

EL NUEVO PRINCIPIO DE «NO REGRESIÓN»  
EN DERECHO AMBIENTAL

MICHEL PRIEUR

Rector Magnífico  
Autoridades académicas  
Distinguidos doctores  
Señoras y señores

En cerca de cuarenta años, el derecho ambiental ha experimentado un desarrollo impresionante, tanto en derecho internacional como nacional, a través de los convenios internacionales, universales y regionales, las leyes en materia de medio ambiente y sus diversos componentes, los códigos medioambientales. Este aumento cuantitativo de la presencia del derecho ambiental ha ido de la mano de una voluntad de mejora cualitativa constante del medio ambiente. La totalidad de los textos adoptados tiene como objetivo inicial reforzar la protección del medio ambiente mediante la lucha contra la contaminación y la protección de la fauna y la flora.

Con todo, estos avances evidentes en el contenido de las normas jurídicas pueden correr el riesgo de caer en manos de ciertos grupos de presión que, a pesar de las proclamaciones de marketing sobre el desarrollo sostenible, siguen considerando que las políticas ambientales

constituyen un obstáculo para el crecimiento económico. Los riesgos coyunturales como la reciente crisis económica o los riesgos políticos asociados a los cambios de gobierno constituyen una amenaza permanente para el derecho ambiental según su forma actual. A priori, su cuestionamiento por razones políticas o económicas no se encontraría con ningún obstáculo jurídico. En efecto, normalmente el derecho se puede enmendar o abrogar en cualquier momento. En lo que respecta al mantenimiento de textos reglamentarios o de leyes, no existen derechos adquiridos. Lo que una ley ha establecido puede ser modificado por otra. Esta inseguridad jurídica es inherente a las teorías relativas a la aplicación de las leyes a lo largo del tiempo. No existe ningún derecho inmutable ni eterno.

Los cambios en derecho pueden producirse de diferentes formas: abrogación, modificación, derogación... Cada una de estas formas puede conducir, en función del contenido de la reforma, a un avance del derecho en cuestión, a un statu quo en lo que respecta a la intensidad de la protección existente o a un retroceso o regresión. No obstante, la regresión no se deriva únicamente de los riesgos de modificación del derecho escrito, sino que puede ser el resultado de la interpretación del derecho por parte del juez, que, al aplicar el principio de desarrollo sostenible, favorecerá la conciliación de los intereses medioambientales y los intereses económicos y sociales y, por tanto, podrá arbitrar en favor de los intereses no ambientales y, de este modo, poner en entredicho los avances en derecho ambiental.

Con independencia de que la regresión del derecho ambiental se derive del derecho escrito o del juez, la cuestión que se plantea es saber si dicha regresión es inevitable o si puede encontrarse con obstáculos jurídi-

cos que garanticen su ausencia. ¿Puede esta última imponerse al poder constituyente, al legislador y al juez? Dicho de otro modo, ¿conlleva el derecho ambiental unas normas intangibles valedoras de una cláusula «de eternidad», según la expresión de las teorías normativistas de Kelsen y Merkl?<sup>1</sup>

Esta hipótesis de un derecho ambiental no regresivo y, por tanto, de un derecho que sea obligatoriamente progresivo se apoyará en lo que en derecho ambiental constituye un cambio cualitativo principal: la consagración del medio ambiente como un nuevo derecho del hombre. El derecