de consulta previa a las mismas, de acuerdo como lo estipulan los preceptos constitucionales que se consideran violados (arts. 2, 7, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad). Como ese procedimiento fue omitido y de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la ley acusada deviene inexecutable. La Corte ha concluido que «(1) la Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (2) este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico. No obstante, la Corte también encuentra

Un escenario similar se dio en Panamá, en el caso que ya se ha estudiado con anterioridad. En dicha sentencia, la declaración de *área protegida* del Humedal Bahía de Panamá se realizó sin haber cumplido con la obligación de realizar un acto de participación ciudadana; es decir, se realizó incumpliendo la normatividad vigente. Pero se encontró que retirar del ordenamiento dicha normativa constituiría una regresión del nivel de protección ambiental alcanzado, por lo que se le dio mayor importancia a la salvaguarda del ecosistema en cuestión, sacrificando de esta manera la vigencia del orden jurídico¹³⁴.

Incumplimiento de los requisitos para las modificaciones de zonas verdes y espacios libres. De la revisión de la jurisprudencia colombiana, especialmente en materia de afectación de zonas verdes, puede

que, como lo señalan algunos intervinientes, dicha exclusión podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional, en especial la protección del medio ambiente, en tanto se dejarían sin efectos reglas de la Ley acusada que tienen ese propósito específico. De este modo, resultaría necesario adoptar en esta oportunidad fórmulas de decisión que eviten dicha afectación, como diferir los efectos de inconstitucionalidad por un término determinado, a fin que se evite dicho vacío normativo». En el caso analizado, se tiene que distintos contenidos de la Ley 1382 de 2010, prevén modificaciones al Código de Minas, destinadas a aumentar los estándares y exigencias frente al impacto ambiental de la actividad minera. La Corte advierte que «*la exclusión de reglas de este carácter, implicaría la eliminación de condiciones ambientales necesarias para hacer compatible la actividad minera con la satisfacción de los derechos constitucionales relacionados con el goce de un medio ambiente sano*». Entonces, la existencia de un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero, en criterio de la Corte, «*lleva a una situación de grave e inaceptable riesgo de los bienes constitucionales antes reseñados*». Esta circunstancia implica la necesidad de diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados, por lo que se difieren los efectos de inconstitucionalidad, por un lapso de dos años, «*de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno*» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva). Si bien en ningún lado la sentencia menciona el Principio de No Regresión, es un claro ejemplo de una fundamentación acorde con dicho principio, pues se pretende evitar la disminución del nivel de protección que se derivaría de la eliminación absoluta de la normatividad demandada. Se trata, en últimas, de un «*sacrificio temporal en términos de vigencia del principio de supremacía constitucional*», el cual se admite con el fin de evitar una afectación mayor a los recursos naturales.

¹³⁴ Sentencia n.º 123-12, de 23 de diciembre de 2013.

evidenciarse una situación interesante. Como ya se ha dicho, el ordenamiento jurídico colombiano contempla —constitucional y legalmente— las acciones populares, como mecanismos idóneos para proteger los derechos colectivos, entre ellos, el espacio público¹³⁵. Las zonas verdes, por definición, hacen parte del espacio público urbano, de acuerdo con el marco normativo analizado. Entonces, las acciones populares son los mecanismos jurídicos idóneos para la protección de las zonas verdes en Colombia; por lo que estas acciones son el ámbito de análisis de las medidas supuestamente regresivas en materia de zonas verdes.

De acuerdo con lo anterior, el juez de acción popular ya tiene la obligación —constitucional y legal— de revisar que cualquier disminución del nivel de protección alcanzado en materia de derechos colectivos cuente con la suficiente motivación y sea necesaria, razonable y proporcional¹³⁶. Es decir, todo parecería indicar que no

¹³⁵ Artículo 88, Constitución Política Colombiana: «La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos». Artículo reglamentado por la Ley 478 de 1998, que regula los mecanismos judiciales de protección de los derechos colectivos, entre los que se señalan: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;... c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;... d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; ...m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; entre otros.

¹³⁶ Lo dicho se refuerza si se tiene en cuenta que la Ley 472 de 1998, en relación con la interpretación de los derechos colectivos (art. 7) expresamente señala que «los derechos e intereses protegidos por las Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 4 de la presente Ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia». Es decir, que de acuerdo con lo que se ha estudiado, los

ha existido la necesidad de invocar el Principio de No Regresión expresamente para examinar la afectación a dichos derechos en el contexto analizado en la presente investigación; ya que el ordenamiento jurídico ya contempla las herramientas jurídicas suficientes para llevar a cabo dicho análisis; y se podría decir que la idea de no regresión siempre ha estado implícita en estas herramientas. Resultaría insostenible realizar un análisis *in extenso* de la jurisprudencia colombiana en materia de acciones populares con el fin de verificar esta hipótesis; por lo que me referiré concretamente a algunos ejemplos que evidencian esta situación.

Un caso interesante es el relacionado con la construcción de una ruta para la circulación de bicicletas en el perímetro urbano de Bogotá¹³⁷. Contra dicha obra se interpuso una acción popular, alegando la afectación de los derechos colectivos señalados en los literales a), c) y m) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, ya expuestos. En relación con las zonas verdes, por ejemplo, los demandantes afirmaron que «*la obra también está causando un grave daño ecológico porque se “decidió convertir las zonas verdes en zonas viales, cambiando el color verde de la naturaleza por el gris oscuro del pavimento” y además se sustituyeron “árboles de muchos años por una propuesta de pequeños arbustos, de lento crecimiento, que en nada construyen para la conservación ecológica que antes del mayor arboricidio que se ha dado en esta ciudad existía en el sector”. Además, no se dio oportunidad a la comunidad para participar en este proyecto de gran impacto ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Constitución*». Concretamente, se afirma que todas esas dificultades se habrían evitado «*si la ciclo-ruta hubiese sido diseñada sobre el hombro occidental del canal o si la administración hubiera interpretado correctamente la definición de ciclo-ruta y la hubiera construido adyacente al andén y no entre el andén o en lugar del andén*». El Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, por lo que esa sentencia fue impugnada ante el Consejo

principios de Progresividad y de No Regresión en materia de derechos colectivos, cuyo fundamento es el Sistema Interamericano de Protección de Derechos (cuyos instrumentos internacionales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad colombiano), constituyen un parámetro conforme al cual se deben interpretar los derechos colectivos señalados.

¹³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia 25000-23-25-000-2000-0071-01(AP-083), 28 de junio de 2001. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

de Estado. En la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado procedió a identificar y a analizar la medida supuestamente violatoria de los derechos alegados, en otras palabras, la medida supuestamente regresiva, con el fin de verificar su admisibilidad. En primer lugar, se advierte que en esta acción no se discute la conveniencia de incentivar la bicicleta como medio de transporte colectivo; por lo tanto, no se hizo ningún análisis de las razones expuestas por los apoderados de las entidades demandadas, relacionadas con la justificación del proyecto. Es decir, no se analizó la motivación del proyecto en general, sino específicamente de la medida regresiva demandada, por lo que se limitó al estudio de las razones aducidas en relación con la construcción de la ciclo-ruta en el sector referido.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado procede a analizar los distintos elementos técnicos que sustentan la decisión de construir la ruta en ese sector, y después de una revisión detallada de distintos informes y estudios, concluyó que *«el trazado de la ciclo-vía en el sector referido, no constituye una decisión caprichosa ni arbitraria de la entidad demandada, sino la mejor alternativa técnica, si se tienen en cuenta los reparos expuestos por las demás entidades competentes, en particular por la empresa de acueducto para la utilización de las obras del canal y por la entidad de tránsito para la construcción de pasos pompeyanos»*. En consecuencia, si bien es cierto que el diseño de la vía tal como está previsto en el sector, no es el ideal por las razones expuestas, *«no existe una mejor alternativa por la existencia del canal que interrumpe la continuación lineal de la ciclo-ruta en ese sector, el cual no puede ser utilizado por las razones técnicas señaladas por la entidad responsable. No obstante, la necesidad de la obra como alternativa para la solución de los graves problemas que presenta el tráfico en la ciudad, demanda de todos un aporte: de los conductores, ciclistas, peatones y residentes en el sector un mayor cuidado al usar la vía, respetando siempre las prioridades del tráfico»*. Por lo anterior, fue confirmada la sentencia de primera instancia, y fueron rechazadas las pretensiones de la demanda; eso sí, advirtiendo a las entidades demandadas la necesidad de cumplir los requisitos impuestos en los permisos ambientales correspondientes, con el fin de evitar al máximo la afectación de los recursos colectivos.

Se trata, en síntesis, de una medida regresiva del nivel de protección alcanzado en materia de medio ambiente y espacio público

urbano, la cual fue analizada con el fin de determinar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹³⁸. Como se ve, el procedimiento de las acciones populares ya reconoce —en este contexto— un análisis implícito de las medidas regresivas con apoyo en los distintos elementos ya estudiados en esta investigación, por lo que no parece ser necesaria la invocación expresa del Principio de No Regresión como fundamento de este tipo de decisiones.

No obstante, en la mayoría de los casos revisados, la afectación del espacio público y de las zonas verdes se ha derivado del incumplimiento de la normatividad vigente por parte tanto de particulares como de autoridades públicas; y se ha derivado también de la omisión de las autoridades responsables de sus obligaciones de adelantar las operaciones para la recuperación y protección del espacio público, a fin de que preste el servicio para el cual fue construido, lo cual pone a la ciudadanía en general en una desigualdad de gozar de dicho derecho. En otras palabras, es el incumplimiento del marco normativo lo que hace que la medida (o actividad) que disminuye el nivel de protección alcanzado sea jurídicamente inadmisibles; y no la vulneración expresa del Principio de No Regresión¹³⁹.

Lo anterior no quiere decir que este no pueda ser un campo de aplicación de este principio. Lo podrá ser, en la medida en que la normatividad vigente y aplicable (tanto sustantiva como procedimental) resulte insuficiente para la protección de los intereses en cuestión y, en virtud de las particularidades del caso, sea necesario

¹³⁸ Por ejemplo, se dijo en la sentencia que la adopción de dicha medida «se trata de una nueva alternativa que demanda por ende una nueva cultura de todos, pero que no implica desequilibrio en las cargas públicas pues nadie se verá afectado ni beneficiado en mayor o menor medida. Es la comunidad en general la que va a recibir los beneficios de la obra y es la misma comunidad la que debe afrontar los inconvenientes de la construcción de una ciclo-ruta en una ciudad con un espacio ampliamente consolidado», argumento que indudablemente se puede relacionar con la proporcionalidad en sentido estricto de una medida regresiva.

¹³⁹ Es el caso de la pavimentación de una zona verde y peatonal para uso vehicular particular, lo cual se encuentra prohibido en la normatividad vigente (CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia 25000-23-24-000-2000-0064-01(AP-032), 25 de abril de 2001. C. P. Camilo Arciniegas Andrade); o el caso del cercamiento de una zona verde pública para uso privativo de los particulares que residen a su alrededor (CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia 25000-23-27-000-2002-02356-01(AP), 26 de abril de 2007. C. P. Martha Sofía Sanz Tobón).

acudir a los Principios Jurídicos con el fin de llegar a una solución concreta.

IV. La Directiva Marco de Aguas y el Principio de No Deterioro

En materia de Derecho de Aguas europeo también es posible encontrar una manifestación del Principio de No Regresión; que si bien no es mencionado expresamente, si puede identificarse como fundamento implícito de la normatividad europea de aguas: es el caso del Principio de No Deterioro contemplado en la Directiva Marco de Aguas (DMA).

La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y la trasposición de dicha Directiva en España se realizó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que incluye, en su artículo 129, la modificación del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por la que se incorpora al derecho español la DMA¹⁴⁰. El objetivo general de esta Directiva, tal como se señala en su artículo 1, es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que a) prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos; b) promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles; c) tenga por objeto una mayor protección y mejora del medio acuático, entre otras formas mediante medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, y mediante la interrupción o la supresión gradual de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias; d) garantice la reducción progresiva de la contaminación

¹⁴⁰ Sobre la transposición de la DMA al ordenamiento español cfr. AGUDO GONZÁLEZ (2010); DELGADO PIQUERAS (2004); EMBID IRUJO (2007).

del agua subterránea y evite nuevas contaminaciones; y e) contribuya a paliar los efectos de las inundaciones y sequías.

1. *El buen estado de las aguas como objetivo de la DMA*

Esta Directiva tiene como objetivo principal conseguir «el buen estado ecológico de las aguas», que se configura como una pieza esencial de la política y legislación del agua en los países europeos; y constituye una necesidad y un ambicioso reto para la consecución del objetivo básico de preservación y restauración de las aguas. Este concepto viene definido como «una expresión de la calidad de la estructura y del funcionamiento de los ecosistemas acuáticos asociados a las aguas superficiales que se centra especialmente en la condición de los elementos biológicos del sistema» (art. 2.21)¹⁴¹. Concretamente, el artículo 2 numeral 18 (aguas superficiales) y numeral 20 (aguas subterráneas) define el *buen estado de las aguas* como «el estado alcanzado por una masa de agua superficial cuando tanto su estado ecológico como su estado químico son, al menos, buenos»; lo cual se determinará con arreglo al Anexo V de la Directiva.

Este Anexo V establece, en primer lugar, los indicadores de calidad —biológicos, hidromorfológicos, químicos y físico-químicos— para las masas de aguas superficiales —ríos, lagos, aguas de transición, costeras y las artificiales y muy modificadas— y subterráneas. En segundo lugar, contiene las definiciones normativas de los estados ecológicos; prevé el seguimiento y control de la evolución del estado ecológico; y finalmente, establece los procedimientos para la clasificación y presentación de los diferentes estados de las masas de agua en las distintas demarcaciones por parte de los Estados miembros, con el fin de lograr la fiabilidad y comparabilidad de los resultados en toda la Unión Europea.

El «buen estado ecológico del agua» como concepto jurídico ha sido desarrollado en detalle por ÁLVAREZ CARREÑO¹⁴². El autor señala las dificultades planteadas desde el punto de vista jurídico para su definición y delimitación. En primer lugar, tiene que ver con el

¹⁴¹ ÁLVAREZ CARREÑO (2003, 2006b); MUÑOZ AMOR (2010); SETUÁIN MENDÍA (2012).

¹⁴² ÁLVAREZ CARREÑO (2003, 2006a).

carácter primariamente técnico de su delimitación, pues el análisis jurídico debe partir de los resultados obtenidos de los necesarios estudios técnicos sobre el estado actual de la calidad de las aguas y de los ecosistemas asociados. La segunda deriva de su carácter político, pues la definitiva decisión sobre los objetivos a alcanzar no es una definición exclusivamente técnica sino esencialmente política sobre qué objetivos se quieren conseguir, qué nivel de restauración o recuperación es posible alcanzar y sobre qué presiones y usos se van a ver afectados por esa decisión. Además, resalta una dificultad de carácter competencial, relativa al papel de las Comunidades Autónomas en la concreción de los contenidos de los instrumentos de planificación hidrológica. Finalmente, también desde una óptica jurídica, destaca las repercusiones que sobre los titulares de derechos al uso privativo de las aguas tendrá la definición y exigibilidad del estado ecológico de las aguas¹⁴³. De todas formas, se ha afirmado que «el buen estado ecológico de las aguas» se ha convertido en un principio general del moderno Derecho de Aguas, el cual se encuentra positivizado en el artículo 14 TRLA, según el cual «*el ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios: ...3.º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza*»¹⁴⁴.

Los objetivos generales de la DMA se ven especificados en el artículo 4 para las distintas masas de agua, las cuales serán caracterizadas y determinadas por los Estados miembros de acuerdo con la metodología diseñada en el Anexo II. De modo general, se puede señalar que los Estados, con objeto de alcanzar un buen estado,

¹⁴³ ÁLVAREZ CARREÑO (2006a, p. 932); (2006b, p. 302).

¹⁴⁴ Así lo considera ÁLVAREZ CARREÑO. Según el autor, «*al afirmar que se trata de un principio se está precisando su carácter básico en sentido ontológico, no sólo lógico, como soporte primario estructural del sistema constituido por el ordenamiento de aguas en España, al que presta todo su sentido. Es un principio general porque trasciende de un precepto concreto y organiza y da sentido a muchos. Alrededor de él se organiza la materia jurídica sobre aguas, en concreto y de modo destacado, el concepto de dominio público hidráulico como institución jurídica. El “buen estado ecológico de las aguas” es un principio institucional que organiza y articula las distintas normas del régimen de las aguas, a las que confiere su sentido y alcance; asimismo permite la solución procedente en caso de insuficiencia. Trasciende de este modo las normas concretas y expresa un orden de valores de justicia material*». *Ibidem*.

habrán de proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua —superficiales y subterráneas— a más tardar 15 años después de la entrada en vigor de la Directiva (es decir, hasta el 2015). De esta manera, la consecución del «buen estado de las aguas» como objetivo general de la DMA no se plantea como una acción determinada, específica y aislada, sino que se configura como la sumatoria resultante de todas las buenas prácticas ambientales aplicadas en el marco de la gestión integrada y sostenible a nivel de demarcación hidrográfica. El artículo relativo a los objetivos medioambientales de la DMA fue transpuesto en el artículo 35 y siguientes del RPH. Así, para las *aguas superficiales*, se establecen los siguientes objetivos: (1) prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficiales; (2) proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado de las mismas; y (3) reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias y eliminar o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias. Y para las *aguas subterráneas*, los siguientes: (1) evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea; (2) proteger, mejorar y regenerar las masas de agua subterránea y garantizar el equilibrio entre la extracción y la recarga a fin de conseguir el buen estado de las aguas subterráneas; y (3) invertir las tendencias significativas y sostenidas en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivada de la actividad humana con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas.

2. El Principio de No Deterioro

Como se puede observar de lo expuesto, existe para los Estados miembro una *obligación de no deterioro*, la cual se deriva del artículo 4 de la DMA. Los Estados tendrán entonces la obligación de *prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficiales* y de *evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea*. De esta manera, para todas estas aguas (y los ecosistemas asociados a ellas) la Directiva pretende alcanzar un alto nivel de protección de la calidad; evitando o limitando su deterioro o disminución. Este objetivo medioambiental de la Directiva claramente se identifica con el

Principio de No Regresión en los términos en los que se ha venido analizando; pues el Principio de No Deterioro tiene como objetivo evitar un deterioro o disminución del nivel de protección ambiental alcanzado (que se puede identificar con el «estado ecológico del agua») que no se encuentre debidamente justificado. Se evidencian acá los mismos elementos que se han reconocido en otros campos de aplicación del Principio de No Regresión: debe haber un nivel ambiental de protección alcanzado, una medida que atente contra él, y una falta de justificación de dicha medida regresiva.

Ahora, en relación con la justificación, la DMA contempla ciertos casos en los que es posible admitir jurídicamente ciertas medidas que causen deterioro al «estado ecológico del agua». Es decir, contempla ciertas excepciones para la consecución de los objetivos medioambientales señalados. De un lado, se podrán admitir (1) nuevas *modificaciones* de las características físicas de una masa de agua superficial o *alteraciones* del nivel de las masas de agua subterránea aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar (2) nuevas *actividades* humanas de desarrollo sostenible aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial¹⁴⁵.

En estos casos, para que se tenga por justificada y admisible la medida regresiva del «estado ecológico del agua», deberán verificarse las siguientes condiciones¹⁴⁶:

- a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua.
- b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico.
- c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los

¹⁴⁵ Artículo 39.1 RPH y artículo 4.7 DMA.

¹⁴⁶ Artículo 39.2 RPH y artículo 4.7 DMA.

beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible.

- d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

En estos requisitos señalados por la normatividad se evidencian los elementos del Principio de No Regresión en materia ambiental que se han analizado. En primer lugar, se requiere una motivación y *justificación* reforzada y cualificada. *Reforzada*, porque deben justificarse específicamente los motivos para la realización de las modificaciones, los cuales deben ser «de interés público superior»; y *cualificada*, porque la misma norma dispone que los motivos «se consignent y expliquen específicamente en el plan hidrológico». Es decir, la justificación de la medida debe estar incluida en el Plan Hidrológico, por lo que se trata de un requisito formal que debe cumplirse para que ésta sea admitida.

En segundo lugar, se evidencia el criterio de *necesidad* de la medida regresiva, al señalarse que «los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor». Finalmente, se encuentra el criterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuando se exige que «los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible».

Entonces, solamente cuando se verifiquen todas las condiciones descritas, podrá admitirse una medida regresiva del «estado ecológico del agua», con ocasión de alteraciones o modificaciones o nuevas actividades «humanas de desarrollo sostenible»¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Este supuesto de actividades humanas de desarrollo sostenible que justifican menores objetivos de protección natural ha sido criticado por la doctrina. Por

Existe un supuesto adicional en el que se permitirían medidas regresivas en este contexto. Se podrá admitir (3) el deterioro temporal del estado de las masas de agua si se debe a causas naturales o de fuerza mayor que sean excepcionales o no hayan podido preverse razonablemente, en particular graves inundaciones y sequías prolongadas, o al resultado de circunstancias derivadas de accidentes que tampoco hayan podido preverse razonablemente¹⁴⁸. En este tercer supuesto, para admitir dicho deterioro deberán cumplirse todas las condiciones siguientes:

- a) Que se adopten todas las medidas factibles para impedir que siga deteriorándose el estado y para no poner en peligro el logro de los objetivos medioambientales en otras masas de agua no afectadas por esas circunstancias.
- b) Que en el plan hidrológico se especifiquen las condiciones en virtud de las cuales pueden declararse dichas circunstancias como racionalmente imprevistas o excepcionales, incluyendo la adopción de los indicadores adecuados. En el caso de situaciones hidrológicas extremas estas condiciones se derivarán de los estudios a realizar de acuerdo con lo indicado en el artículo 59¹⁴⁹ y deberán contemplarse los

ejemplo, PRAT señala que *«parece una contradicción en sí mismo ya que supone que el desarrollo sostenible implica una preservación o mejora de los ecosistemas en los cuales se ubica. Dependerá, pues, de las propias autoridades de cuenca el nivel de exigencia del estado ecológico de sus ecosistemas acuáticos en función de los objetivos ambientales que definan ellos y de la categoría en la que les incluyan»* (2001, p. 40). Coincido con ÁLVAREZ CARREÑO (2006a, p. 932, 2006b, p. 302) al señalar que *«este supuesto debe ser objeto de interpretación restrictiva»* (2003, p. 115); además, el concepto de «actividades humanas de desarrollo sostenible» es un concepto muy amplio, que podría considerarse indeterminado, y que tendrá que ser ajustado a las particularidades de cada caso concreto. DELGADO PIQUERAS también critica este supuesto normativo (2001, pp. 35 y ss.).

¹⁴⁸ Artículo 38 RPH y artículo 4.6 DMA.

¹⁴⁹ Artículo 59 RPH. Situaciones hidrológicas extremas: *«(1). El plan hidrológico, con los datos históricos disponibles sobre precipitaciones y caudales máximos y mínimos, establecerá los criterios para la realización de estudios y la determinación de actuaciones y obras relacionadas con situaciones hidrológicas extremas. Como consecuencia de estos estudios se determinarán las condiciones en que puede admitirse en situaciones hidrológicas extremas el deterioro temporal, así como las masas de agua a las que se refiere el artículo 38. (2) Establecerá las medidas que deben adoptarse en circunstancias excepcionales correspondientes a situaciones hidrológicas extremas, incluyendo la realización de planes o programas específicos como los indicados en el artículo 62. (3) Las administraciones competentes delimitarán*

indicadores establecidos en los planes de sequía cuyo registro se incluirá en el plan hidrológico, conforme a lo indicado en el artículo 62¹⁵⁰.

- c) Que las medidas que deban adoptarse en dichas circunstancias excepcionales se incluyan en el programa de medidas y no pongan en peligro la recuperación de la calidad de la masa de agua una vez que hayan cesado las circunstancias.
- d) Que los efectos de las circunstancias que sean excepcionales o que no hayan podido preverse razonablemente se revisen anualmente y se adopten, tan pronto como sea razonablemente posible, todas las medidas factibles para devolver la masa de agua a su estado anterior a los efectos de dichas circunstancias, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima 1.b) del texto refundido de la Ley de Aguas¹⁵¹.

las zonas inundables teniendo en cuenta los estudios y datos disponibles que los organismos de cuenca deben trasladar a las mismas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Aguas. Para ello contarán con el apoyo técnico de estos organismos y, en particular, con la información relativa a caudales máximos en la red fluvial, que la administración hidráulica deberá facilitar».

¹⁵⁰ Artículo 62 RPH. Registro de los programas y planes más detallados: «(1) Los planes hidrológicos tendrán en cuenta en su elaboración los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía, elaborados por los organismos de cuenca en cumplimiento del artículo 27 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, de los que incorporarán un resumen, incluyendo el sistema de indicadores y umbrales de funcionamiento utilizados y las principales medidas de prevención y mitigación propuestas. (2) También tendrán en consideración los planes elaborados en el ámbito territorial de la demarcación relacionados con la protección frente a las inundaciones, de los que incorporarán un resumen, incluyendo la evaluación de riesgos y las medidas adoptadas. (3) El plan hidrológico tendrá en cuenta en su elaboración aquellos planes y programas más detallados sobre las aguas realizados por las administraciones competentes en el ámbito de la demarcación de los que incorporará los resúmenes correspondientes».

¹⁵¹ Disposición adicional undécima del TRLA. Plazos para alcanzar los objetivos medioambientales. «(1) En relación con los objetivos medioambientales del artículo 92 bis, deberán satisfacerse los plazos siguientes: b) El plazo para la consecución de los objetivos podrá prorrogarse respecto de una determinada masa de agua si, además de no producirse un nuevo deterioro de su estado, se da alguna de las siguientes circunstancias: a') Cuando las mejoras necesarias para obtener el objetivo sólo puedan lograrse, debido a las posibilidades técnicas, en un plazo que exceda del establecido. b') Cuando el cumplimiento del plazo establecido diese lugar a un coste desproporcionadamente alto. c') Cuando las condiciones naturales no permitan una mejora del estado en el plazo señalado».

- e) Que en la siguiente actualización del plan hidrológico se incluya un resumen de los efectos producidos por esas circunstancias y de las medidas que se hayan adoptado o se hayan de adoptar.

Finalmente, la DMA contempla, en el artículo 4.8 que al aplicar los apartados 6 y 7 ya descritos, entre otros, «*cada Estado miembro velará por que esta aplicación no excluya de forma duradera o ponga en peligro el logro de los objetivos de la presente Directiva en otras masas de agua de la misma demarcación hidrográfica y esté en consonancia con la aplicación de otras normas comunitarias en materia de medio ambiente*». Además, en el artículo 4.9 dispone que deben tomarse medidas para asegurarse de que la aplicación de las nuevas disposiciones, incluyendo la de los apartados 6 y 7 analizados, «*garantizan como mínimo el mismo nivel de protección que las normas comunitarias vigentes*». De las anteriores disposiciones podría afirmarse que refuerzan la conceptualización y aplicación del Principio de No Deterioro, pues de un lado, debe velarse porque se trate de una medida regresiva transitoria, y de otro lado, que se garantice un mínimo de protección, que será el contemplado en la normatividad comunitaria correspondiente.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de enero de 2015

Para finalizar, es preciso analizar la reciente STS del 13 de enero de 2015¹⁵², en la que, sin hacer mención expresa al Principio de No Regresión, se tratan todas las cuestiones aquí analizadas. Se trata de un recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir. Los motivos que se alegan tienen como fundamento un común denominador: la defensa del Parque Nacional de Doñana, por la indiscutible importancia medioambiental del mismo. Se pretende la nulidad de ciertos preceptos de la normativa, en lo que aquí interesa, aquellos que según los recurrentes, permiten el deterioro de determinadas aguas superficiales, como consecuencia de la actuación de «*dragado de profundización del Guadalquivir*».

¹⁵² Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª. Rec. núm. 323/2013.

El dragado del canal de navegación del Puerto de Sevilla, para alcanzar un incremento del calado del canal, es una actuación que se prevé en el artículo 11 del plan hidrológico impugnado. En este precepto, que regula las condiciones de las nuevas modificaciones o alteraciones, se dispone que *«durante el período de vigencia de este Plan Hidrológico podrán admitirse nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua o incluso la no consecución del buen estado o, en su caso, buen potencial»*, a lo que se añade que es preciso que *«se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE (...) así como el artículo 39 del Reglamento de Planificación Hidrológica»* ya estudiados.

En relación con lo anterior, encontró el Tribunal que tanto lo dispuesto en el artículo 11, apartados 1 y a) del Plan, como el contenido de la Memoria no justifican qué motivos determinan las modificaciones y alteraciones de las masas de agua que conlleva el dragado del canal del Puerto de Sevilla. Es más, en la propia memoria se reconoce que en el momento de la redacción del plan *«no es necesario realizar un análisis para la justificación de nuevas modificaciones o alteraciones»* pues los *«informes de viabilidad cubren los requerimientos del artículo 39 RPH»*. Estos informes se refieren a los exigidos por el artículo 46 TRLA, para las obras declaradas de interés general¹⁵³. No obstante, como bien señala el TS, los informes previstos

¹⁵³ Artículo 46 TRLA. Obras hidráulicas de interés general. *«1. Tendrán la consideración de obras hidráulicas de interés general y serán de competencia de la Administración General del Estado, en el ámbito de las cuencas a que se refiere el artículo 21 de esta Ley: a) Las obras que sean necesarias para la regulación y conducción del recurso hídrico, al objeto de garantizar la disponibilidad y aprovechamiento del agua en toda la cuenca. b) Las obras necesarias para el control, defensa y protección del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, especialmente las que tengan por objeto hacer frente a fenómenos catastróficos como las inundaciones, sequías y otras situaciones excepcionales, así como la prevención de avenidas vinculadas a obras de regulación que afecten al aprovechamiento, protección e integridad de los bienes del dominio público hidráulico. c) Las obras de corrección hidrológico-forestal cuyo ámbito territorial afecte a más de una Comunidad Autónoma. d) Las obras de abastecimiento, potabilización y desalación cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma. (...) 4. La declaración como obras hidráulicas de interés general de las infraestructuras necesarias para las transferencias de recursos, a que se refiere el párrafo c), apartado 1 del artículo 45 de la presente Ley, sólo podrá realizarse por la norma legal que apruebe o modifique el Plan Hidrológico Nacional. 5. Con carácter previo a la declaración del interés general de una obra hidráulica, deberá*

en el TRLA «no guardan relación alguna con el cumplimiento de las exigencias que impone el artículo 39.2 RPH, ni con las finalidades que se propone la indicada Directiva 2000/60/CE. Los informes para la declaración de la obra de interés general toman en consideración las características de la obra hidráulica para determinar si efectivamente es de interés general», mientras que las exigencias del artículo 39.2 RPH pretenden que «se acrediten, en el plan, aquellas excepciones al cumplimiento general de los objetivos medioambientales que traza la citada Directiva». Por las razones expuestas, el aplazamiento para dar la justificación sobre los motivos de las modificaciones o alteraciones de las masas de agua contraviene lo dispuesto en el RPH, que como se vio, exige una justificación cualificada y reforzada¹⁵⁴, la cual debe constar en el Plan Hidrológico, y no surgir con posterioridad al mismo. De acuerdo con el Tribunal, esta es la única interpretación posible «si atendemos a la naturaleza de la norma, pues el expresado artículo 39 es una excepción al principio general, en materia de aguas, que prohíbe cualquier deterioro o empeoramiento de las masas de agua». Así, se sienta el principio general de prohibición de deterioro¹⁵⁵, el cual, no obstante, admite excepciones, como las ya analizadas.

elaborarse un informe que justifique su viabilidad económica, técnica, social y ambiental, incluyendo un estudio específico sobre la recuperación de los costes. Se elaborará el mismo informe con carácter previo a la ejecución de las obras de interés general previstas en los apartados 1, 2 y 3. En ambos supuestos, los informes deberán ser revisados cada seis años en el caso de que las obras no se hubieran llevado a cabo. Los informes y sus revisiones periódicas se harán públicos».

¹⁵⁴ El TS al determinar el grado de intensidad de la justificación que procede en el caso estudiado, recuerda que «son pocos los lugares que gocen de una protección medioambiental superior al Parque de Doñana», el cual ha sido clasificado como Reserva de la Biosfera, Sitio Ramsar, Patrimonio de la Humanidad, ZEPA, LIC y ZEC.

¹⁵⁵ En este caso el TS parece confundir el principio de precaución con el de no deterioro; pues en el FJ 4 señala que «cuando una actuación, como el dragado del canal de navegación del Puerto de Sevilla, comporta o puede comportar, en virtud del **principio de precaución**, un empeoramiento de las masas de aguas, han de justificarse en el plan los motivos de tales modificaciones, ponderando, de forma específica y concreta, las circunstancias a que se refieren los apartados c) y d) del citado artículo 39.2, con mayor energía cuando se pone en riesgo un lugar singularmente protegido desde el punto de vista medioambiental como es Doñana» (negrita fuera de texto). Claramente la referencia que se hace al principio de precaución en este fundamento no es adecuada, pues dicho principio tiene su campo de aplicación en situaciones de incertidumbre acerca del riesgo para el medio ambiente y, en este caso, esta incertidumbre no

Procede la Sala a analizar si la actuación del dragado del canal del Puerto de Sevilla podría considerarse como una medida complementaria de acuerdo con la normatividad. Las medidas complementarias son aquellas «conducentes a la consecución de los objetivos medioambientales previstos» en el TRLA, que se integran en los planes hidrológicos, de acuerdo con el artículo 41.2 de dicha norma¹⁵⁶. Como se evidencia en el caso, la realización de la obra del dragado del canal de navegación del Puerto de Sevilla «no es una obra que pretende alcanzar unos objetivos medioambientales» previstos en las normas expuestas. Se trata, por el contrario, de una obra «que persigue que puedan navegar por el canal embarcaciones de mayor calado, porque puede ser beneficioso desde el punto de vista económico». Esta obra, en definitiva, no es una medida complementaria, sino una actuación que puede modificar las masas de agua, por lo que requiere del correspondiente programa de medidas que tenga en cuenta los estudios exigidos por la normatividad. Finalmente, el TS estimó el recurso contencioso administrativo respecto de la actuación del dragado del canal del Puerto de Sevilla, y se declararon nulas las disposiciones relativas a esta actuación.

De esta manera, en virtud del principio de no deterioro (cuyo fundamento implícito no es otro que el Principio de No Regresión), una medida regresiva del nivel de protección ambiental alcanzado (estado ecológico de las aguas) fue declarada contraria al ordenamiento jurídico, por no encontrarse debidamente justificada conforme a los criterios exigidos por el marco normativo en materia de aguas, e implícitamente, por el Principio de No Regresión.

existe; pues se incluyen estudios e informes que dan cuenta del impacto negativo que tiene la actuación del dragado sobre el medio ambiente.

¹⁵⁶ Además, el artículo 43 RPH, sobre los programas de medidas, dispone que (...) 4. Las medidas podrán ser básicas y complementarias: a) Las medidas básicas son los requisitos mínimos que deben cumplirse en cada demarcación y se establecen en los artículos 44 a 53, ambos inclusive. b) Las medidas complementarias son aquellas que en cada caso deban aplicarse con carácter adicional para la consecución de los objetivos medioambientales o para alcanzar una protección adicional de las aguas. Igualmente dispuesto en el artículo 92 quáter TRLA.

V. Las Evaluaciones Ambientales y el Principio de No Regresión

Se ha hablado de la presencia del Principio de No Regresión en regulaciones ambientales sectoriales o verticales, como la de Espacios Naturales Protegidos o la de urbanismo. Ahora, resulta oportuno analizar la presencia de dicho principio en la regulación ambiental horizontal por excelencia: la evaluación de impacto ambiental que se hace sobre actividades (evaluación de proyectos) y planes (evaluación estratégica).

No se está, en principio, ante un retroceso del «Derecho Ambiental»; se está ante la posibilidad de que la autorización de una actividad pueda llevar consigo una regresión del nivel ambiental alcanzado en ese ámbito en particular. Para realizar este examen, es necesario analizar la normatividad de las evaluaciones ambientales, con el fin de identificar si existe alguna disposición que proteja contra las regresiones injustificadas del nivel de protección ambiental alcanzado que podrían derivarse del proyecto o plan evaluado.

La sujeción de ciertos planes o proyectos de actividades a una evaluación ambiental es una forma de intervención, que supone el previo análisis y valoración de los impactos que pudiera producir una actividad sobre el medio ambiente, en el marco de la actividad preventiva de protección ambiental¹⁵⁷. Dicha evaluación tiene por finalidad anticipar los efectos de la actividad proyectada, para decidir sobre la conveniencia o no de su realización, e imponer, en caso afirmativo, la adopción de las medidas adecuadas para reducir o eliminar los efectos ambientales adversos¹⁵⁸.

¹⁵⁷ LOZANO CUTANDA y ALLI TURRILLAS la definen como una «*técnica de protección ambiental preventiva*» (2013, p. 228). Por su parte, BETANCOR RODRÍGUEZ opina que en relación con la finalidad de la Evaluación Ambiental, esta técnica está relacionada con el principio de prevención y no con el de precaución, porque «*la evaluación ha de permitir a la autoridad competente conocer anticipadamente los efectos ambientales que puedan tener ciertos proyectos, o sea los efectos probables, que no los posibles, para que, a la vista de este conocimiento, adoptar las medidas oportunas para evitarlos o reducirlos*» (2014b, p. 1143). El autor cita además al TC, que ha subrayado la vertiente preventiva de la evaluación, en la STC 13/1998, de 22 de enero. Sobre los principios que guían la evaluación ambiental cfr. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2014).

¹⁵⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1143).

Así pues, es necesario abordar el análisis del marco normativo de las Evaluaciones Ambientales, tanto en España como en Colombia, con el fin de dar respuesta principalmente a dos inquietudes: En primer lugar, ¿qué sucede cuando en la Evaluación Ambiental se constata una regresión del nivel ambiental alcanzado? Y en segundo lugar, ¿qué sucede cuando hay una modificación en las normas de Evaluación Ambiental que puedan generar una regresión del nivel ambiental alcanzado? En ambas cuestiones se indagará por el papel del Principio de No Regresión.

1. España

Se entiende por Evaluación Ambiental el «*procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos*»¹⁵⁹. En la LEA se regulan de manera conjunta la Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos (EIA) y la Evaluación Ambiental Estratégica de planes y programas (EAE).

Según esta Ley, la Evaluación Ambiental tiene como fin estratégico «garantizar en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover el desarrollo sostenible». De esta manera, la integración de los aspectos ambientales en el control administrativo de planes y proyectos tiene como consecuencia la garantía de un elevado nivel de protección ambiental, si se consideran las alternativas y se adoptan las medidas (de prevención pero también de vigilancia) ambientalmente adecuadas con ocasión de la aprobación de aquellos¹⁶⁰.

La evaluación ambiental se configura entonces como una condición o requisito jurídico para la aprobación de planes y la autorización de actividades. Así lo señala el artículo 9 LEA, pues establece que «*los planes, los programas y los proyectos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley deberán someterse a una evaluación ambiental*

¹⁵⁹ Artículo 5 LEA.

¹⁶⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1145).

antes de su adopción, aprobación, autorización, o bien, si procede, en el caso de proyectos, antes de la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa». Establece además la sanción en caso del incumplimiento de esta obligación, pues «carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder».

A continuación analizaré sucintamente las dos modalidades evaluación ambiental, con el fin de dar respuesta a las inquietudes planteadas al inicio de esta parte.

A) *Evaluación Ambiental Estratégica de planes y programas*

De acuerdo con la normatividad, serán objeto de una Evaluación Ambiental Estratégica ordinaria, entre otros, los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública y cuya elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, cuando: (1) establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo; o bien (2) requieran una evaluación por afectar a espacios Red Natura 2000 en los términos previstos en la LPNB.

Esta evaluación tiene como fin integrar los aspectos ambientales en los planes y programas, para lo cual se han de valorar las consecuencias ambientales de las opciones elegidas en dichos planes. En otras palabras, la ejecución de las determinaciones incluidas en dichos planes y programas puede tener consecuencias o impactos ambientales, los cuales deberán ser valorados de manera anticipada, reforzando la seguridad ambiental. En definitiva, los objetivos de la evaluación se desarrollan en tres niveles: el primero es el de inte-

gar—considerar los aspectos ambientales en el plan o programa. El segundo, al que sirve el primero, es el de la prevención—mitigación de los efectos ambientales significativos mediante la apreciación anticipada de los mismos. Y, por último, los dos objetivos citados sólo tienen sentido en relación con el objetivo estratégico de alcanzar un nivel elevado de protección ambiental¹⁶¹.

Ahora, dentro del procedimiento de evaluación estratégica se encuentran dos elementos fundamentales. En primer lugar, el *estudio ambiental estratégico*, definido como el «*estudio elaborado por el promotor que, siendo parte integrante del plan o programa, identifica, describe y evalúa los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como unas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito territorial de aplicación del plan o programa, con el fin de prevenir o minimizar los efectos adversos sobre el medio ambiente de la aplicación del plan o programa*»¹⁶². Este estudio exige calidad y rigor, y debe incluir las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, incluida, entre otras, la alternativa cero, es decir, la no realización del plan o programa. Y se deberá incluir información relativa a dichas alternativas, con el fin de razones por qué se ha elegido, entre varias opciones, la que se ha considerado como la ambientalmente más adecuada, sin detrimento de los objetivos perseguidos por el plan o programa.

La segunda figura es la *declaración ambiental estratégica*, que es el «*informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación ambiental estratégica ordinaria que evalúa la integración de los aspectos ambientales en la propuesta final del plan o programa*»¹⁶³. Es formulada por el órgano ambiental una vez realizado el «análisis técnico» del expediente, y tendrá la naturaleza de informe preceptivo, determinante. Deberá contener una exposición de los hechos que resuma los principales hitos del procedimiento incluyendo los resultados de la información pública, de las consultas, en su caso, los de las consultas transfronterizas, así como de las determinaciones,

¹⁶¹ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1152); LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 534).

¹⁶² Artículo 5.2.c) LEA.

¹⁶³ Artículo 5.2.d) LEA.

medidas o condiciones finales que deban incorporarse en el plan o programa que finalmente se apruebe o adopte.

Como se observa, este procedimiento no tiene por fin autorizar o no la aprobación de un plan o programa, sino simplemente integrar las cuestiones ambientales para identificar las mejores alternativas posibles. Ahora bien, ¿qué sucede cuando en el estudio técnico se constata una regresión del nivel ambiental alcanzado? De acuerdo con las normas analizadas, y con la forma en la que opera la EAE, la regresión se identificaría en una de las alternativas presentadas por el promotor, por lo que en ese caso no sería tenida en cuenta por no ser la más «razonable técnica y ambientalmente viable, que tenga en cuenta los objetivos y el ámbito de aplicación geográfico del plan o programa». Es decir, en este caso, la supuesta medida potencialmente regresiva se configura como un impacto negativo para el medio ambiente, por lo que la alternativa que la contenga debería ser descartada.

B) *Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos de obras y actividades*

Según la LEA, serán objeto de una Evaluación de Impacto Ambiental ordinaria los proyectos comprendidos en el Anexo I; dentro de los que se encuentran la ganadería, la industria extractiva, la industria energética, la industria siderúrgica y del mineral, producción y elaboración de metales, la industria química, petroquímica, textil y papelera, proyectos de infraestructuras; proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua, proyectos de tratamiento y gestión de residuos, entre otros. Además, serán objeto de una EIA simplificada los proyectos y actividades señalados en el Anexo II, dentro de los sectores de agricultura, silvicultura, acuicultura y ganadería; industrias de productos alimenticios; perforaciones, dragados y otras instalaciones mineras e industriales; y proyectos de menores magnitudes dentro de la industria energética, la industria siderúrgica y del mineral, producción y elaboración de metales; y los proyectos no incluidos ni en el Anexo I ni el Anexo II que puedan afectar de forma apreciable, directa o indirectamente, a los Espacios Protegidos por la Red Natura 2000; entre otros.

En esta modalidad evaluación, los proyectos señalados en los respectivos anexos son evaluados con el fin de integrar los aspectos medioambientales en la elaboración, adopción, aprobación o autorización de dichos proyectos, el análisis y la selección de las alternativas que resulten ambientalmente viables; el establecimiento de las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente, y el establecimiento de las medidas de vigilancia, seguimiento y sanción necesarias para cumplir con las finalidades de la ley¹⁶⁴.

Hay que recordar que esta evaluación es un procedimiento administrativo que forma parte del procedimiento de autorización o aprobación de proyectos o actividades, considerando los aspectos ambientales derivados de dicho proyecto o actividad. Para lo anterior, el procedimiento de evaluación permitirá identificar, describir y evaluar los efectos de un proyecto sobre los recursos naturales, los seres humanos, los bienes materiales y el patrimonio cultural. De esta manera se consigue una adecuada prevención de los impactos ambientales¹⁶⁵.

El Estudio de Impacto Ambiental es el instrumento más importante de la solicitud de evaluación. Se define como el «*documento elaborado por el promotor que contiene la información necesaria para evaluar los posibles efectos significativos del proyecto sobre el medio ambiente y permite adoptar las decisiones adecuadas para prevenir y minimizar dichos efectos*»¹⁶⁶. Debe incluir aspectos como (1) la descripción general del proyecto y previsiones en el tiempo sobre la utilización del suelo y de otros recursos naturales y la estimación de los tipos y cantidades de residuos vertidos y emisiones de materia o energía resultantes; (2) la exposición de las principales alternativas estudiadas, incluida la alternativa cero, o de no realización del proyecto, y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales; (3) la evaluación y, si procede, cuantificación de los efectos previsibles directos o indirectos, acumulativos y sinérgicos del proyecto sobre la población, la salud humana,

¹⁶⁴ Artículo 1 LEA.

¹⁶⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1169). Sobre el procedimiento de evaluación ambiental en la nueva ley cfr., ALENZA GARCÍA (2014, p. 299); LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 506); RAZQUÍN LIZARRAGA (2014, p. 170).

¹⁶⁶ Artículo 5.3.c) LEA.

la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados, durante las fases de ejecución, explotación y en su caso durante la demolición o abandono del proyecto. Además, cuando el proyecto pueda afectar directa o indirectamente a los espacios Red Natura 2000 se incluirá un apartado específico para la evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio; (4) medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente; (5) un programa de vigilancia ambiental, y finalmente (6) un resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles¹⁶⁷.

Uno de los componentes esenciales del estudio es el justificativo, en el que el promotor deberá justificar la solución propuesta después de haber expuesto las principales alternativas considerada, «teniendo en cuenta los efectos ambientales», y deberá acreditar que la alternativa elegida es la más adecuada en atención a sus efectos ambientales. A tal fin, debe enumerar las principales alternativas consideradas; argumentar que la elegida es la más adecuada desde el punto de vista ambiental; y exponer las razones que sirven de apoyo a tal juicio¹⁶⁸.

Además, el estudio deberá contener una valoración de los impactos ambientales identificados. El promotor deberá identificar, describir, censar, inventariar, catalogar, cuantificar e incluso cartografiar los efectos ambientales. La valoración de estos impactos se ha de traducir en un juicio técnico sobre los efectos que serán objeto de calificación según unos criterios establecidos en el Anexo VI, en el que se señalan los distintos aspectos que debe contener el estudio. Debe contener un inventario ambiental, que comprenderá al menos, el estudio del estado del lugar y de sus condiciones ambientales antes de la realización de las obras, así como de los tipos existentes de ocupación del suelo y aprovechamientos de otros re-

¹⁶⁷ Artículo 35 LEA.

¹⁶⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1208). El autor cita diversas sentencias en las que el Ts se muestra exigente respecto del cumplimiento del requisito relativo a la justificación de la alternativa elegida. STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 6328/2007) y STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2482/2009).

curso naturales, teniendo en cuenta las actividades preexistentes, lo que constituiría la línea base del proyecto. Además de otros aspectos, debe contener un estudio comparativo de la situación ambiental actual, con la actuación derivada del proyecto objeto de la evaluación, para cada alternativa examinada.

En consecuencia, se deberá incluir la identificación, cuantificación y valoración de los efectos significativos previsibles de las actividades proyectadas sobre los aspectos ambientales ya indicados anterior para cada alternativa examinada. Necesariamente, la identificación de los impactos ambientales derivará del estudio de las interacciones entre las acciones derivadas del proyecto y las características específicas de los aspectos ambientales afectados en cada caso concreto, incluido el paisaje en los términos del Convenio Europeo del Paisaje.

Los criterios señalados en el Anexo VI permitirán la clasificación de los efectos en positivos, negativos, temporales, permanentes, acumulativos, sinérgicos, directos, indirectos, reversibles, irreversibles, recuperables, irrecuperables, periódicos, de aparición regular, continuos y discontinuos, cuyas definiciones aparecen expuestas en el mismo anexo. Además, clasifica los impactos ambientales en compatibles, moderados, severos y críticos.

Como señala este anexo, la cuantificación de los efectos significativos de un plan, programa o proyecto sobre el medio ambiente consistirá en la identificación y descripción, mediante datos mensurables de las variaciones previstas de los hábitats y de las especies afectadas como consecuencia del desarrollo del plan o programa o por la ejecución del proyecto. La valoración de estos efectos se realizará, siempre que sea posible, a partir de la cuantificación, empleándose para ello, aquellas metodologías contempladas en normas o estudios técnicos que sean aplicación. Se medirán en particular las variaciones previstas en la superficie del hábitat o tamaño de la población afectada directa o indirectamente a través de las cadenas tróficas, o de los vectores ambientales, en concreto, flujos de agua, residuos, energía o atmosféricos; suelo, ribera del mar y de las rías; la intensidad del impacto con indicadores cuantitativos y cualitativos; la duración, la frecuencia y la reversibilidad de los efectos que el impacto ocasionará sobre el hábitat y especies; la abundancia o nú-

mero de individuos, su densidad o la extensión de su zona de presencia; la diversidad ecológica medida, al menos, como número de especies o como descripción de su abundancia relativa; la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario), así como su grado de amenaza; la variación y cambios que vayan a experimentar, entre otros, los siguientes parámetros del hábitat y especie afectado: el estado de conservación, el estado ecológico cuantitativo, la integridad física, entre otros.

Finalmente, el proceso de evaluación ordinaria concluye con una Declaración de Impacto Ambiental, entendida como el *«informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto»*¹⁶⁹. Esta declaración determinará si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su caso, las condiciones en las que puede desarrollarse, las medidas correctoras y las medidas compensatorias¹⁷⁰. No obstante, la declaración no tiene formalmente efectos jurídicos vinculantes respecto de la autoridad competente para autorizar o aprobar el proyecto. No vincula ni en lo relativo a la conveniencia de la ejecución del proyecto ni respecto de las condiciones que pudiera establecer. Como explica BETANCOR, la decisión del órgano superior de la Administración correspondiente (o de otro órgano al que la legislación le reconozca tal competencia), puede vencer el contenido de la declaración¹⁷¹. Sin embargo, existe una excepción, relativa a la declaración de impacto ambiental de los proyectos estatales, la cual es vinculante respecto de la autorización ambiental integrada a otorgar por la Administración de la Comunidad Autónoma¹⁷².

El marco normativo descrito permite concretar el análisis en relación con las medidas regresivas. Es necesario indagar qué sucede

¹⁶⁹ Artículo 5.3.d) LEA.

¹⁷⁰ Artículo 41.2 LEA.

¹⁷¹ BETANCOR RODRÍGUEZ (2014b, p. 1208).

¹⁷² *Ibidem*, p. 1229 y ss. Sobre la eficacia de la Declaración de Impacto Ambiental cfr. ALENZA GARCÍA (2014, p. 408); LOZANO CUTANDA *et al.* (2014, p. 523).

cuando en el estudio técnico se constata una regresión del nivel ambiental alcanzado. Hay que partir considerando que, como se trata de la evaluación de los impactos ambientales de un proyecto o actividad que todavía no ha empezado a realizarse, la medida regresiva identificada aún no ha producido sus efectos. Es decir, el supuesto retroceso aún no se ha producido, por lo que estamos en el campo de los principios de prevención, y en algunos casos de precaución. La identificación de un posible retroceso se equipara a un *efecto negativo*, que en los términos del Anexo VI de la LEA es «*aquel que se traduce en pérdida de valor naturalístico, estético-cultural, paisajístico, de productividad ecológica, o en aumento de los perjuicios derivados de la contaminación, de la erosión o colmatación y demás riesgos ambientales en discordancia con la estructura ecológico-geográfica, el carácter y la personalidad de una localidad determinada*». También puede identificarse con un *impacto ambiental crítico*, entendido como «*aquel cuya magnitud es superior al umbral aceptable. Con él se produce una pérdida permanente de la calidad de las condiciones ambientales, sin posible recuperación, incluso con la adopción de medidas protectoras o correctoras*».

Como se ve, no parece el campo de aplicación del Principio de No Regresión, pues se trata de la anticipación de un posible efecto negativo derivado del proyecto o actividad a realizar, cuyo tratamiento y consideración corresponde al principio de prevención, dado que existe cierto grado de certeza respecto de su realización. Entonces, del marco normativo estudiado no se desprende la idea de que la evaluación será negativa si se constata un retroceso generado por el proyecto. En este caso, la alternativa que contenga la medida regresiva será descartada, y en casos excepcionales, si se cumplen los requisitos de justificación exigidos para todas las alternativas, será tenida en cuenta, con la consecuente obligación de establecer las correspondientes medidas preventivas, correctoras y compensatorias.

Es distinto el caso en el que la regresión no se evidencia como consecuencia del proyecto o actividad, sino como consecuencia de la modificación de las normas relativas a las evaluaciones ambientales. En este caso, se trata de una regresión normativa, y puede ocurrir de distintas formas. Por ejemplo, con la reducción de las exigencias técnicas y científicas de los estudios ambientales; con la reducción del ámbito de aplicación de las evaluaciones; la reducción

de los niveles de emisión, entre otros. Solo por exponer algunos ejemplos de lo anterior, cuando se estaba tramitando el anteproyecto de ley estatal de evaluación ambiental (actual LEA), algunos sectores consideraban que se trataba de una norma regresiva, con base en distintos argumentos. Por ejemplo, se le acusaba de un retroceso en la protección y rebaja de la participación pública prevista en los diferentes procedimientos de evaluación del impacto ambiental de proyectos. En este sentido, la Administración autonómica del Principado de Asturias abogaba por el mantenimiento de las consultas previas obligatorias en los procedimientos de evaluación ambiental, cuya posible eliminación podría suponer el incumplimiento de normas internacionales como el Convenio de Aarhus¹⁷³. Asimismo, se señalaba que dicho proyecto suponía una reducción en la calidad de las evaluaciones ambiental y favorece la mercantilización de la biodiversidad¹⁷⁴.

¹⁷³ EUROPAPRESS. «El Principado cree que el anteproyecto de ley estatal de evaluación ambiental supondrá un retroceso en la protección» (10 de junio de 2013). Disponible en la página web <http://www.europapress.es/asturias/noticia-principado-cree-anteproyecto-ley-estatal-evaluacion-ambiental-supondra-retroceso-proteccion-20130610185247.html> (consultado el 2 de marzo de 2015).

¹⁷⁴ Según *Ecologistas en Acción*, este proyecto de ley da varios pasos atrás en materia de prevención ambiental, «pues no soluciona los problemas de evaluación ambiental presentes en la ley aún en vigor, ni mejora la calidad de los actualmente insuficientes informes de impacto ambiental. Además, el recorte de plazos afectará a la calidad de las evaluaciones ambientales y a las posibilidades de participación pública y se merma el carácter objetivo y determinante de la evaluación de proyectos. La creación de decenas de miles de puestos de trabajo a raíz de esta reforma, tal y como se ha anunciado, podría ser a costa de la aprobación de proyectos de gran impacto, algo que en ningún caso debería ser una solución al desempleo. Para *Ecologistas en Acción*, uno de estos retrocesos más peligrosos del proyecto es el de los bancos de conservación que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente define eufemísticamente como un “mecanismo para evitar la pérdida neta de biodiversidad a través de medidas de compensación basado en el mercado”. En relación con los bancos de conservación, señala que «el Ministerio permitirá que proyectos que no debían ser viables por su elevado impacto ambiental, y que por eso requieren de medidas compensatorias, se puedan desarrollar comprando unos créditos valorados en función de mejoras ambientales que se lleven a cabo. La supuesta mejora ambiental adquirida no aportaría nada a la biodiversidad, pone precio en el mercado a labores de conservación y recuperación, algunas de ellas “teóricas”, que tendrían que hacerse en todo caso. Y las convierte en moneda de cambio para daños ambientales graves. El efecto neto sobre la biodiversidad, en el mejor de los casos, sería nulo, cuando no negativo, ya que nada garantiza que la mejora vaya a funcionar o sea realmente equivalente al daño a

Otro ejemplo reciente lo constituye el *Real Decreto-ley 2/2015, de 6 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por las inundaciones y otros efectos de los temporales de lluvia, nieve y viento acaecidos en los meses de enero, febrero y marzo de 2015*. La concurrencia de fenómenos invernales extremos, con nevadas de excepcional intensidad y lluvias persistentes que han provocado inundaciones y desbordamientos en diferentes cuencas hidrográficas, ha afectado especialmente a las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias, Cantabria, País Vasco, Castilla y León, Navarra, La Rioja, Aragón y Cataluña. Por lo anterior, se ha optado por la adopción de medidas que contribuyan a restablecer el normal funcionamiento de los servicios públicos, recuperar las zonas afectadas por el temporal y paliar los daños producidos hasta el momento de la adopción de dicho real decreto-ley, el cual tiene por objeto hacer frente a las situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica causadas por el temporal, por lo que se acredita el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad que el artículo 86 de la Constitución establece como presupuesto habilitante. En virtud de lo anterior, y para lo que interesa a las cuestiones que aquí se estudian, la Disposición Final Segunda relativa a la *Evaluación de Impacto Ambiental*, señala lo siguiente: «Mediante acuerdo del Consejo de Ministros se determinará la exención de evaluación de impacto ambiental de aquellas obras de reparación o rehabilitación de infraestructuras, equipamientos o instalaciones a que se refieren los artículos 4¹⁷⁵, 5¹⁷⁶, 6¹⁷⁷, 7¹⁷⁸ y 8¹⁷⁹, que debiendo someterse a evaluación de impacto ambiental, conforme al artículo 7 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, quedarán exentas de la sustanciación de dicho trámite en cumpli-

compensar». ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. «Pasos atrás en la evaluación ambiental» (agosto del 2013) en la página <http://www.ecologistasenaccion.org/articulo26442.html> (consultado el 2 de marzo de 2015).

¹⁷⁵ Daños en infraestructuras municipales y red viaria de las diputaciones provinciales y forales.

¹⁷⁶ Actuaciones en el dominio público hidráulico en las comunidades autónomas afectadas.

¹⁷⁷ Actuaciones en la costa.

¹⁷⁸ Actuaciones en infraestructuras rurales de uso general en las comunidades autónomas afectadas.

¹⁷⁹ Daños en las demás infraestructuras públicas.

miento de lo dispuesto en el artículo 8, apartados 3 y 4, de la mencionada Ley 21/2013, de 9 de diciembre»¹⁸⁰.

Unos días después, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente expidió la *Orden de 9 de marzo de 2015, por la que se publica el Acuerdo, de 9 de marzo de 2015, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales en relación con las inundaciones producidas por los desbordamientos en la cuenca del Ebro durante la última semana del mes de febrero y primeros días del mes de marzo de 2015*.

Este Acuerdo declara la existencia de razones imperiosas de interés público que justifican la adopción de medidas excepcionales en la cuenca del Ebro, concretamente relacionadas con la inaplicación de los artículos 23.1; artículo 43; y artículo 52.1 n) y o), del Decreto 89/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba definitivamente el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Sotos y Galachos del río Ebro, todo ello con el objeto de reparar los daños causados por las inundaciones producidas por desbordamientos en la cuenca del río Ebro durante la última semana del mes de febrero y primeros días del mes de marzo de 2015.

¹⁸⁰ Artículo 8 Ley 21/2013, de 9 de diciembre. Supuestos excluidos de evaluación ambiental y proyectos exceptuables: «(...) 3. El Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En particular, el Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado y, en su caso, el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito de competencias, con arreglo a lo previsto en el apartado anterior y caso por caso, podrá determinar si procede la exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en proyectos de: (...) b) Obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia. 4. En los casos previstos en el apartado anterior: a) Se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación que cumpla los principios y objetivos de esta ley. b) El acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente. Adicionalmente, se pondrá a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión y los motivos que la justifican, y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto excluido. c) El órgano sustantivo comunicará la información prevista en el apartado anterior a la Comisión Europea, con carácter previo a la autorización del proyecto».

Sobre lo que aquí interesa, el artículo 52.1 del citado Decreto contempla entre los proyectos sometidos a Evaluación del Impacto Ambiental, en el apartado n), la construcción de nuevas defensas hidráulicas o ampliación de las existentes y en el apartado o), las obras hidráulicas de dragado o corrección de cauces que afecten a más de 500 m lineales de cauce o movilicen más de 5.000 m³ de materiales.

Con fundamento la situación descrita, queda claramente justificada la suspensión temporal de los efectos de los artículos 23.1; 43; 52.1 n) y o) del Decreto 89/2007, *«exclusivamente en relación a las actuaciones derivadas de las necesidades de corrección o minimización de los efectos provocados por la avenida, así como la prevención, máxime cuando uno de los objetivos del Plan es fomentar el uso ordenado de los recursos naturales, no sin olvidar la necesidad de efectuar una adecuada evaluación de la situación socioeconómica de la población asentada y sus perspectivas de futuro, fomentando en todo caso el desarrollo sostenible en los ámbitos social y económico de las poblaciones del área de influencia socioeconómica. Es igualmente objetivo del plan proponer orientaciones para el establecimiento de planes y programas que concreten la actuación pública en la ejecución de las diversas políticas sectoriales con incidencia en el territorio»*.

Asimismo, se insta al Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente a que, en el proceso ya iniciado de modificación de los límites de espacios de la Red Natura 2000 de Aragón, en aplicación del contenido de los artículos 6, 9 y 10 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y de acuerdo con los procedimientos recogidos en la misma, promueva las iniciativas que correspondan para la adaptación de la delimitación de los espacios de la Red Natura 2000 denominados Meandros del Ebro (ES2430094) y Sotos y Mejanas del Ebro (ES2430081) a la evolución de la realidad física registrada como consecuencia de la dinámica natural del río Ebro, acentuada por la situación ecológica de emergencia¹⁸¹.

¹⁸¹ Con posterioridad a esta declaratoria, el CIREF realizó una rueda de prensa en la que se expusieron las valoraciones acerca de la crecida del río Ebro y las medidas de gestión de inundaciones. En dicha ocasión, el CIREF propuso *«para gestionar las inundaciones y reducir sus daños la devolución de espacio al río estableciendo un territorio fluvial mediante el retranqueo y eliminación de motas. Numerosas experiencias*

De esta manera, y como ya me había referido en capítulos anteriores, las situaciones y coyunturas de emergencia pueden derivarse en una regresión del nivel de protección ambiental, como evidentemente sucede en esta situación. Al considerar la posibilidad de excluir del trámite de Evaluación de Impacto Ambiental a actividades y proyectos que ordinariamente estarían sometidos a dicho trámite, se está atentando contra el nivel de protección ambiental alcanzado, pues se suprime la evaluación de los posibles impactos ambientales que pudieran derivarse de la realización de dichas actividades y proyectos. No obstante, esta medida regresiva se encuentra plenamente justificada, pues lo que se busca es facilitar la realización de obras que hagan frente a las afectaciones causadas por la situación de emergencia. Además, se trata de una medida temporal, y cuyo campo de aplicación se encuentra restringido y delimitado a un contexto específico. De todas formas, la atención a la coyuntura de emergencia no puede justificar cualquier tipo de intervención sobre el medio ambiente, y la medida regresiva deberá ser analizada en detalle, con el fin de demostrar su finalidad, necesidad y proporcionalidad. Igualmente, deberá basarse, en la medida de lo posible, en estudios científicos y técnicos que permitan demostrar que es la mejor alternativa para hacer frente a dicha situación¹⁸².

estatales e internacionales demuestran la utilidad de esta medida». Además, «rechaza frontalmente por su inutilidad en la gestión de inundaciones y por su gravísimo impacto ambiental la realización de dragados en el cauce». Finalmente, «denuncia públicamente el Decreto-Ley 1/2015 de 9 de marzo que va a suspender la protección ambiental del PORN del Ebro y modificar los límites de espacios de la Red Natura 2000, lo que constituye una regresión ambiental sin precedentes, y califica esta intervención como el mayor error e irresponsabilidad medioambiental de nuestra historia reciente». Concretamente, apoyándose en el Principio de No Regresión ambiental, señala que «las directivas europeas, del Agua, de Inundaciones y de Hábitats fundamentalmente, no se han redactado precisamente desde la falta de experiencia y por exclusivos criterios proteccionistas, sino desde la experiencia, el conocimiento científico, el sentido común y la racionalidad económica. No podemos olvidar que ante cualquier paso atrás o acción que deteriore el estado del río o contravenga las exigencias de estas directivas tendremos que dar explicaciones en Europa y pagar cuantiosas sanciones por ello». Disponible en la página web del CIREF, http://www.cirefluvial.com/en/news_view.php?id=327 (consultado el 20 de marzo de 2015).

¹⁸² Por ejemplo, el CIREF rechazó cualquier tipo actuación de emergencia en los cauces sin un estudio previo y una evaluación de impactos seria; y expuso que «los dragados constituyen un impacto de máxima gravedad contra la geomorfología del río afectando negativamente a todo el ecosistema fluvial. Como demuestran numerosos estudios, los dragados son una medida sin utilidad para la gestión de inundaciones y pueden

En conclusión, de constatarse la disminución del nivel de protección alcanzado en materia de evaluaciones ambientales como consecuencia de modificaciones normativas y sin una debida justificación, si se estaría en el campo del Principio de No Regresión en materia ambiental, el cual podría fundamentar, con el cumplimiento de los demás requisitos, la anulación de dichas medidas regresivas.

2. *Colombia*

Antes de empezar con el examen del marco normativo, hay que señalar dos diferencias fundamentales en relación con el régimen español analizado: En primer lugar, en Colombia no hay una regulación genérica y autónoma de la figura de las evaluaciones ambientales, y la regulación normativa de la Evaluación de Impacto Ambiental se encuentra ligada a la regulación de las licencias ambientales. En segundo lugar, la Evaluación Ambiental Estratégica no se encuentra regulada. Partiendo de estas dos importantes diferencias, a continuación revisaré las dos figuras con el fin de determinar si existen elementos que permitan hablar del Principio de No Regresión en materia ambiental; tal como me referí en el caso español.

A) *Evaluación Ambiental Estratégica*

Como adelanté, en Colombia la EAE no tiene una regulación legal, y se trata de una figura que ha contado con cierto respaldo institucional, pero que no tiene carácter obligatorio. Si bien no existe un marco normativo como tal, si existen diversos instrumentos que han contemplado este tipo de evaluaciones. Por ejemplo, se cuenta con una «*Guía Práctica para formular Evaluaciones Ambientales Estratégicas en Colombia*»¹⁸³ elaborada en el 2008 por el Ministerio

resultar peligrosos por erosión remontante. Los dragados han sido totalmente descartados en países como Estados Unidos, Reino Unido y Holanda». Disponible en la página web del CIREF; http://www.cirefluvial.com/en/news_view.php?id=327 (consultado el 10 de marzo de 2015).

¹⁸³ Disponible en la página web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible <https://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUr>

de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), en la que se le ha definido como *«un instrumento de apoyo para la incorporación de la dimensión ambiental a la toma de decisiones estratégicas, las que usualmente se identifican con políticas, estrategias, planes o programas, y como tal es un procedimiento de mejora de estos instrumentos de planificación. Su objetivo fundamental es el de avanzar en el desarrollo íntegro de las políticas ambientales y de sostenibilidad desde las primeras fases de decisión, aquellas en las que se definen los marcos básicos de intervención y, por lo tanto, las que en general tienen una mayor capacidad de determinar los efectos ambientales finales en el entorno y su sostenibilidad a mediano y largo plazo»*.

Esta guía tiene el propósito fundamental de ser útil posteriormente como documento de consulta frecuente para ayudar a desarrollar de una manera práctica, eficaz y tan sencilla como sea posible, el proceso de evaluación ambiental de un plan o programa. Como se ve, en esta guía lo que se hace es establecer herramientas para la elaboración de una EAE, desde el punto de vista del interesado. No obstante, también se facilitan unas guías de cómo proceder en la evaluación del perfil ambiental de las opciones alternativas de un plan, desde el punto de vista del evaluador.

De todas formas, y si bien no tiene carácter obligatorio, en Colombia dichas figuras han contado con el respaldo de los Planes Nacionales de Desarrollo¹⁸⁴ de los últimos gobiernos. Como resultado del impulso a la aplicación de las Evaluaciones Ambientales Estratégicas en los tres últimos Planes Nacionales de Desarrollo, como mencionan AMAYA NAVAS y VIÑA VIZCAÍNO¹⁸⁵, *«su progreso ha sido si no efectivo, por lo menos sí interesante, al reconocer que la herramienta ha trascendido las esferas de decisión política, asignándole un papel importante en la toma de decisiones, que valga reconocer, no fue aprovechado por los agentes responsables y menos aún, le apuntó a una mejor consideración de la dimen-*

bana/pdf/Evaluaci%C3%B3n_Ambiental_Estrategica/Guia_de_evaluci%C3%B3n_ambiental_Estrat%C3%A9gica.pdf (consultado el 10 de marzo de 2015).

¹⁸⁴ Es el documento que sirve de base y provee los lineamientos estratégicos de las políticas públicas formuladas por el Presidente de la República a través de su equipo de Gobierno. Es el instrumento formal y legal por medio del cual se trazan los objetivos del Gobierno permitiendo la subsecuente evaluación de su gestión.

¹⁸⁵ AMAYA NAVAS y VIÑA VIZCAÍNO (2015), *en prensa*.

sión ambiental en las materias de políticas públicas y en general los propios planes que las convocaban». Hasta la fecha, se han realizado aproximadamente 15 Evaluaciones Ambientales Estratégicas, en distintos sectores¹⁸⁶. En conclusión, si bien estas figuras han tenido relativo desarrollo en el país, no se cuenta con el marco normativo adecuado para su tratamiento, que permita responder a las inquietudes planteadas. De todas formas, al ser el análisis de distintas alternativas para la consecución de ciertos objetivos por medio de la planificación, de identificarse una medida regresiva del nivel de protección ambiental, la respuesta debería, en principio, seguir el mismo camino que el analizado en el caso español; esto es, la alternativa en la que se evidencia la medida regresiva deberá ser descartada.

B) *Estudio de Impacto Ambiental*

El Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, de reciente entrada en vigor, es el marco normativo vigente de los estudios ambientales en Colombia. Esta norma se refiere a dos tipos de estudios ambientales: de un lado el Diagnóstico Ambiental de Alternativas y de otro el Estudio de Impacto Ambiental, que deberán ser presentados ante la autoridad ambiental competente; y que son objeto de emisión de conceptos técnicos, por parte de las autoridades ambientales competentes. De acuerdo con el Decreto, la elaboración de dichos estudios debe basarse en los *términos de referencia*, que son los lineamientos generales que la autoridad ambiental señala para la elaboración y ejecución de los estudios ambientales que deben ser presentados ante la autoridad ambiental competente. Son expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el solicitante deberá adaptarlos a las particularidades del proyecto, obra o actividad¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Para un análisis de la experiencia colombiana en materia de EAE cfr. AMAYA NAVAS y VIÑA VIZCAÍNO.

¹⁸⁷ En la actualidad existen términos de referencia para los sectores de plaguicidas, distritos de riego, flora y fauna, energía, represas, trasvases y embalses hidroeléctricas, infraestructura, minería e hidrocarburos. Disponibles en la página web de la ANLA (Agencia Nacional de Licencias Ambientales) <http://www.anla.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=144&conID=7915> (consultado el 15 de marzo de 2015).

En primer lugar, el *Diagnóstico Ambiental de Alternativas*, tiene como objeto suministrar la información para evaluar y compararlas diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Las diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico, las características bióticas, abióticas y socioeconómicas, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad; así como las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas. Este diagnóstico deberá contener, entre otros, la identificación y análisis comparativo de los potenciales riesgos y efectos sobre el medio ambiente; así como el uso y/o aprovechamiento de los recursos naturales requeridos para las diferentes alternativas estudiadas; y la selección y justificación de la alternativa escogida¹⁸⁸. En relación con la evaluación, la norma señala que la autoridad ambiental revisará el estudio con base en el «*Manual de Estudios Ambientales de Proyectos*» (2002)¹⁸⁹. Asimismo, evaluará que el interesado haya presentado para cada una de las alternativas del proyecto, el correspondiente análisis comparativo de los impactos ambientales, especificando cuáles de estos no se pueden evitar o mitigar. Se debe revisar y evaluar que la información del diagnóstico sea relevante y suficiente para la selección de la mejor alternativa del proyecto, y que presente respuestas fundamentadas a las inquietudes y observaciones de la comunidad¹⁹⁰.

Por su parte, el *Estudio de Impacto Ambiental* es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que de acuerdo con la ley y el reglamento se requiera. Este estudio deberá ser elaborado de conformidad con la «*Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales* (2010)»¹⁹¹ y los

¹⁸⁸ Artículo 19, Decreto 2041 de 2014.

¹⁸⁹ Disponible en la página web de la ANLA (Agencia Nacional de Licencias Ambientales), <http://www.anla.gov.co/documentos/Permisos%20y%20Tr%C3%A1mites%20Ambientales/MANUAL%20DE%20EVALUACION%20DE%20ESTUDIOS%20AMBIENTALES%202002.pdf> (consultado el 15 de marzo de 2015).

¹⁹⁰ Artículo 20, Decreto 2041 de 2014.

¹⁹¹ Disponible en la página web de la ANLA (Agencia Nacional de Licencias Ambientales) http://www.anla.gov.co/documentos/Normativa/metodologia_presentacion_ea.pdf (consultado el 15 de marzo de 2015).

términos de referencia expedidos para el efecto. Deberá contener, entre otros requisitos, la información relacionada con la evaluación de impactos ambientales y análisis de riesgos¹⁹². Los criterios de evaluación también se encuentran señalados en el «*Manual de Estudios Ambientales de Proyectos*».

Este Manual tiene por objetivo establecer y definir criterios técnicos y procedimentales para la evaluación de estudios ambientales presentados a las diferentes autoridades ambientales como parte del proceso de licenciamiento ambiental. Por ejemplo, contiene criterios para evaluar la importancia de los efectos negativos, como guía para el evaluador. Es en este momento en el que el evaluador identificará una medida potencialmente regresiva del nivel de protección alcanzado. Como ya me referí, en este caso aún no ha sucedido la supuesta regresión, por lo que es posible asimilar ese hecho regresivo a un impacto o efecto negativo a futuro derivado de la realización del proyecto. Nuevamente, no es el campo de la regresión normativa, sino de la prevención de efectos adversos al medio ambiente.

Como ya dije, estos dos trámites se encuentran incluidos dentro del trámite de la obtención de la licencia ambiental. En primer lugar, mediante solicitud dirigida a la ANLA los interesados en los proyectos, obras o actividades que se describen en el artículo 18 del Decreto 2041 de 2014, deben solicitar pronunciamiento sobre la necesidad de presentar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas. La autoridad competente se pronunciará al respecto, y de ser necesario, competente dispondrá de diez (10) días hábiles, para evaluar el Diagnóstico, elegir la alternativa sobre la cual deberá elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental y fijar los términos de referencia respectivos. Además se señala que Cuando el Diagnóstico, no cumpla con los requisitos mínimos establecidos en el *Manual de Evaluación de Estudios Ambientales* adoptado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y los criterios fijados por el Decreto 2041 de 2014, la autoridad mediante acto administrativo dará por terminado el trámite y el solicitante podrá presentar una nueva solicitud¹⁹³.

¹⁹² Artículo 21, Decreto 2041 de 2014.

¹⁹³ Artículo 23, Decreto 2041 de 2014.

En los casos en que no se requiera pronunciamiento sobre la exigibilidad del Diagnóstico Ambiental de Alternativas o una vez surtido dicho procedimiento, el interesado en obtener licencia ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el estudio de impacto ambiental¹⁹⁴. Una vez realizada la solicitud de licencia ambiental se surtirá el trámite de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. Expedido el acto administrativo de inicio trámite, la autoridad ambiental competente evaluará que el estudio ambiental presentado se ajuste a los requisitos mínimos contenidos en el *Manual de Evaluación de Estudios Ambientales* y realizará visita al proyecto, cuando la naturaleza del mismo lo requiera. Cuando el Estudio de Impacto Ambiental no cumpla con los requisitos mínimos del *Manual*, la autoridad ambiental mediante acto administrativo dará por terminado el trámite y el solicitante podrá presentar una nueva solicitud. El trámite de evaluación del estudio termina con la resolución que otorga o niega la licencia ambiental. Entonces, es necesario precisar las consecuencias de la identificación de una posible regresión en los trámites analizados. Si por ejemplo, en la evaluación del Diagnóstico se evidencia que una alternativa contiene una medida regresiva del nivel de protección alcanzado, en virtud del principio de prevención, esa alternativa deberá ser descartada. Si por el contrario, la supuesta regresión se evidencia como un impacto o efecto negativo derivado del proyecto o actividad cuya licencia ambiental se solicita, el evaluador deberá considerar la magnitud y la posibilidad de evitar o mitigar dicho impacto negativo, con el fin de determinar si otorga o no la licencia, y de hacerlo, con qué obligaciones ambientales para el solicitante. Nuevamente, la presencia de una regresión que no ha ocurrido puede asimilarse a un posible impacto ambiental, cuyo conocimiento sitúa en el campo de aplicación del principio de prevención, mas no en el de no regresión.

Otro es el caso ya analizado en donde la regresión es consecuencia de la modificación de las normas relativas a la evaluación ambiental. Como ya expuse en el capítulo anterior, el régimen de licencias ambientales en Colombia tradicionalmente ha sufrido de regresiones normativas. Este es el caso del proyecto de Decreto (hoy

¹⁹⁴ Artículo 24, Decreto 2041 de 2014.

Decreto 2041 de 2014), en el que se evidenciaba disminución de los tiempos de otorgamiento de la licencia ambiental, y en el cambio al procedimiento oral, dejando atrás la tramitología del procedimiento escrito respecto del trámite anterior; con fundamento en la necesidad de darle un impulso a los grandes proyectos de infraestructura y de la industria extractiva, que pese a ser un motor de la economía colombiana, se ven afectados por las demoras en los trámites ambientales. Como expuse, se trataba efectivamente de una regresión del nivel de protección ambiental alcanzado por el régimen de licencias ambientales, sin una debida justificación; regresión normativa que logró ser evitada, gracias a la presión ejercida por los medios de comunicación y por la academia.

En conclusión, en relación con la primera inquietud, no existe en las normas de evaluación ambiental ninguna referencia a la posibilidad de que la evaluación sea negativa si se constatará un retroceso del nivel de protección ambiental alcanzado como consecuencia del proyecto, debido, en mi opinión, a que como la disminución de dicho nivel no ha ocurrido, el enfoque que se requiere es preventivo, según el cual se deberán tomar las medidas necesarias para evitar, mitigar y corregir los impactos negativos derivados del proyecto. Ahora, en relación con la segunda inquietud, el retroceso derivado de una modificación normativa que afecte los elementos de protección y garantía de las evaluaciones ambientales, tales como los plazos, la calidad de los estudios y cualidades técnicas de los expertos, los requisitos y condiciones de los proyectos sometidos a las evaluaciones, entre muchos otros, si puede ser analizado bajo la óptica del Principio de No Regresión, y se deberá exigir una justificación suficiente y razonable de dicha medida regresiva.

VI. Conclusiones

El análisis práctico de la aplicación del Principio de No Regresión pone en evidencia su relevancia para el Derecho Ambiental actual. Así lo demuestra la existencia de los elementos de garantía y protección identificados en materia de Espacios Naturales Protegidos y de urbanismo y zonas verdes, tanto en España como en Colombia.

En relación con estos dos ámbitos, el Principio de No Regresión tiene una doble faceta. Frente a los ENP, se aplica en su versión más rígida, puesto que la desclasificación de estos espacios solo posible cuando esté justificada por la propia pérdida de su naturaleza, por lo menos en el ordenamiento jurídico español. En este ordenamiento, únicamente cuando se demuestre científicamente que los espacios protegidos ya no merecen esa calificación, como consecuencia de su evolución natural, podrá modificarse su delimitación. En el caso colombiano, como se vio, se permiten otras circunstancias, por lo que acá la aplicación del Principio de No Regresión será más flexible.

Pero es en el ordenamiento urbanístico en donde con más relevancia se ha visto la aplicación del principio, ahora desde su faceta más flexible. Es decir, existen más justificaciones que permitirían la modificación de zonas verdes, siempre que se motive con suficiencia cualquier alteración de las mismas. En el análisis jurisprudencial español se encontraron diversos conflictos jurídicos en donde el Principio de No Regresión tiene o podría tener aplicación: el incumplimiento de los requisitos para las modificaciones de las zonas verdes y los espacios libres, el incumplimiento de los requisitos para los cambios de uso del suelo protegido, y los límites al *ius variandi* del legislador. En estos asuntos, se encontró que la normatividad vigente no es suficiente para salvaguardar el nivel de protección ambiental alcanzado, por lo que, en algunos casos, con fundamento en el Principio de No Regresión, se anularon las respectivas medidas regresivas.

En el caso colombiano no es tan evidente la aplicación expresa de dicho principio, pero si es posible afirmar que, al menos conceptualmente, la no regresión es fundamento implícito de las decisiones judiciales en relación con el incumplimiento de los requisitos para los cambios de uso del suelo protegido y para las modificaciones de zonas verdes y espacios libres y la modificación excepcional de la planificación urbanística. No obstante, por el hecho de que no se mencione expresamente el principio, y que el análisis de las medidas regresivas se haya realizado en el escenario de las acciones populares, no quiere decir que el Principio de No Regresión no tenga aplicación en Colombia. Por el contrario, tendrá aplicación en la medida en que el ordenamiento jurídico se vea en la necesi-

dad de contar con una herramienta reforzada para la protección de estos recursos.

Otro sector en el que el Principio de No Regresión aparece como fundamento implícito y conceptual del marco normativo es el Derecho de Aguas europeo. En este campo, el principio de no deterioro busca mantener el *buen estado de las aguas*, para lo cual establece una serie de requisitos, de naturaleza similar a los vistos para las medidas regresivas desde un punto de vista más general; tal como se expuso en la sentencia comentada.

Finalmente, se encontró que las Evaluaciones Ambientales son otro campo de actuación del Principio de No Regresión. En este caso, la modificación de las normas de Evaluaciones Ambientales puede generar una regresión en el nivel de protección ambiental alcanzado, y solo será admisible cuando estén debidamente justificadas.



Epílogo

Naturaleza Jurídica del Principio de No Regresión

Después de realizar un análisis detallado del Principio de No Regresión en materia ambiental, corresponde recapitular con unos breves comentarios acerca de su naturaleza jurídica, con el fin de integrar las distintas ideas expuestas a lo largo de toda la investigación. Si bien en un comienzo los intentos de la comunidad jurídica internacional no lograron que se reconociera como Principio del Derecho Ambiental Internacional en la Declaración de Río+20; su desarrollo y evolución posterior demuestran que en la práctica si se ha empezado a consolidar como tal.

En el primer capítulo se examinaron algunos criterios para determinar la forma en la que surge a la vida jurídica un nuevo Principio Jurídico¹. Se dijo, por ejemplo, que el surgimiento de principios se encuentra determinado por valores previos a las leyes que se encuentran en la realidad social, y que resultan y tienen su razón de ser en la necesidad de completar o integrar el ordenamiento jurídico frente a una realidad cada día más cambiante, ante la cual el Derecho no siempre puede responder por sí mismo, como es el caso del Derecho Ambiental, tal como expuse en su momento².

¹ Capítulo 6, Punto III.

² Sobre la complejidad del Derecho Ambiental en relación con el progreso y el avance continuo de la ciencia y la técnica me referí en el Capítulo V, Punto III.4. Pero además, el concepto de medio ambiente también es dinámico y cambiante, como explica MORENO TRUJILLO cuando se refiere a la *historicidad* del concepto de medio ambiente: *«el medio ambiente es una realidad vivida, dotada de movilidad, de capacidad de adaptación, de absorción de nuevos elementos, y de desecho de antiguos. No se puede definir el medio ambiente olvidando esta cualidad, incluyendo en su ámbito aquello,*

De esta manera, los principios surgen con el fin de integrar una respuesta jurídica ante una situación compleja. Así, surgen del «análisis de la realidad social y del diseño de atenderla y gobernarla»³.

Además, señalé las distintas fases de vigencia de un Principio Jurídico, y expuse que para que una idea sea descubierta como principio es necesario demostrar su generalidad y objetividad, con lo cual se inicia una fase de *conocimiento* del principio. Como es evidente, esta es la fase en la que se encuentra el Principio de No Regresión en materia ambiental, pues por medio de unas primeras aplicaciones jurisprudenciales y elaboraciones doctrinales se están sentando las bases y los elementos esenciales de este principio. De esta manera, se está demostrando que dicho principio expresa un valor colectivo de la sociedad en ese momento y que determina la forma como se solucionan ciertos conflictos jurídicos. Así, posteriormente se podrá llegar a una etapa de *consolidación* del mismo.

Han sido muy pocas las elaboraciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del Principio de No Regresión, por lo que resulta útil revisar algunas cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de otros principios jurídicos similares. Por ejemplo, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, al referirse a la naturaleza normativa del control de proporcionalidad y su categorización como principio jurídico, señala la relevancia de dicho control en relación con una teoría de la argumentación en la resolución de casos difíciles⁴, como lo son

previsiblemente, en un futuro próximo pueda ser susceptible de integrarse y conformar ese Medio Ambiente concreto con el transcurso del tiempo», 1991, p. 33.

³ HINESTROSA, 2000.

⁴ La teoría de los casos difíciles fue expuesta por DWORKIN. Según el autor, en los casos difíciles «no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido», por lo que las decisiones de estos casos son, y deberán ser, generadas por principios (1975) y (1989, p. 146). Como explica SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO podría afirmarse que «todos los supuestos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa controla el ejercicio de la discrecionalidad de las Administraciones públicas son casos difíciles, y en consecuencia, toleran, e incluso exigen, el empleo de una teoría de la argumentación». Esta teoría de la argumentación surge ante la insuficiencia de la metodología positivista, y surge como instrumento que describe y prescribe la actuación del juez en la obtención de una respuesta correcta cuando haya de resolver casos difíciles. No obstante, una teoría de la argumentación con base en los principios jurídicos no ofrece la respuesta correcta, ni la fórmula matemática para la consecución de la respuesta *más* correcta. Sencillamente, detecta la necesidad de incorporar un discurso más refinado a cargo del juez (una carga de la argumentación

los supuestos de control de la discrecionalidad administrativa; lo cual puede extenderse sin duda al Principio de No Regresión. Al referirse a la proporcionalidad, el autor expone que se trata de «un principio jurídico, entendido como un mandato que goza de un elevado nivel de generalidad en el supuesto de hecho, pero dotado de un consecuente taxativo»⁵, de acuerdo a la concepción de principios propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO⁶, la cual coincide con la consideración de los principios como mandatos de optimización de ALEXY⁷. La diferencia radica en que, según la tesis de ALEXY, tanto el antecedente como el consecuente de los principios son indeterminados, mientras que según SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, sólo el antecedente está sometido a una apertura total, ya que la consecuencia siempre es una respuesta taxativa: la actuación es proporcionada o desproporcionada, sin lugar a una tercera opción⁸. Lo dicho en relación con el principio de proporcionalidad puede extenderse al Principio de No Regresión, pues el análisis de regresividad siempre responderá a una lógica binaria: la medida es regresiva o no lo es. Entonces, ambos son principios jurídicos, con antecedente abierto y consecuente cerrado. Además, una de las consecuencias que se deriva de la condición de la proporcionalidad como principio jurídico, reside en su resultado aplicativo, pues «una vez aplicado un principio jurídico, la teoría nos ha mostrado que el juez, indirectamente, ha creado una regla»; argumento que ha constituido una de las críticas más frecuentes a los defensores de los principios, pues para aplicar un principio en un caso concreto, hay que tornar el mandato indeterminado en una regla, como resultado natural del proceso de ponderación a la hora de aplicar los principios⁹; además de evidenciarse una creación de Derecho por parte del juez, sobre lo que me referiré más adelante.

en la resolución del caso) para así llegar a soluciones más racionales y por lo tanto más legítimas (2007, p. 25). Sobre la teoría de la argumentación jurídica cfr. ALEXY (2008). Por su parte, DE SADELEER destaca el papel de los *Directing Principles* en la resolución de casos difíciles (2008, p. 289).

⁵ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 21). Para un análisis de la naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad, cfr. BERNAL PULIDO (2014, p. 600).

⁶ Tesis expuesta con detalle en ATIENZA y RUIZ MANERO (2004).

⁷ ALEXY (1993b, pp. 81 y ss.).

⁸ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 21).

⁹ *Ibidem*. La crítica a la que se refiere el autor ha sido expuesta por GARCÍA FIGUEROA (1998, pp. 153 y ss.) y PRIETO SANCHÍS (1992, pp. 45 y ss.).

Como opina ALEXY, esta función creadora de reglas por parte de los principios no es una crítica a éstos, sino al contrario. Con la creación de reglas se potencia el papel de los principios porque muestran su papel creador de racionalidad en el discurso jurídico. Así, los principios no serían fruto de la intuición, sino el resultado de un proceso deliberativo que crea, en última instancia, reglas a tener en cuenta en la resolución de casos futuros, poniendo así de manifiesto las imbricaciones entre el concepto de principio y las teorías de la argumentación. En palabras de ALEXY, estas reglas no son verdaderas fuentes del Derecho, sino criterios que refuerzan la argumentación de casos futuros en aplicación de dicho principio, denominándolas *reglas de prevalencia condicionada*¹⁰.

Así, podría afirmarse el papel del principio jurídico de No Regresión en materia ambiental, como creador de criterios para los casos futuros, mediante la construcción de ciertos criterios que guiarán la resolución de cada supuesto. De esta manera, el principio no sólo entraría a legitimar la solución del caso concreto, sino que reforzará la resolución de los casos futuros¹¹. Esto es lo que se ha visto del análisis del Principio de No Regresión en la aplicación jurisprudencial estudiada; pues se han sentado criterios y pautas para la resolución de casos difíciles, en los que se requiere la inclusión de consideraciones ambientales; más allá de la subsunción normativa como metodología tradicional de resolución judicial.

Ahora, específicamente sobre la naturaleza jurídica del Principio de No Regresión, resulta interesante el aporte de ESTRADA. En el marco del estudio de la exigibilidad de los Derechos Sociales, el autor entiende por principio las «*normas jurídicas prevalentes sobre las reglas, que forman parte del bloque de constitucionalidad y que condicionan la validez de las restantes normas del ordenamiento, con un deber ser específico a modo de garantías de no hacer*», pues considera que entender los principios como «mandatos de optimización» no es útil para la solución de los problemas referidos a la exigibilidad de estos derechos. Además, lo reconoce como un principio cons-

¹⁰ ALEXY (1993b, p. 159 y ss.). Este criterio ha sido utilizado por la jurisprudencia del TC, por ejemplo, en las Sentencias 103/2001 (FJ 10) y 53/2002 (FJ 10).

¹¹ Cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2007, p. 25) en relación con el principio de proporcionalidad.

titucional¹². Adicionalmente, considera acertadamente que el Principio de No Regresión no es un criterio más dentro del test de razonabilidad, sino que es un objeto de protección autónomo cuya infracción deviene en la invalidez de la normativa que le sea contraria; tal como expuse en su momento¹³. Se propone así una teoría fuerte de principios que los reconozca como normas jurídicas prevalentes sobre las demás normas (reglas) del ordenamiento y en esa condición sirven de medios de control de la normativa acusada de atentar contra los DESC a través de la violación del Principio de No Regresión.

En relación con lo anterior, expuse en su momento que en la mayoría de los casos los principios no surgen para resolver nuevos problemas, sino para resolver de forma diferente los problemas existentes. Así, el principio tiene que hacer frente a una situación jurídica consolidada, y demostrar que dicha situación ha dejado de ser válida para el Derecho, pues existe en la sociedad un valor jurídico que exige resolver el problema de una forma diferente. Este ha sido el principal campo de aplicación jurisprudencial del Principio de No Regresión, especialmente en materia de ordenación del territorio. En la problemática jurisprudencial analizada se pudo identificar que ante el conflicto puntual (modificación de la planificación con afectación ambiental, construcción de obras de interés general en zonas verdes, etc.) el Derecho vigente no era capaz de dar una respuesta acorde con los valores jurídicos de la sociedad actual, los cuales exigen la inclusión de las cuestiones ambientales en la resolución de este tipo de problemas. Es decir, la normatividad aplicable al caso concreto no permitía solucionar el problema garantizando de la mejor manera posible la protección ambiental como valor

¹² Para el autor, de acuerdo con la prohibición de regresividad, el Estado no puede (límite negativo) disminuir las condiciones de protección o de satisfacción reconocidas normativamente a los administrados. Si ese principio se considera un mandato de optimización, «cuya aplicación depende de las posibilidades fácticas, su protección queda sujeta a la buena voluntad del Estado. Pero, si se asume como norma jurídica prevalente sobre las restantes normas del ordenamiento, materialmente constitucional, su aplicación es obligatoria y no depende de condiciones fácticas sino jurídicas, esto es, puede determinar la invalidez material o la inconstitucionalidad de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, incluso de las que representen una disminución de la esfera de protección de los DESC». ESTRADA (2013, p. 250).

¹³ Capítulo 5, Punto II.2.

jurídico de la sociedad, por lo que se hizo necesaria la aplicación del Principio de No Regresión como parámetro y guía para dar una respuesta acorde con las exigencias descritas.

Lo anterior pone de presente una cuestión interesante, que dada su complejidad no podrá ser incluida con detalle en esta investigación; y es la relacionada con la creación judicial de Derecho¹⁴. No obstante, son pertinentes algunas consideraciones al respecto. Como se analizó, los Principios Jurídicos se caracterizan por su imprecisión y generalidad, por lo que su determinación dependerá del caso concreto. Pero partiendo de dichas características, se ha señalado que admitir la posibilidad de anular o retirar del ordenamiento jurídico una norma que contraiga dichos Principios Jurídicos, significa reconocer al poder judicial una *función creadora y recreadora* de las normas jurídicas, lo cual, en teoría, excedería el ámbito de la función judicial. Y es que como expuse en su momento, cuando se ha identificado una norma contraria al Principio de No Regresión, en la mayoría de los casos la consecuencia ha sido la anulación de dicha norma. Surge la pregunta entonces de si la aplicación del Principio de No Regresión como parámetro de control de las medidas regresivas del medio ambiente es un caso de creación judicial del Derecho. A manera de ejemplo, en uno de los casos analizados en materia de ordenamiento territorial, en virtud del Principio de No Regresión el Tribunal Supremo español afirmó que para la modificación de la planeación urbanística se requería un *plus de motivación*, motivación que delimitó conforme a unas características específicas¹⁵. Cabría preguntarse si el hecho de exigir ese plus de motivación consiste en la creación judicial de un nuevo requisito para la modificación de zonas verdes y espacios libres urbanos que no está

¹⁴ Un compendio de las diversas significaciones de la creación judicial del Derecho acuñadas por la doctrina es el expuesto por PÉREZ-LUÑO que contempla hasta ocho significaciones de dicho concepto, clasificadas «de la más fuerte a la más débil»: (1) crear/juzgar como demiurgia; (2) crear/juzgar como manifestación del arbitrio judicial; (3) crear/juzgar como capacidad de producir normas *ex ius naturae* o *ex natura rei*; (4) crear/juzgar como capacidad de integración normativa; (5) crear/juzgar como capacidad para completar el proceso normativo; (6) crear/juzgar como capacidad excepcional para producir normas; (7) crear/juzgar como facultad para elegir el significado normativo; (8) crear/juzgar como posibilidad de producir normas individuales (2011, pp. 139-143).

¹⁵ Por ejemplo, STS de 30 de septiembre de 2011.

en la normatividad vigente; o si por el contrario, se trata de una interpretación de dicho marco normativo, acorde con las exigencias de protección ambiental; en completo ejercicio de la función judicial. La respuesta que se le de a esta pregunta, entre otras cosas, dependerá de la noción de fuentes del Derecho y de la concepción de las relaciones entre poderes administrativo, legislativo y judicial que se tenga en cada ordenamiento¹⁶.

Otra cuestión especialmente compleja y delicada que se deriva de las anteriores inquietudes es la relacionada con el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, a la luz del Principio de No Regresión. Tampoco será posible profundizar en esta ocasión sobre este asunto, pero si es preciso hacer unas breves observaciones. En la mayoría de las sentencias españolas analizadas en relación con las zonas verdes, se realiza un control de la discrecionalidad del planificador urbanístico novedoso y reforzado, que exige, como se vio, un plus de motivación del cambio de uso de suelo cuando se trate de actuar sobre zonas verdes. Por ejemplo, en el caso de la Biblioteca Central de Sevilla¹⁷, la modificación del planeamiento se situaría dentro del margen de discrecionalidad reconocido a la Administración, ya que se respetaron los elementos reglados (procedimiento, participación ciudadana y evaluación de impacto ambiental) y se motivó en la memoria la elección de la ubicación cuestionada. Sin embargo, dicha motivación se consideró insuficiente, como se analizó en su momento¹⁸. Se cuestiona entonces hasta dónde puede llegar el control judicial de la discrecionalidad de la Administración¹⁹; y es aquí donde opera el Principio de No Regresión.

¹⁶ Sobre la creación judicial y su relación con las fuentes del Derecho, cfr. ANSUÁTEGUI ROIG (2006)

¹⁷ STS de 30 de junio de 2011.

¹⁸ LOZANO CUTANDA (2012, p. 1553).

¹⁹ Esta es una interesante discusión que ha tenido lugar en la doctrina española, en la que se analizan los límites al control judicial de la Administración. De un lado, se ha defendido la posibilidad de llegar a sustituir de las decisiones administrativas por otras impuestas judicialmente [E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (1991)] y de otro se ha señalado la existencia de zonas de independencia de la Administración irreductibles judicialmente [L. PAREJO (1991) y M. SÁNCHEZ MORÓN]. No obstante, recientemente se ha señalado que no son tan radicales las diferencias entre estas dos corrientes doctrinales españolas [M. ATIENZA (1995) y S. MUÑOZ MACHADO (2011)]. Según el último autor, «*la aplicación del Derecho no permite que se pongan límites fijos al control jurídico de las decisiones de la Administración.*»

No obstante, independientemente de la respuesta que se le de a las inquietudes planteadas, lo cierto es que los jueces tienen la facultad de disponer de la fuente del Derecho aplicable para la resolución del caso, en este caso el Principio de No Regresión (y en general de todos los Principios Jurídicos); del cual se derivará la norma jurídica sustentadora de la decisión o sentencia²⁰, que deberá incluir los valores jurídicos relevantes para la solución del caso. De

La intervención judicial habrá de ser tan extensa como el Derecho lo permita, porque eso, justamente, es lo que manda la Constitución. Y si el Derecho postula no sólo la anulación sino también la sustitución de la decisión impugnada por otra encontrada, y valorada como más justa, en el marco del proceso judicial, es perfectamente legítima su imposición, sin que se conmueva ni uno solo de los pilares sobre los que se asienta, en nuestra Constitución, el equilibrio de poderes» (2011, p. 884).

²⁰ Es lo que OROZCO MUÑOZ concibe como *facultad creativa* de los jueces (judicial Lawmaking) con base en el realismo norteamericano, pues considera que «tanto en la selección de la fuente del Derecho aplicable para la resolución de un caso determinado como en la derivación ulterior, a través de la interpretación de la fuente seleccionada, de la norma jurídica sustentadora del fallo, el órgano jurisdiccional dispone de diversas alternativas jurídicas razonablemente admisibles y ostenta la facultad de elegir, libremente, de entre ellas, en un acto discrecionalidad de voluntad, la que estime más oportuna o conveniente para resolver la Litis». No obstante, es evidente, como también pone de presente el autor, que la creación judicial del Derecho presenta graves inconvenientes para el tráfico jurídico, relacionados con la imprevisibilidad de la sentencia, esto es, «en la imprevisibilidad de cuál va a ser la alternativa normativa elegida finalmente por el juez para la resolución del caso, y en el alcance retroactivo de la norma creada por el juez en su sentencia (retrospective overruling)» (2011, p. 19). De todas formas, si bien el juez tiene la facultad y la obligación de determinar la fuente del Derecho aplicable para resolver el conflicto jurídico, dicha facultad no es absolutamente discrecional, pues como todos, el poder judicial también se encuentra vinculado a ciertos criterios jurídicos de obligatorio respeto, como el Principio de Legalidad y de sujeción a la Constitución. Por otro lado, para DE SADELEER, los principios no dan «*carte blanche*» a los tribunales para resolver los casos como ellos deseen. Si bien es cierto que los *Directing Principles* amplían la libertad de interpretación de que gozan los tribunales, éstos últimos permanecen obligados a encontrar soluciones en armonía con el espíritu del sistema legal y deben adherirse a los valores promovidos por ese sistema. Adicionalmente, los principios siempre se usan en conjunto con reglas más precisas, lo que permite que se reduzca aún más la falta de certeza jurídica. Concluye entonces que discrecionalidad judicial no equivale a un juicio arbitrario. Es más, siempre es posible reducir el margen de interpretación inherente en los *Directing Principles*, ya que la doctrina y la jurisprudencia definirán su alcance con el tiempo (2008, p. 274). En sentido contrario, DWORKIN señala que los jueces carecen de discrecionalidad a la hora de decidir, pues gracias a la existencia de ciertos *standards*, el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad (1977, p. 82). Cfr. RODRÍGUEZ PUERTO (1999).

todas formas, los jueces no podrán extralimitarse en ejercicio de esa facultad, en nombre de principios jurídicos interpretados con ligereza o para la ocasión. Porque tales extralimitaciones podrían determinar una sustitución ilegítima de la Administración, y un desplazamiento de la ley, que es la que atribuye a la Administración y no a los jueces la atención de determinadas tareas de interés general²¹.

Esto pone de presente una última consideración adicional. Recientemente, en Colombia por ejemplo, se ha empezado a resaltar el poder del juez en materia de políticas públicas. Así, HENAO PÉREZ, ex Magistrado de la Corte Constitucional Colombiana, destaca que en el país se han empezado a cuestionar las bases del Estado de Derecho, la división de poderes clásica; se ha empezado a revalorar la colaboración armónica entre poderes. Las políticas públicas son un ejemplo de lo anterior, pues siendo monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes. Entiende por política pública «*el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado. Son, por ende, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento*»; y si bien no lo señala expresamente, la definición de política pública adoptada por el autor puede aplicarse sin duda a la protección del medio ambiente²². Partiendo de lo anterior, señala que las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional se constituya en actor de las políticas públicas²³, lo cual debe hacerse de forma mesurada, pues el primero en respetar sus consecuencias ha de ser el juez constitucional, en obediencia al principio de separación de poderes —entendido como colaboración armónica— y sin extralimitaciones. Además, el juez tiene la obligación de fallar en Derecho, y su intervención en las políticas públi-

²¹ MUÑOZ MACHADO (2011, p. 884).

²² Siguiendo a ANDRÉ ROTH, para HENAO PÉREZ una política pública se caracteriza por cuatro elementos: (1) intervención de una institución pública; (2) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (3) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (4) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas. ROTH, A. (2003). *Políticas Públicas: formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora: Bogotá). En HENAO PÉREZ (2013).

²³ El autor analiza algunos ejemplos, en materia de cárceles, desplazados por la violencia, salud, entre otros. *Ibidem*.

cas debe siempre contar con este sustento y evidenciar su inserción en el ordenamiento jurídico²⁴.

Con una posición no tan moderada, VELILLA MORENO, Magistrado del Consejo de Estado Colombiano, ha afirmado que en materia de medio ambiente, el juez administrativo no puede limitarse a su papel pasivo, y debe por tanto «*ser menos conservador, apartándose del paradigma tradicional, neutro y fragmentado en la valoración del caso, y pasar a un paradigma sistémico, consciente de que tiene un deber propio y un poder de dirección, orientados a dar cumplimiento a las finalidades constitucionales de las obligaciones estatales en la protección del medio ambiente*». El autor llega incluso a sugerir que el juez adquiere el papel de docente, «*lo que hace que sus decisiones deban incluir, además de la solución de la controversia, una enseñanza conducente a promover la educación ecológica y a concientizar al público respecto de la preservación del medio ambiente*»²⁵. Siguiendo a CAFFERATTA, señala que el juez debe adoptar un rol activo «*de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborador, agente de cambio social*»²⁶.

Al margen de las controversias jurídicas que puedan suscitar estas afirmaciones, lo cierto es que la evidencia demuestra que los jueces, con fundamento en la protección ambiental y en los diferentes principios jurídicos que la envuelven (*Directing Principles*) —entre ellos, el Principio de No Regresión—, están realizando una interpretación del marco jurídico aplicable a cada caso que en muchas ocasiones va más allá de lo expuesto en la norma. Considero que no se trata de creación judicial de nuevo Derecho desde la visión más extrema; sino que se trata de la labor hermenéutica en ejercicio de la función judicial, en un marco de colaboración armónica entre los poderes públicos; atendiendo a las exigencias jurídicas de la sociedad actual.

Para concluir, entonces, el Principio de No Regresión en materia ambiental es un verdadero principio del Derecho Ambiental,

²⁴ HENAO PÉREZ (2013). Cfr., también, HENAO PÉREZ (2014). Otra visión del activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana especialmente en materia de Derechos Sociales, en SAFFON y GARCÍA-VILLEGAS (2011).

²⁵ VELILLA MORENO (2015).

²⁶ CAFFERATTA (2010).

más concretamente es un *Directing Principle*²⁷ en los términos expuestos, que tiene su origen en el Principio de Progresividad y la prohibición de retroceso en materia de DESC. Tiene, de un lado, una parte integradora, pues actúa completando la solución jurídica de un caso difícil, reflejando los valores actuales de la sociedad, dentro de los que se encuentran la protección ambiental, estimulando así las políticas públicas en materia ambiental. Tiene además una parte normativa, gracias a la cual crea criterios para la resolución de casos en el futuro y es un parámetro o criterio de validez autónomo de las normas. No obstante, no siempre será un parámetro de «constitucionalidad» de las normas, pues tiene fundamento y rango constitucional en Colombia, pero no en España; por lo que su campo de aplicación y consecuencias dependerán del rango jurídico de la norma que contenga el nivel de protección ambiental alcanzado. Finalmente, es un límite a las actuaciones de los poderes judiciales, pues guía y determina la interpretación judicial; actúa como límite a la potestad de configuración del Legislador para la creación y modificación de leyes; y es un límite a la discrecionalidad y al *ius variandi* de la Administración.

Adicionalmente, el Principio de No Regresión puede actuar de distintas maneras. De un lado, como *fundamento implícito de una norma positiva*. Como se ha podido evidenciar, no es un principio tan novedoso como lo ha señalado la doctrina que propuesto su formulación, porque sin ser entendido como hoy, la filosofía de no disminuir el nivel de protección ambiental alcanzado ya era fundamento de la normatividad, en desarrollo de la naturaleza teleológica y finalista del Derecho Ambiental²⁸. En desarrollo de esta función,

²⁷ No obstante, para HACHEZ es un Principio General del Derecho, pues se establece por deducción derivado del mandato de progresividad, aplicable a las reglas escritas que consagran los Derechos Fundamentales, las cuales establecen obligaciones positivas (2008, p. 482).

²⁸ Es claro que se trata de un principio implícito en la normatividad ambiental. Como explica LOZANO CUTANDA en relación con la Sentencia de la Biblioteca General de Sevilla, esta sentencia «no ha hecho, por tanto, sino alumbrar un principio, el de no regresión o standstill en la protección de las zonas verdes, que ya se hallaba implícito en la legislación urbanística y que cuenta con un reconocimiento expreso por parte del legislador, de su carácter general, y en su sentido más rígido, en el caso de los espacios protegidos. El nuevo principio así decantado por esta Sentencia innovadora viene a unirse a los principios medioambientales expresamente reconocidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (...) Aunque bien mirado en el derecho constitucional europeo, el principio

impone a los poderes públicos la obligación de motivar y justificar suficientemente las medidas regresivas del nivel de protección ambiental alcanzado. En segundo lugar, puede actuar como *fundamento de una decisión judicial* cuando la normatividad aplicable para la resolución del caso no es suficiente para la protección de los valores ambientales. En otras palabras, permite acudir al nivel de protección ambiental alcanzado para enjuiciar la validez de las restricciones que lo afecten, cuando dicho control no pueda ser derivado de la normatividad aplicable. En todo caso, su aplicación es relativa, y en algunos casos puede ser más rígido (por ejemplo en relación con los Espacios Naturales Protegidos), y en otros casos más flexible (por ejemplo en materia de urbanismo).

standstill aparece ya consagrado, pues...¿qué otra cosa resulta, a contrario sensu, del objetivo de alcanzar un nivel de protección elevado?» (2012, p. 1570).

Conclusiones Generales

Primera. Las transformaciones de la sociedad actual, con profundas consecuencias en la vida jurídica, imponen la creación de nuevos fundamentos jurídicos acordes a las nuevas exigencias propias de la post modernidad. De esta manera, las circunstancias de una sociedad dinámica y en constante cambio determinan lo que en cada momento y contexto es considerado jurídicamente valioso, y la función que tendrá el Derecho para su protección.

Segunda. En este contexto, los principios jurídicos adquieren una relevancia justificada en la necesidad de contar con herramientas que permitan dar una respuesta en aquellos casos en los que el derecho positivo no ha sido capaz. Con este objetivo surgieron los Principios Generales del Derecho. Pero además, en cada sector del ordenamiento jurídico se hizo evidente la necesidad de disponer con principios específicos que guíen al operador jurídico en la aplicación del Derecho.

Tercera. Los Principios del Derecho Ambiental, actuando como *Directing Principles*, dentro de los cuales se enmarca el Principio de No Regresión, actúan en una doble faceta: de un lado, tienen la función de dar coherencia y plenitud al sistema jurídico, y de otro lado, tienen la función de estimular las políticas públicas, especialmente las de protección ambiental, permitiendo la resolución de casos difíciles y la ponderación de los diferentes intereses en juego.

Cuarta. Si bien el Principio de No Regresión no fue reconocido expresamente como principio jurídico en sus primeras apariciones en el Derecho Ambiental Internacional, la evidencia ha demostrado que si se comporta como tal. Se trata, efectivamente, de un *Directing Principle* del Derecho Ambiental, que expresa un valor jurídico de la sociedad actual: el mantenimiento y la no disminución injustificada del nivel de protección ambiental alcanzado.

Quinta. El Principio de No Regresión se encuentra *fundamentado* por el carácter finalista del Derecho Ambiental y su interpretación teleológica; por la naturaleza cambiante y evolutiva de dicho ordenamiento jurídico; por el Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, y por la inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso.

Sexta. El *Principio de Progresividad* de los Derechos Sociales es el principal fundamento y fuente del Principio de No Regresión. Los Derechos Sociales constituyen mandatos jurídicos vinculantes, reconocidos constitucionalmente, de naturaleza subjetiva y prestacional, de la cual se derivan obligaciones para los Estados. Obligaciones que deberán ser cumplidas de manera progresiva, evitando retroceder en los estándares de protección alcanzados. Entonces, la consecuencia de una medida regresiva del contenido esencial de los Derechos Sociales, sin la debida justificación, es su inconstitucionalidad.

Séptima. Ahora, en materia ambiental, independientemente de la *naturaleza jurídica* del Derecho al Ambiente (Derecho Colectivo en Colombia, Principio Rector en España), también existen obligaciones vinculantes para el Estado, el cual deberá realizar comportamientos positivos o negativos para garantizar la protección del medio ambiente. Asimismo, estas obligaciones podrán realizarse de manera progresiva, en ejercicio del Principio de Progresividad y la prohibición de retroceso, cuya aplicación se extiende así al campo medioambiental.

Octava. Entonces, la *formulación* del Principio de No Regresión en materia ambiental no es tan novedosa como lo propone la doctrina que lo formula, incluso se vio que dicho principio se había reconocido por la jurisprudencia constitucional colombiana con anterioridad a su aparición en el Derecho Ambiental Internacional. La novedad no está en aceptar una mejora y progreso constante en la protección del medio ambiente, tratando de evitar los retrocesos en la misma; sino que la novedad está en la determinación de cuándo y en qué condiciones puntuales serán justificables dichos retrocesos.

Novena. El Principio de No Regresión consiste, entonces, en la *limitación* a los poderes públicos, de disminuir o afectar de manera

significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. Se trata de un principio implícito, relativo y jurídicamente vinculante, cuyo fundamento constitucional y legal es independiente de la naturaleza jurídica del Derecho al Ambiente, y cuyos límites deberán ser determinados en cada caso concreto. Entonces, una medida se entenderá regresiva, y por lo tanto, jurídicamente inadmisibles, cuando reduzca o afecte significativamente el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. Por lo tanto, no todas las regresiones en el Derecho Ambiental serán violatorias del Principio de No Regresión.

Décima. Para los efectos de su aplicación, resulta más apropiado hablar de un *nivel de protección ambiental alcanzado* que de un contenido o núcleo esencial, el cual deberá ser determinado en cada caso concreto, y podrá estar fundamentado por distintos argumentos: la salud; la dignidad humana y la calidad de vida; el desarrollo sostenible y las generaciones futuras; y el deber de conservación de la naturaleza. Todos estos argumentos, junto con las consideraciones de cada caso concreto y las particularidades del ordenamiento o sector jurídico ambiental en cuestión, determinarán el nivel de protección ambiental alcanzado, el cual actuará como límite de las medidas regresivas.

Undécima. De acuerdo con lo anterior, la *consecuencia* de la identificación de una medida que reduzca injustificadamente el nivel de protección ambiental alcanzado será su inadmisibilidad jurídica. En este punto, si será relevante la categoría jurídica del mandato de protección del medio ambiente, pues de ello dependerá el aspecto formal de ésta consecuencia. Como se vio, las medidas regresivas pueden tomar diferente forma, ya sea de naturaleza legal, reglamentaria o jurisprudencial. Entonces, la consecuencia dependerá de la condición jurídica de la medida regresiva.

Duodécima. La *aplicación* del Principio de No Regresión deberá realizarse por medio de un test o juicio autónomo de regresividad. Si bien los juicios de razonabilidad y proporcionalidad aportan los elementos y los criterios para realizar el análisis de las medidas regresivas, el estudio de dichas medidas en materia medioambiental requiere la revisión y comparación de la medida con el nivel de

protección ambiental alcanzado, el cual se encuentra determinado para cada subsector específico, por lo que se requerirá un escenario idóneo y autónomo para llevar a cabo dicha revisión.

Decimotercera. El análisis de las medidas supuestamente regresivas debe seguir ciertos *critérios*, que no obstante su utilidad, no son una camisa de fuerza para el operador jurídico, sino una guía para su actividad. En primer lugar, deberá analizarse la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado, desde un punto de vista formal, con el fin de identificar su naturaleza jurídica; y un estudio desde el punto de vista material, para identificar dicho nivel, y si constituye un verdadero progreso o salto cualitativo significativo de la legislación ambiental.

En segundo lugar, es necesario analizar la norma que reduce el nivel de protección alcanzado. En este caso, también será necesario un análisis formal, que considere la relación entre la norma que contiene el nivel de protección ambiental alcanzado y la norma que contiene la medida que lo reduce, para verificar que no haya una violación del marco normativo o de distribución de competencias. Y un análisis material, consistente en la comparación entre el nivel de protección ambiental y la afectación sufrida como consecuencia de la medida regresiva, para lo cual será indispensable el papel del ordenamiento de la ciencia y de la técnica, por medio de la remisión a conceptos jurídicos indeterminados y el reenvío a normas técnicas.

Finalmente, deberá analizarse la justificación de la medida regresiva, con el fin de sustentar su admisibilidad. Se trata de una motivación que deberá ser razonada, pormenorizada y particularizada, obligación que se encuentra en cabeza del Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de invalidez *prima facie* que pesa sobre las medidas supuestamente regresivas. El análisis de dicha motivación deberá tener en cuenta ciertos elementos, aportados por los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad. Deberá verificarse que no exista una norma jurídica que permita la regresión, la finalidad de la medida regresiva, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto, entre otros.

Decimocuarta. En la *práctica* se ha evidenciado la aplicación del Principio de No Regresión. La jurisprudencia sobre Espacios Naturales Protegidos, urbanismo, zonas verdes, suelos protegidos, estado de

las aguas, entre otras cuestiones, demuestran que cada vez con más frecuencia dicho principio ha jugado un papel importante. En la mayoría de los casos, el principio es invocado para justificar la necesidad de motivar con suficiente fuerza y detalle las medidas regresivas que puedan afectar significativamente el nivel de protección ambiental alcanzado en estos sectores jurídicos. Es decir, la calificación y la cualificación de la motivación de una medida regresiva deberá cumplir ciertos criterios establecidos con fundamento en el principio estudiado, para que dicha medida sea jurídicamente admisible.

Decimoquinta. Como ya se dijo, el Principio de No Regresión es *relativo*. No puede pretenderse su aplicación absoluta, pues las cuestiones ambientales presentan muchos matices, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de su aplicación. Por ejemplo, las crisis económicas y las emergencias ecológicas son sin duda causas de medidas regresivas, pero el análisis de dichas medidas deberá tener en cuenta todos los intereses en juego y el contexto específico. Es un reflejo de la naturaleza dinámica del Derecho Ambiental, y del Derecho en general. De esta manera, el ordenamiento jurídico debe tener la capacidad de adaptarse a coyunturas y situaciones diferentes y excepcionales, contando con la ayuda de los Principios Jurídicos.

Decimosexta. A futuro, la aplicación del Principio de No Regresión impone la necesidad de reflexionar sobre diversas cuestiones. La creación judicial de Derecho, el papel de los jueces en las políticas públicas, el control de la discrecionalidad de la Administración, entre otros; son discusiones jurídicas que se ven reforzadas a la luz de este principio. No obstante, desde ya hay que reconocer que el papel de los poderes públicos está cambiando, y en la actualidad las exigencias de la sociedad imponen nuevos retos jurídicos, a los que se les debe dar respuesta. Así, los jueces, en su ejercicio, cuentan con la facultad de determinar la fuente jurídica aplicable al caso, que deberá reflejar los valores jurídicos relevantes para la sociedad en cada momento. Ya sea que se nombre expresamente el Principio de No Regresión, o que se utilice como fundamentación implícita de una decisión, lo cierto es que la respuesta jurídica a estas cuestiones deberá estar determinada por un procedimiento conceptual y no nominalista, favoreciendo el análisis relativo por encima de un juicio rígido y categórico; pues de esto dependerá la flexibilidad y adaptabilidad del Derecho a las nuevas realidades.



Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2011a). *Derecho Urbanístico. Guía Teórico-Práctica*. T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), Tirant lo Blanch: Valencia.
- AA.VV. (2011b). *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. BLASCO ESTEVE, A. (coord.), INAP: Madrid.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta: S.A.: Madrid.
- (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Editores del Puerto s.r.l.: Buenos Aires.
- ACOSTA, P. (2010). «Los Principios Generales del Derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional». En *Revista Derecho Del Estado*, n.º 25 (diciembre).
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004). *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*. Bosch: Barcelona.
- (2006). Voz. «Urbanismo y Medio Ambiente» (pp. 1337-1348). En B. LOZANO CUTANDA y E. ALONSO GARCÍA (eds.), *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel: Madrid.
- (2010). «El Derecho de Aguas en perspectiva europea: la trascendencia de la Directiva Marco de Aguas» (pp. 71-135). En J. AGUDO GONZÁLEZ (ed.), *El Derecho de Aguas en clave europea*. La Ley: Madrid.
- ALBALADEJO, M. (2013). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General* (9.ª ed), Edisofer s.l.: Madrid.
- ALDOMÀ I BUIXADÉ, J. (2012). «La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios» (pp. 147-174). En V. AGUADO I CUDOLA y B. NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El Impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*. Atelier: Barcelona.
- ALEGRE ÁVILA, J. M. (2012). «Discrecionalidad del planificador, reclasificaciones urbanísticas y control judicial» (pp. 449-472). En E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I. Civitas S.A: Cizur Menor.

- ALENZA GARCÍA, J. F. (2014). «El procedimiento de evaluación de impacto ambiental» (pp. 299-418). En Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (ed.), *Régimen Jurídico de la Evaluación Ambiental. Comentario a la Ley 21/2013 de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Aranzadi: Cizur Menor.
- ALEXY, R. (1993a). *Derecho y Razón Práctica*. Fontamara: México.
- (1993Q). *Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. de Ernesto Garzón Valdés*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- (2008). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- (2009). *Derechos sociales y ponderación* (2.ª ed.). Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid.
- ALLEN, T. (1994). «The Philippine Children's Case: Recognizing Legal Standing for Future Generations». En *Georgetown International Environmental Law Review*, n.º 6 (pp. 713 y ss.).
- ALONSO GARCÍA, E. (2006a). Voz. «Concepto de Medio Ambiente como objeto del Derecho» (pp. 329-342). En B. LOZANO CUTANDA y E. ALONSO GARCÍA (eds.), *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel: Madrid.
- (2006b). Voz. «Ética ambiental y Derecho» (pp. 629-640). En B. LOZANO CUTANDA y E. ALONSO GARCÍA (eds.), *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel: Madrid.
- ÁLVAREZ BAQUERIZO, C. (2011). «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Directivas de Aves Silvestres y de Hábitats» *SEO/BirdLife*. M. Consultado el 19 de marzo de 2015 en la página http://www.seo.org/wp-content/uploads/2012/10/MANUAL_JURISPRUDENCIA.pdf
- ÁLVAREZ CARREÑO, S. (2003). «La calidad ambiental de las aguas como eje vertebrador de la nueva normativa comunitaria» (p. 95 y ss.). En *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*. Ecoiuris: Madrid.
- (2006a). «Aproximación al estado ecológico del agua» como concepto jurídico (pp. 929-941). En *Derecho de Aguas*. Fundación Instituto Euro-mediterráneo del Agua: Murcia.
- (2006b). Voz. «Buen estado ecológico del Agua» (pp. 295-305). En B. LOZANO CUTANDA y E. ALONSO GARCÍA (eds.), *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel: Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998). «Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: Normalización Industrial y sistema de fuentes». En *Revista de Administración Pública*, n.º 147 (pp. 307-336).
- (2000). «La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y la certificación». En *REDA*, n.º 105 (enero-marzo) (pp. 59-77).
- ÁLVAREZ PINZÓN, G. L. (2011). *Las áreas protegidas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.

- AMAYA ARIAS, Á. M. (2011). «Las zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en Colombia» (pp. 15-55). En *Minería, Energía y Medio Ambiente*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- AMAYA NAVAS, Ó. D. (2010). *La Constitución Ecológica de Colombia* (2.ª ed.), Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- (2012). *El Desarrollo Sostenible y el Derecho Fundamental a gozar de un Ambiente Sano*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- AMAYA NAVAS, Ó. D. y VIÑA VIZCAINO, G. (2015). *Las Evaluaciones Ambientales Estratégicas como instrumentos para el Desarrollo Sostenible*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, *en prensa*.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (2006). «Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma» (pp. 519-554). En *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*. IDHBC-Dykinson: Madrid.
- (2009). «Los derechos humanos y el medio ambiente: ¿razones para la reelaboración del discurso moral?» (pp. 13-32). En *Desafíos Actuales de los Derechos Humanos: El derecho al medio ambiente y sus implicaciones*. Dykinson: Madrid.
- ARAGÃO, A. (s.f.). «A proibição do retrocesso como garantia da evolução sustentável do direito ambiental». *En prensa*.
- (2012). «Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental» (pp. 43-90). En *Estudos em homenagem a Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV. Coimbra Editora: Coimbra.
- ARANGO, R. (2006). «La prohibición de retroceso en Colombia» (pp. 153-172). En *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto: Buenos Aires.
- (2009). «Los derechos sociales en Iberoamérica» *Cuadernos Electrónicos*, n.º 5. *Derechos Humanos y Democracia*. Consultado el 15 de abril de 2015 en la página http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_Los_derechos_sociales_en_Iberoamerica.pdf
- ATIENZA, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Editorial Club Universitario: Alicante.
- (1995). «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica». En *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 85 (enero-marzo) (pp. 5 y ss.).
- (2001). *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel, S.A.: Barcelona.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004). *Las piezas del Derecho* (2.ª ed.), Editorial Ariel, S.A.: Barcelona.
- ÁVILA, H. (2011). *Teoría de los Principios*. Marcial Pons: Barcelona.
- BALAGUER F. (COORD.), CÁMARA, G., LÓPEZ, J., BALAGUER, M., y RODRÍGUEZ, A. (2003). *Derecho Constitucional*, vol. I (2.ª ed.), Editorial Tecnos, S.A.: Madrid.

- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2001). *El recurso de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- BARNES, J. (1994). «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario». En *Revista de Administración Pública*, n.º 135 (septiembre-diciembre) (pp. 495-538).
- (2002). *Distribución de competencias en materia de urbanismo. Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales. Análisis de la jurisprudencia constitucional*. Bosch: Barcelona.
- BECK, U. (2009). *La Sociedad del Riesgo Global, Siglo Veintiuno de España*. Editores: Madrid.
- BELADÍEZ ROJO, M. (2010). *Los Principios Jurídicos*. Thomson Aranzadi: Cizur Menor.
- BENDA, E. (2001). «El Estado Social de Derecho» (pp. 487-560). En *Manual de Derecho Constitucional* (2.ª ed), Marcial Pons: Madrid.
- BERMEJO LATRE, J. L. (2012). «La clasificación del suelo no urbanizable ante la justicia contencioso-administrativa (comentario a la STS de 21 de febrero de 2011)» (pp. 599-612). En E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I. Civitas S.A: Cizur Menor.
- BERMÚDEZ, K. (2012). *Progresividad en asuntos de seguridad social y laborales: aproximación a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- BERNAL PULIDO, C. (s.f.). «El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana». *Universidad Externado de Colombia*. Consultado el 13 de marzo de 2015 de la página http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf
- (2003). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- (2012). «El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción». En *Letras Jurídicas*, 17, n.º 1 (enero-junio) (pp. 23-48).
- (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador* (4.ª ed.). Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- BERROS, M. V. (2011). «Construyendo el Principio de No Regresión en el Derecho Argentino» *SJA*, 28/12/2011.
- BERROS, M. V. y SBRESSO, L. (2012). «Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión» (pp. 337-402). En *La non régression en droit de l'environnement* Bruylant: Bruselas.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2012). «Valores Límites de Emisión de las instalaciones de combustión en el Derecho de la Unión ¿cómo controlar

- el poder de la Administración para establecer valores más severos?». En *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 29 (pp. 1-49).
- (2014a). «Deberes, deber de conservar y deber de prevenir en el marco de la protección ambiental» (p. 871 y ss.). En J. M. FERNÁNDEZ TORRES, J. R. PRIETO DE PEDRO y J. J. TRAYTER JIMÉNEZ (coords.), *El Camino de Santiago y otros itinerarios. Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente. Liber Amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- (2014b). *Derecho Ambiental*. La Ley: Madrid.
- BETTI, E. (1971). *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid.
- BOBBIO, N. (1980). *Contribución a la Teoría del Derecho*. Fernando Torres Editor S.A.: Valencia.
- (1991). *Teoría General del derecho. Trad. Eduardo Rozo Acuña*. Debate: Madrid.
- (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico*. Giappichelli: Torino.
- BOLÍVAR, L. (1996). *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América latina*. Provea: Caracas.
- BONIFAZ ALFONZO, L. (1993). *El problema de la eficacia en el Derecho*. Editorial Porrúa S.A.: México.
- BRANDL, E. y BUNBERT, H. (1992). «Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad». En *Harvard Environmental Law Review*, n.º 16, (I) (pp. 1-100).
- BROWN WEISS, E. (1992). «In Fairness To Future Generations and Sustainable Development». En *American University International Law Review*, n.º 8 (1) (pp. 19-26).
- (1999). *Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio común y equidad intergeneracional*. United Nations University Press y Ediciones Mundi Prensa: Madrid.
- BRYCE, J. (1988). *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- BULYGIN, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea: Buenos Aires.
- CABELLO, G. (2012). «La aplicación del Principio de No Regresión en relación con el suelo verde urbano». En *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 25 (pp. 209-218).
- CAFFERATTA, N. (2004). Introducción al Derecho Ambiental. *Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) Instituto Nacional de Ecología (INE) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)*. Consultado el 28 de enero de 2014 en la página <http://www.inec.gob.mx/descargas/publicaciones/445.pdf>

- (2009). «Un principio “oculto” de política ambiental en la ley 25675 General del Ambiente: el principio de realidad». En *Doctrina. Abeledo Perrot. Buenos Aires*.
- (2012). «Reformulación del principio de progresividad a diez años de la ley 25.675 General del Ambiente. Avances y Perspectivas». En *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica.*, n.º 31 (julio-septiembre 2012) (pp. 1-21).
- (2010). «El Rol del Juez». En *Jurisprudencia Ambiental: Selección y análisis de casos relevantes en América Latina. Serie de Documentos Sobre Derecho Ambiental*, n.º 16 (p. 59). Ciudad de Panamá: PNUMA. Consultado el 1 de abril de 2015 en la página http://www.pnuma.org/gobernanza/Jurisprudencia_Ambiental.pdf
- CAJAS SARRIA, M. A. (2004). «La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso». *Revista Precedente. Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi*. Consultado el 27 de enero de 2015 en la página <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1A-mcajas-reforma.pdf>
- CALVO GARCÍA, M. (2000). *Teoría del Derecho* (2.ª ed), Editorial Tecnos, S.A.: Madrid.
- (2014). «Crisis económica y efectividad de los Derechos Sociales» (pp. 89-133). En *La eficacia de los Derechos Sociales*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2008). «Derechos Fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales» (pp. 373-395). En *Derechos Fundamentales y Otros Estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I. El Justicia de Aragón: Zaragoza.
- CARUZ ARCOS, E. y SANTOS GIL, H. (s.f.). La intangibilidad de las zonas verdes como límite al ius variandi del planificador urbanístico. La doctrina del «mínimo sin retorno» o cláusula «stand still». Comentario de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011. *Cuatrecasas. Gonçalves Pereira*. Consultado el 15 de abril de 2015 en la página http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/la_intangibilidad_de_las_zonas_verdes_como_limite_al_ius_variandi_del_planificador_urbanistico_la_doctrina_del_minimo_sin_retorno_o_clausula_stand_still_826.pdf
- CASADO CASADO, L. (2012). «Novedades en el Régimen de Prevención y Control Ambiental de Actividades en Cataluña: Retroceso en la Protección del Medio Ambiente versus Promoción de la Actividad Económica». En *Revista Catalana de Dret Ambiental*, III, n.º 1 (pp. 1-48).
- CONESA LABASTIDA, L. (2010). «La tropicalización del Principio de Proporcionalidad: La experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad». En *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 77 (enero-abril) (pp. 351-377).

- COURTIS, C. (2006). «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios» (pp. 3-52). En *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto: Buenos Aires.
- DABIN, J. (2006). *El Derecho Subjetivo*. Editorial Comares S.A.: Granada.
- DE CASTRO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, t. I. Civitas S.A.: Madrid.
- DE SADELEER, N. (2008). *Environmental Principles. From political slogans to legal rules*. Oxford University Press: Oxford.
- DEL CASTILLO GARCÍA, M. (2011). *La tramitación y aprobación de los planes urbanísticos municipales*. La Ley: Madrid.
- DELGADO PIQUERAS, F. (1993). «Régimen Jurídico del derecho constitucional al medio ambiente» *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 38 (mayo-agosto) (pp. 49-80).
- (2001). «El nuevo marco comunitario de la política de aguas: la Directiva 2000/60/CE». En *European Public Law Series*, XVIII (pp. 30-40).
- (2004). «La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España». En *Revista de Administración Pública*, septiembre, n.º 165 (pp. 181-214).
- DIEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18.ª ed), Editorial Tecnos S.A.: Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I. (12.ª ed), Editorial Tecnos S.A.: Madrid.
- DOBSON, A. (2005). «Ciudadanía Ecológica». En *Isegoria*, n.º 32 (pp. 47-67).
- DOMPER FERRANDO, J. (1992). *El medio ambiente y las intervenciones administrativas en las actividades clasificadas*, vol. I. Civitas S.A.: Madrid.
- DUGUIT, L. (1975). *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Editorial Heliasta: Buenos Aires.
- DWORKIN, R. (1975). «Hard Cases». En *Harvard Law Review*, vol. 88, n.º (abril) (pp. 1057-1109).
- (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- (1985). *A Matter of Principle*. Harvard University Press: Cambridge.
- (1986). *Law's Empire*. Fontana: Londres.
- (1989). *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel, S.A.: Barcelona.
- EDITORIAL (2013). «Crisis Económica y Derechos Sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los Derechos Sociales». En *Revista de Fomento Social*, 68. n.º 271 (julio-septiembre).
- EMBED IRUJO, A. (1995). «Las obras hidráulicas de interés general» (pp. 77-124). En A. EMBED IRUJO (ed.), *Las obras hidráulicas*. Civitas S.A.: Madrid.
- (2007). «La DMA y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos». En *Ingeniería y Territorio*, n.º 80 (pp. 20-27).
- (2009). *El Derecho de la Crisis Económica*. Pressas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza.

- (2011a). «El Derecho Público de la Crisis Económica». En *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (pp. 21-121). BLASCO ESTEVE, A. (coord.), INAP: Madrid.
- (2011b). «La Transformación Ambiental del Derecho de Aguas: El Derecho de Aguas del siglo XXI». En *Revista de La Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 1 (diciembre) (pp. 3-19).
- (2012). *La Constitucionalización de la Crisis Económica*. Iustel: Madrid.
- (2015). «En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental». En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, t. XV. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, en prensa.
- EMBIID IRUJO, A. y EMBIID TELLO, A. E. (2006). «El medio ambiente en la Constitución española: nuevos planteamientos sobre una problemática permanente» (p. 371 y ss.). En *15 años de la Constitución Ecológica de Colombia*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- EMBIID TELLO, A. E. (2010). *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Iustel: Madrid.
- (2012a). «La técnica de los valores límite de emisión. Perspectiva Crítica». En *Revista de Administración Pública*, n.º 189 (septiembre-diciembre) (pp. 465-494).
- (2012b). «Crónicas de Jurisprudencia XIII. Medio ambiente». En *Revista Justicia Administrativa*, n.º 58 (diciembre).
- (2013). «La creciente dependencia técnica del Derecho Ambiental. ¿avance o retroceso en la protección frente a la contaminación industrial?». En *Revista de Derecho Ambiental.*, n.º 35 (pp. 153-168).
- EPA (s.f.). *Nuevas Direcciones Un Informe sobre la Reinención Reguladora*. Consultado el 8 de marzo de 2015 en la página <http://www.epa.gov/projctxl/spanish.htm>
- ESAÍN, J. (2013). «Progresividad, Gradualidad, No regresión y el Derecho Humano Fundamental al Ambiente». En *Revista de Derecho Ambiental.*, n.º 35 (pp. 1-50)
- ESCRIBANO COLLADO, P., y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. (1980). «El Medio Ambiente como Función Administrativa». En *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 26 (pp. 370 y ss.).
- ESSER, J. (1961). *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Bosch: Barcelona.
- ESTEVE PARDO, J. (1999). *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Editorial Ariel S.A.: Barcelona.
- (2002). *Autorregulación. Génesis y Efectos*. Aranzadi: Cizur Menor.
- (2003). «Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica» *Revista Jurídica de Catalunya*, 102, n.º 3 (pp. 689-700).

- (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons: Barcelona.
- (2014). *Derecho del medio ambiente* (3.ª ed.). Marcial Pons: Barcelona.
- ESTRADA, S. (2010). «Los Principios Jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación». En *Diálogos de Saberes. Universidad Libre* (pp. 159-170).
- (2013). «Algunos aportes desde la teoría de los principios jurídicos a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Naturaleza y función del principio de no regresividad» (pp. 249-274). En J. ESPINOZA DE LOS MONTEROS y J. ORDÓÑEZ (eds.), *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R. (2007). «Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes» (pp. 77-103). En *Estudios sobre urbanismo (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*. Serie claves del gobierno local, n.º 5. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (1991). *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Civitas S.A.: Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993). «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional». En *REDC*, n.º 39.
- FERRANDO, E. (1996). «La “calidad de vida” como principio inspirador del derecho al medio ambiente» (pp. 97-120). *Suplemento HUMANA IURA de Derechos Humanos. Persona y Derecho*, n.º 6.
- FLÓREZ RUIZ, J. F. (2009). «Reeleccionismo Presidencial en América Latina: Sobre la conveniencia de cláusulas pétreas que lo prohíban» *Revista ZERO*. No. 23. *Revista de la Universidad Externado de Colombia. Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales*. Consultado el 27 de enero de 2015 en la página http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO_23/JoseFFlorez.pdf
- FORSTHOFF, E. (1967). *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP): Madrid.
- FORTES MARTÍN, A. (2007). «En torno al empleo de las mejores técnicas disponibles como vestigio del moderno derecho administrativo ambiental». En *Revista General de Derecho Administrativo*, febrero, n.º 14 (pp. 51 y ss.).
- FRIEDMANN, W. (1966). *El Derecho en una sociedad en transformación*. Fondo de Cultura Económica: México.
- GALÁN VIOQUE, R. (2009a). «Modificación y Revisión» (pp. 424-437). En L. MARTÍN REBOLLO y R. BUSTILLO BOLADO (eds.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, t. I. Aranzadi: Cizur Menor.
- (2009b). «Procedimiento de Elaboración». En L. MARTÍN REBOLLO y R. BUSTILLO BOLADO (eds.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, t. I. (pp. 391-424). Aranzadi: Cizur Menor.

- GARCÍA-ÁLVAREZ, G. (2012). «La incidencia de la Directiva de Servicios en el Derecho Ambiental» (pp. 147-174). En V. AGUADO I CUDOLA y B. NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El Impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*. Atelier: Barcelona.
- (2013). «Jurisprudencia Contencioso-Administrativa: nuevos desarrollos de la protección del suelo no urbanizable y de la tutela cautelar» (pp. 265-309). En *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*. Aranzadi: Cizur Menor.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Editorial Tecnos, S.A.: Madrid.
- (1984a). «Prólogo al libro de Theodor Viehweg “Tópica y Jurisprudencia”». En *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Civitas S.A.: Madrid.
- (1984b). *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Civitas S.A.: Madrid.
- (1996). «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado». En *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89 (enero-marzo) (pp. 69-92).
- (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4.ª ed.). Thomson Aranzadi: Cizur Menor.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I* (15 ed.), Civitas S.A.: Cizur Menor.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- GARCÍA PACHÓN, M. DEL P. (2012). «Evolución del concepto de desarrollo sostenible a través del análisis de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas». En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, t. XII. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- GARCÍA PELAYO, M. (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial, S.A.: Madrid.
- GARCÍA URETA, A. (2014). «Natura 2000: deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad». En *Revista Vasca de Administración Pública. In Memoriam Demetrio Loperena Rota*, vol. II, 99-100 (mayo-diciembre) (pp. 1505-1523).
- GARRIDO FALLA, F. (2001). «Comentario al Artículo 41». En *Comentarios a la Constitución* (3.ª ed), Civitas S.A.: Madrid.
- GEIS I CARRERAS, G. (2014). «Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente. Especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano». En *Revista Vasca de Administración Pública. In Memoriam Demetrio Loperena Rota*, vol.n II, 99-100 (mayo-diciembre) (pp. 1525-1545).

- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1971). *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*. Editorial Tecnos, S.A.: Madrid.
- GONZÁLEZ BALLAR, R. (2013). «Reflexiones para la interpretación de la no regresión» (pp. 77-88). En *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano* San José de Costa Rica: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- GONZÁLEZ VAQUE, L. (2005). «El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política». En *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 7 (pp. 97-113).
- GRACIA HERRERO, F. J. (2011). *Régimen jurídico de las zonas verdes y de los espacios libres*. La Ley: Madrid.
- GRANADO HIJELMO, I. (2011). «La intervención del Consejo Consultivo en materia de ordenación del territorio y urbanismo, especialmente en las modificaciones de planeamiento que afecten a zonas verdes o espacios libres». En *Revista Práctica Urbanística*, n.º 106 (pp. 1-36).
- GUASTINI, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Giuffrè: Milano.
- (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho* Editorial Gedisa: Barcelona.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons: Madrid.
- HACHEZ, I. (2008). *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant: Bruselas.
- HENAO PÉREZ, J. C. (2010). «El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año. XIV (pp. 573-601).
- (2013). «El juez constitucional: un actor de las políticas públicas». En *Revista de Economía Institucional*, vol. 15, n.º 29 (pp. 67-102).
- (2014). «Estado social y derecho administrativo» (pp. 145-201). En *La constitucionalización del derecho administrativo: XV jornadas internacionales de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- HESSE, K. (1978). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. (11.º ed.): C. F. Müller: Heidelberg.
- HINESTROSA, F. (2000). «De los Principios Generales del Derecho a los Principios Generales del Contrato». En *Revista de Derecho Privado*, n.º 5 (enero-junio) (pp. 3-22).
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2007). «El medio ambiente como derecho fundamental». En *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XLI (enero-febrero) (pp. 141-184).
- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. (1991). *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Dykinson: Madrid.
- JIMÉNEZ JAÉN, A. (2000). *El régimen jurídico de los Espacios Naturales Protegidos*. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.: Madrid.

- (2013). «Jurisprudencia Ambiental en Canarias. Crónica». En *Revista Catalana de Dret Ambiental*, IV, n.º 1 (pp.1-14)
- JONAS, H. (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder, Ed.: Barcelona.
- JORDÁ CAPITÁN, E. (2001). *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado* Aranzadi: Cizur Menor.
- JORDANO FRAGA, J. (1995). *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*. (B. de D. P. N. 59. B. S.A., Ed.). Barcelona.
- (2013). «El futuro del Derecho Ambiental». En *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. Consultado en la página web <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>
- LAGO CANDEIRA, A. (2006). Voz. «Principios Generales de Derecho Ambiental» (pp. 985-1000). En B. LOZANO CUTANDA y E. ALONSO GARCÍA (eds.), *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel: Madrid.
- LARENZ, K. (1966). *Metodología de la Ciencia del Derecho* Editorial Ariel S.A.: Barcelona.
- LEGUINA VILLA, J. (1987). «Principios generales del Derecho y Constitución». En *Revista de Administración Pública*, n.º 114 (pp. 7-37).
- LEMA AÑÓN, C. (2010). «Sobre Generaciones Presentes, Pasadas y Futuras. Entre la Responsabilidad y la Reciprocidad» (pp. 93-131). En *Desafíos Actuales a los Derechos Humanos: El Derecho al Medio Ambiente y sus implicaciones*. Dykinson: Madrid.
- LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGESSE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2012). *Principios de Derecho de la Unión Europea* (5.ª ed). Constitución y Leyes S.A.: Madrid.
- LOPERENA ROTA, D. (1996). *El derecho al medio ambiente adecuado* Civitas S.A.: Madrid.
- (2012). «La irreversibilidad de los Derechos Sociales». En *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9 (pp. 10-14).
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2009). «El Plan General de Ordenación Urbana (o instrumentos equivalentes)» (pp. 363-391). En L. MARTÍN REBOLLO y R. BUSTILLO BOLADO (eds.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, t. I. Aranzadi: Cizur Menor.
- LÓPEZ BRUCE, M. E. (2009). «La aplicación del test de proporcionalidad frente a medidas regresivas de los derechos económicos, sociales y culturales». En *Universitas Estudiantes. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.*, n.º 6 (enero-diciembre) (pp. 151-168).
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1980). *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*. Colegio de España: Bolonia.
- (1995). «Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos». En *Régimen Jurídico de los Espacios Naturales Protegidos*. Zaragoza: Editorial Kronos.

- (1997a). «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente». En *REDA*, n.º 95 (julio/septiembre) (pp. 347-363).
- (1997b). «El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de Protección de los Recursos Naturales» (pp. 105 y ss.). En *La protección jurídica del Medio Ambiente*. Aranzadi: Pamplona.
- (2010). «Introducción General: Regresiones del Derecho Ambiental». En *Observatorio de Políticas Ambientales 2011* (pp. 1-7). Consultado en la página http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf
- (2011). «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español». En *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Aranzadi, n.º 20 (2) (pp. 13-27).
- LORENZETTI, R. (2011). *Teoría del Derecho Ambiental*. Editorial Temis: Bogotá.
- LOZANO CUTANDA, B. (2002). «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López-Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro Tribunal Constitucional». En *Civitas-Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 1 (enero-marzo).
- (2008). «La configuración jurídica del derecho al medio ambiente, con su doble componente objetivo-subjetivo, en la doctrina del TEDH» (pp. 1995-2007). En *Derechos Fundamentales y Otros Estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. El Justicia de Aragón: Zaragoza.
- (2010). *Derecho Ambiental Administrativo* (11.ª Ed), La Ley: Madrid.
- (2012). «Principio de “standstill” versus discrecionalidad administrativa, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio (recurso de casación n.º 4045/2009, ponente: María del Pilar Teso Gamella)» (pp. 1545-1574). En E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (eds.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I. Civitas S.A: Cizur Menor.
- (2013). «Últimos cambios en las Técnicas de Intervención Administrativa: el difícil equilibrio entre la liberalización y la seguridad jurídica» (pp. 149-175). En L. CASADO CASADO, J. GIFREU FONT, y J. R. FUENTES I GASÓ (dirs.), *Prestación de Servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: especial referencia al Derecho al Ambiente*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J.-C. (2013). *Administración y Legislación Ambiental. Adaptado al EEES*. (7.ª ed.). Dykinson: Madrid.
- LOZANO CUTANDA, B., LAGO CANDEIRA, A. y LÓPEZ ÁLVAREZ, L. (2014). *Tratado de Derecho Ambiental*. Centro de Estudios Financieros: Madrid.

- LUCAS VERDÚ, P. (1986). *El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modelo de integración política)*. Reus, S.A.: Madrid.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2005). «Desregulación, Estado social y proceso de globalización». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, n.º 28 (pp. 239-263).
- MARTÍN MATEO, R. (1991a). «La calidad de vida como valor jurídico» (pp. 1437-1453). En S. MARTÍN-RETORTILLO (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II. Civitas S.A.: Madrid.
- (1991b). *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I. Editorial Trivium, S.A.: Madrid.
- (2003). *Manual de Derecho Ambiental* (3.ª ed).
- MARTÍN REBOLLO, L. (2009). «El planeamiento municipal: perspectiva general» (pp. 249-259). En L. MARTÍN REBOLLO y R. BUSTILLO BOLADO (eds.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, t. I. Aranzadi: Cizur Menor.
- MARTÍN REBOLLO, L., y BUSTILLO BOLADO, R. (2009). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, t. I. Aranzadi: Cizur Menor.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1996). «Administración Local y Medio Ambiente» (pp. 23-63). En J. ESTEVE PARDO (ed.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Civitas S.A.: Madrid.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.: Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Á. (2003). «Urbanismo Sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas». En *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 200 (marzo) (pp. 135-198).
- MERCADO PACHECO, P. (2013). «Derechos Insostenibles» (pp. 139-168). En J. ESTÉVEZ ARAÚJO (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Editorial Trotta, S.A.: Madrid.
- MITRE GUERRA, E. J. (2012). *El Derecho al Agua. Naturaleza Jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*.
- (2015). «La introducción del Principio de No Regresión Ambiental en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia Panameña». En *Actualidad Jurídica Ambiental*. Consultado el 15 de abril de 2015 en la página http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2015/01/2015_01_27_Miltre-Guerra_Principio-No-Regresion-Panama.pdf
- MONROY CABRA, M. G. (2003). *Introducción al Derecho* (13.ª ed.). Editorial Temis: Bogotá.
- MORA RUIZ, M. (2014). «Simplificación administrativa y protección ambiental: puntos de conexión y límites desde la regulación y gestión del

- medio ambiente». En *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 29 (septiembre-diciembre) (pp. 77-109).
- MORENO TRUJILLO, E. (1991). *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. José María Bosch Editor, S.A.: Barcelona.
- MORO, G. (2012). «No regresividad y luchas por el sentido en el campo jurídico: el caso de los derechos sociales». En *La non régression en droit de l'environnement* (pp. 91-124). Bruylant: Bruselas.
- MORTE, C. (2008). «El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (pp. 351-383). En A. EMBID IRUJO (ed.), *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Iustel: Madrid.
- MOTTA VARGAS, R. (2011). «El derecho al agua potable en la jurisprudencia colombiana» *Revista Republicana*, n.º 11 (julio-diciembre) (pp. 53-67).
- MUÑOZ AMOR, M. DEL M. (2010). «La regulación de la calidad de las aguas en la Directiva Marco de Aguas» (pp. 345-395). En J. AGUDO GONZÁLEZ (ed.), *El Derecho de Aguas en clave europea*. La Ley: Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. II. Iustel: Madrid.
- (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, t. II (3.ª ed.). Iustel: Madrid.
- NAIM-GESBERT, É. (1999). *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement: Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*. Bruselas: Bruylant.
- (2012). «La science et le principe de non-retour sur l'acquis juridique» (pp. 125-137). En *La non régression en droit de l'environnement*. Bruylant: Bruselas.
- NIETO, A. (1975). «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo». En *Revista de Administración Pública*, n.º 76 (pp. 9-30).
- (1993). *Derecho Administrativo Sancionador* Editorial Tecnos, S.A.: Madrid.
- NIKKEN, P. (2010). «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales». En *Revista IIDH*, n.º 52 (pp. 55-140).
- NOGUEIRA LÓPEZ, B. (2011). «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades ¿reactivación económica o pretexto desregulador?» (pp. 121-190). En *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. BLASCO ESTEVE, A. (coord.), INAP: Madrid.
- OEHLLING DE LOS REYES, A. (2010). *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson: Madrid.

- OROZCO MUÑOZ, M. (2011). *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi: Cizur Menor.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2013). «El concepto de Medio Ambiente» (pp. 43-64). En *Tratado de Derecho Ambiental*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA, S. (2009). *Ponderación y Derecho Administrativo*. L. ORTEGA y DE LA SIERRA (eds.), Marcial Pons: Madrid.
- OST, F. (1996). *Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Ediciones Mensajero, S.A.: Bilbao.
- PAREJO ALFONSO, L. (1983). *Estado social y Administración Pública. Los postulados Constitucionales de la reforma administrativa*. Civitas S.A.: Madrid.
- (1991). *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- (1996). «Ordenación del Territorio y Medio Ambiente». En *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 146 (enero-febrero) (pp. 131-178).
- (1999). «El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: fundamento, condicionamientos, alcance y composición» (pp. 53-128). En L. PAREJO ALFONSO (ed.), *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha*. Marcial Pons: Madrid.
- (2000). «El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos» *Revista de Administración Pública*, 153(septiembre-diciembre) (pp. 217-250).
- (2003). *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Editorial Ariel S.A.: Barcelona.
- (2004). «El interés público como criterio de control de la actividad administrativa» (pp. 125-148). En *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- (2005). «La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado». En *Documentación Administrativa*, n.º 271-27 (enero-agosto) (pp. 482-513).
- (2012). «La ordenación territorial y urbanística y el gobierno de la ciudad en el estado territorialmente descentralizado». En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 7 (segundo semestre) (pp. 63-88).
- (2014). «Urbanismo y Medio Urbano bajo el signo del desarrollo sostenible». En *Revista Vasca de Administración Pública. In Memoriam Demetrio Loperena Rota*, vol. II, 99-100 (mayo-diciembre) (pp. 2313-2331).
- PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. (2014). *Comentarios a la Ley de Suelo. Texto conforme a la Ley 8/2013 y a la STC 141/2014*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- PARRA VERA, O. (2003). *El Derecho a la Salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo, serie DESC: Bogotá.

- (2006). «El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad» (pp. 53-79). En *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Del Puerto: Buenos Aires.
- PASCUAL LAGUNAS, E. (2009). *Configuración Jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Bosch: Barcelona.
- PASSMORE, J. (1974). *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza*. Alianza Editorial, S.A.: Madrid.
- PASTOR RIDRUEJO, J. (1960). *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, libro homenaje al profesor Santiago Lega-Lacambra*.
- PEÑA CHACÓN, M. (2012). «El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense». En *Revista Judicial Costa Rica*, 104, junio, pp. 121-157. Consultado en la página http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos_actuales/documents/revs_juds/revista_104/PDFs/07-principio_no_regresion.pdf
- (2013a). «El Derecho Internacional Ambiental como Fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso». Consultado en la página http://www.academia.edu/5880377/El_derecho_internacional_como_fundamento_del_principio_de_prohibicion_de_retroceso
- (2013b). «El test de regresividad ambiental». En *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, 6 (diciembre) (pp. 179-208)
- (2013c). «Hacia una nueva hermenéutica ambiental» Consultado en la página <http://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2013/12/hacia-una-nueva-hermenc3a9utica-ambiental.pdf>
- (2013d). «Los Principios de Objetivación de la Tutela Ambiental e irreductibilidad de Espacios Sometidos a Régimen Especial de protección y su relación con la prohibición de Retroceso». En *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n.º 25. Consultado en la página http://huespedes.cica.es/gimadus/25/06-los_principios_de_objetivacion_de_la_tutela_ambiental.html
- (2014). «Límites, restricciones y excepciones del Principio de Prohibición de Regresividad Ambiental» *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 26-27 (noviembre). Consultado en la página http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites_restricciones_excepciones_principio.html
- (2015). «Irreductibilidad, desafectación, compensación y no regresión de áreas silvestres protegidas». *En prensa*.
- PÉREZ-LUÑO, A. (1997). «Los Principios Generales del Derecho: ¿un mito jurídico?» *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n.º 98 (octubre-diciembre) (pp. 9-24).
- (2006). *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Aranzadi: Cizur Menor.
- (2011). *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. La Ley: Madrid.

- PÉREZ VERA, E. (1973). «Los problemas de interpretación en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados». En *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos. Escuela Social de Granada.*, vol. 2.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (2012). «El efecto desregulador de la Directiva de servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental» (pp. 271-323). En A. NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La termita Bolkestein. Mercado Único vs. Derechos Ciudadanos*. Civitas S.A.: Cizur Menor.
- (2013). «Los Procesos de Liberalización y Simplificación Administrativa y su incidencia en las Técnicas de Intervención Administrativa Ambiental» (pp. 353-398). En L. CASADO CASADO, J. GIFREU FONT, y J. R. FUENTES I GASÓ (dirs.), *Prestación de Servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: especial referencia al Derecho al Ambiente*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- PISARELLO, G. (2007). *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trotta, S.A.: Madrid.
- (2011). «Los derechos sociales en tiempos de crisis: resistencia y reconstrucción». En *Observatorio DESC*. Consultado el 7 de noviembre de 2014 en la página http://observatoridesc.org/sites/default/files/guardo_desc_y_crisis.pdf
- PONCE SOLÉ, J. (2013). *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. INAP: Madrid.
- PORRAS NADALES, A. (2013). «Crisis económica y bienestar social». En *Revista de Fomento Social*, 68, n.º 269 (enero-junio) (pp. 21-42).
- PORTELA, J. (2009). «Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo» *Dikaion*, n.º 23 (18) (pp. 33-54).
- PRAT, N. (2001). «Problemas y perspectivas en la definición del estado ecológico de los ecosistemas peninsulares ibéricos» (pp. 42 y ss.). En *Una cita europea con la nueva cultura del agua: la Directiva marco Perspectivas en España y Portugal. II. Congreso Ibérico sobre Planificación y Gestión de Aguas. I. Congreso Ibérico sobre Planificación y Gestión de Aguas: Zaragoza*.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- (1998). *Ley, principios, derechos» Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n.º 7. Dykinson: Madrid.
- (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho* Editorial Trotta, S.A.: Madrid.
- PRIEUR, M. (2010). «El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental» (pp. 59-121). En *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*. Pressas Universitarias de Zaragoza: Zaragoza.
- (2014). *Droit de l'environnement, droit durable*. Bruylant: Bruselas.
- PRIEUR, M., MONÉDIAIRE, G., KROLIK, C., MAKOWIAK, J., DELZANGLES, H., SOZZO, G. y BIANCHI, L. (2012). «El principio de No Regresión en

- Río + 20» (pp. 39-50). *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica., Especial I*, n.º 32.
- RAMÍREZ CLEVES, G. (2002). *La Reforma Constitucional y las garantías del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Colección Temas de Derecho Público* n.º 69. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- RAMOS PASCUA, J. (1992). El fundamento del Vigor Jurídico de los Principios. Dworkin frente a Esser (pp. 269-290). *Anuario de Filosofía Del Derecho*, IX.
- RAWLS, J. (1971). *Teoría de la Justicia* (1.ª ed. en español). Fondo de Cultura Económica: Madrid.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M. (2014). «La Evaluación Ambiental: tipos, ámbito de aplicación e interrelación» (pp. 117-211). En Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (ed.), *Régimen Jurídico de la Evaluación Ambiental. Comentario a la Ley 21/2013 de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Aranzadi: Cizur Menor.
- REBOLLO PUIG, M. (2010). «Los Principios Generales del Derecho (atrevido atribulado sobre su concepto, funciones e inducción)» (pp. 1521-1583). En J. A. SANTAMARIA PASTOR (ed.), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. La Ley: Madrid.
- RICOEUR, P. (1991). «Postface au tems de la responsabilité». En *Lectures I. Autour du politique*. Le Seuil: París.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. I. (2012). *Planes de Ordenamiento Territorial, Propiedad y Medio Ambiente*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M. A. (2013). «Los Principios de Razonalidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional española» (pp. 1-38). En *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España (Roma 24 a 27 de octubre)*.
- RODRÍGUEZ, C. (1998). «El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad» (p. 274 y ss.). En *Observatorio de Justicia Constitucional*. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons: Madrid.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E. (2010). *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación*. Dykinson: Madrid.
- RODRÍGUEZ PUERTO, M. J. (1999). «Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho una reflexión breve». En *Anuario de Filosofía Del Derecho*, n.º 16 (pp. 121-142).
- RODRÍGUEZ RESCIA, V. (2003). *El Derecho al Medio Ambiente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: En busca*

- de la implementación de una estrategia de litigio regional. *Environmental Law Alliance Worldwide*. Consultado el 9 de abril de 2014 en la página <http://www.elaw.org/node/1687>
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012). *Interés General, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*. Iustel: Madrid.
- ROSA MORENO, J. (2010). «Uso sostenible del patrimonio natural y de la biodiversidad» *Noticias de La Unión Europea*, 307 (agosto) (pp. 89-98).
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. (2014). «Marco Jurídico de la Evaluación Ambiental» (pp. 29-116). En Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (ed.), *Régimen Jurídico de la Evaluación Ambiental. Comentario a la Ley 21/2013 de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Aranzadi: Cizur Menor.
- RUIZ MANERO, J. (2004). *Las piezas del derecho* (2.^a ed.). Editorial Ariel S.A.: Barcelona.
- SAFFON, M. P. y GARCÍA-VILLEGAS, M. (2011). «Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia» *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 13 (1) (pp. 75-107)
- SALA SÁNCHEZ, P. (2014). «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica» *Discurso de Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universitat de València*. Consultado el 7 de noviembre de 2014 en la página <http://www.uv.es/rectorat/discursos/honoris/pascualsala/LectioPascualSalaCAST.pdf>
- SALINAS, S. (2006). «El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados» (pp. 89-136). En A. EMBID IRUJO (ed.), *El Derecho al Agua*. Thomson Aranzadi: Cizur Menor.
- (2014). *El cambio climático: entre cooperación y conflicto. Propuesta desde el Derecho Internacional*. Aranzadi: Cizur Menor.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2008). *Normas técnicas y derecho en Colombia: Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo. Nueva edición [en línea]*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. Consultado en la página <http://books.openedition.org/uec/165?format=toc>
- (2011). «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa». En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 5 (primer semestre) (pp. 87-105).
- SANTAMARIA PASTOR, J. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.: Madrid.
- SAMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como Sistema*. Marcial Pons: Barcelona.
- SEPÚLVEDA, M. (2005). «La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la

- evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (pp. 277-318.). En C. COURTIS, D. HAUSER, y D. RODRÍGUEZ (eds.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*. Porrúa: México.
- SERRANO, J. L. (1987). «Algunas hipótesis sobre los Principios Rectores de la Política Social y Económica» (pp. 95-119). *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n.º 56 (abril-junio), Consultado en la página <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26934>
- (2007). *Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica* Editorial Trotta, S.A.: Madrid.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2012). «El régimen de protección cualitativa de las aguas superficiales derivado de la DMA: aspectos fundamentales y reflejo en el Derecho español». En *Justicia Administrativa, Extraordinario* (Año XIV) (pp. 81-104).
- SHAPIRO, S. (2007). «The “Hart-Dworkin” debate: A Short Guide for the Perplexed» *PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPER SERIES, Working Papers*.
- SIERRA PORTO, H. A. (1998). *La reforma de la Constitución. Temas de Derecho Público No. 51*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- SIMÓN YARZA, F. (2012). *Medio Ambiente y Derechos Fundamentales* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- SORIANO GARCÍA, J. (1993). *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo* Publicaciones del Real Colegio de España: Zaragoza.
- SOZZO, G. (2012). «El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: El progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras» (pp. 65-89). En *La non régression en droit de l’environnement* Bruylant: Bruselas.
- STEINZOR, R. (1998). «Reinventing Environmental Regulation: The dangerous journey from command to self-control» *Harvard Environmental Law Review*, 22, n.º 1 (pp. 122-140).
- TARDÍO PATO, J. A. (2011). *Los principios generales del Derecho*. Bosch: Barcelona.
- TARRÉS VIVES, M. (2003). *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- (2006). «Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación» (pp. 345-370). En J. ESTEVE PARDO (ed.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local: Barcelona.
- UNEP (s.f.). Training Manual on International Environmental Law. Consultado el 28 de enero de 2014 en la página http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/training_Manual.pdf

- VAQUER CABALLERÍA, M. (2012). «Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad». En *Informe Comunidades Autónomas, 2011* (p. 30). Instituto de Derecho Público: Barcelona.
- VECCHIO, G. DEL. (1971). *Los principios generales del derecho*. Trad. Juan Ossorio Morales (3.^a ed.). Bosch: Barcelona.
- VELILLA MORENO, M. A. (2015). «El juez contencioso administrativo y la protección del medio ambiente» *Boletín INNOVA 21 «Un Compromiso Con el Medio Ambiente» Instituto de Estudios del Ministerio Público de Colombia*. Consultado en la página http://www.procuraduria.gov.co/iemp/INNOVA-21-_Un-Compromiso-Con-el-Medio-Ambiente_.news
- VILLAR BORDA, L. (2007). «Estado de Derecho y Estado Social de Derecho» *Revista de Derecho Del Estado*, 20 (diciembre) (pp. 73-96).
- WEINBERG, P. (1988). «Masquerade for privilege: Deregulation Undermining Environmental Protection» *Washington and Lee Law Review*, 45, n.º 3 (pp. 1321-1343).
- ZAGREBELSKY, G. (2003). *El derecho dúctil*. Editorial Trotta, S.A.: Madrid.

Jurisprudencia Colombiana

*Corte Constitucional*¹

- Sentencia T-406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.
- Sentencia T-462 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-491 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-484 de 1992. MP: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-411 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-092 de 1993. MP: Simón Rodríguez Rodríguez.
- Sentencia C-224 de 1994. MP: Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-528 de 1994. MP: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-179 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-058 de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-526 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-519 de 1994. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-079 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-083 de 1995. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-037 de 1996. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-022 de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-337 de 1997. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-251 de 1997. MP: Alejandro Martínez Caballero.

¹ Disponible en la página web <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

- Sentencia SU-111 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-584 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
Sentencia C-649 de 1997. MP: Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia T-304 de 1998. MP: Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-177 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-453 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-126 de 1998. MP: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-046 de 1999. MP: Hernando Herrera Vergara.
Sentencia C-1489 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-1165 de 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
Sentencia C-431 de 2000. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
Sentencia C-795 de 2000. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-671 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería.
Sentencia T-1319 de 2001. MP: Rodrigo Uprimny Yepes.
Sentencia C-228 de 2001. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-404 de 2001. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia C-505 de 2001. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia C-048 de 2001. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-579 de 2001. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-540 de 2001. MP: Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-199 de 2001. MP: Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-093 de 2001. MP: Alejandro Martínez Caballero
Sentencia C-1064 de 2001. MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-580 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil
Sentencia C-802 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-595 de 2002. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia C-671 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-695 de 2002. MP: Jaime Araújo Rentería
Sentencia T-666 de 2002. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia T-433 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-339 de 2002. MP: Jaime Araujo Rentería.
Sentencia C-316 de 2002. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia C-451 de 2002. MP: Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia C-392 de 2002. MP: Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia C-789 de 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil
Sentencia C-071 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia T-227 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-776 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia C-273 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.
Sentencia C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
Sentencia C-799 de 2003. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Sentencia C-1017 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-988 de 2004. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-038 de 2004. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-981 de 2004. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-1318 de 2005. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-731 de 2005. MP: Humberto Sierra Porto.
- Sentencia C-1006 de 2005. MP: Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia C-820 de 2006. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-189 de 2006. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-221 de 2006. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-043 de 2007. MP: Jaime Córdoba Tribiño.
- Sentencia T-641 de 2007. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T-016 de 2007. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-760 de 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-507 de 2008. MP: Jaime Córdoba Tribiño.
- Sentencia T-585 de 2008. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-1067 de 2008. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-135 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-070 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez
- Sentencia C-443 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-793 de 2009. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia T-865 de 2009. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia T-389 de 2009. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-727 de 2009. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-428 de 2009. MP: Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-444 de 2009. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-556 de 2009. MP: Nilson Pinilla Pinilla
- Sentencia C-703 de 2010. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C-252 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio
- Sentencia T-271 de 2010. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-182 de 2010. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-666 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-598 de 2010. MP: Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-226 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia C-372 de 2011. MP: José Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-630 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-629 de 2011. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-522 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-740 de 2011. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia T-749 de 2011. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-228 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-632 de 2011. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Sentencia C-220 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia C-574 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia C-470 de 2011. MP: Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia C-366 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva
Sentencia T-428 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.
Sentencia C-288 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia C-536 de 2012. MP: Adriana María Guillén Arango.
Sentencia C-644 de 2012. MP: Adriana María Guillén Arango.
Sentencia T-282 de 2012. MP: Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia C-287 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-077 de 2013. MP: Alexei Julio Estrada.
Sentencia T-469 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-154 de 2013. MP: Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia C-400 de 2013. MP: Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia C-123 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos.
Sentencia C-313 de 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado²

Sec. 3, Sentencia 25000-23-25-000-2000-0071-01(AP-083), 28 de junio de 2001. CP. Ricardo Hoyos Duque.
Sección Primera, Sentencia 25000-23-24-000-2000-0064-01(AP-032), 25 de abril de 2001. CP. Camilo Arciniegas Andrade
Sección Primera, Sentencia 25000-23-24-000-1999-0519-01(8006), 31 de octubre de 2002. CP. Olga Inés Navarrete Barrero.
Sección Primera, Sentencia 73001-23-31-000-2000-0133-02(8324), 2 de marzo de 2006. CP. Camilo Arciniegas Andrade.
Sección Primera, Sentencia 25000-23-27-000-2002-02356-01(AP), 26 de abril de 2007. CP. Martha Sofía Sanz Tobón
Sección Primera. Sentencia 11001-03-24-000-2007-00030-00. Agosto 23 de 2012. CP: María Claudia Rojas Lasso.
Sala Plena. Sentencia 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP). Noviembre 5 de 2013. CP: María Claudia Rojas Lasso.

² Disponible en la página web <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoria.php>

Jurisprudencia Española

*Tribunal Constitucional*³

STC 2/1981, de 30 de enero.
STC 25/1981, de 14 de julio.
STC 22/1981, de 2 de julio.
STC 34/1981, de 10 de noviembre.
STC 11/1981, de 8 de abril.
STC 19/1982 de 5 de mayo.
STC 64/1982, de 4 de noviembre.
STC 81/1982, de 21 de diciembre.
STC 62/1982, de 15 de octubre.
ATC 940/1985, de 18 de diciembre.
STC 178/1985, de 19 de diciembre.
STC 56/1986, de 13 de mayo.
STC 161/1987, de 27 de octubre.
STC 134/1987, de 21 de julio.
STC 196/1987, de 11 de diciembre.
STC 160/1987, de 27 de octubre.
STC 164/1988, 26 de septiembre.
STC 4/1989, de 18 de enero.
STC 120/1990, de 27 de junio.
STC 36/1991, de 14 de febrero.
STC 150/1991, de 4 de julio.
STC 66/1991, de 22 de marzo.
STC 14/1992, de 10 de febrero.
STC 57/1994, de 28 de febrero.
STC 194/1994, de 23 de junio.
STC 113/1994, de 14 de abril.
STC 108/1994, de 11 de abril.
STC 102/1995, de 26 de junio.
STC 66/1995, de 8 de mayo.
STC 199/1996, de 3 de diciembre.
STC 71/1996, de 3 de marzo.
STC 55/1996, de 28 de marzo.
STC 207/1996, de 16 de diciembre.
STC 161/1997, de 30 de octubre.
STC 61/1997, de 21 de marzo
STC 13/1998, de 22 de enero
STC 136/1999, de 20 de julio.

³ Disponible en la página web <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>

STC 119/2001, de 24 de mayo.
STC 100/2005, de 19 de abril.
STC 62/2007, de 27 de marzo.
STC 160/2007, de 2 de julio.
STC 31/2010, de 28 de junio.
STC 84/2013, de 11 de abril.
STC 233/2015, de 5 de noviembre.

Tribunal Supremo⁴

STS de 21 de abril de 1926.
STS de 26 de noviembre de 1929.
STS de 21 de noviembre de 1934.
STS de 22 de enero de 1947.
STS de 27 de noviembre de 1947.
STS de 9 de mayo de 1986.
STS de 6 de julio de 1987.
STS de 9 de febrero de 2000.
STS de 2 de febrero de 2000.
STS de 23 de junio de 2003.
STS de 15 de marzo de 2006.
STS de 3 de julio de 2007.
STS de 16 de diciembre de 2010.
STS de 13 de junio de 2011.
STS de 30 de septiembre de 2011.
STS de 7 de diciembre de 2011.
STS de 29 de marzo de 2012.
STS de 10 de julio de 2012.
STS de 23 de febrero de 2012.
STS de 30 de noviembre de 2012.
STS de 14 de octubre de 2014.
STS del 13 de enero de 2015.
STS de 12 de febrero de 2015.

⁴ Disponible en la página web <http://www.poderjudicial.es/search/>

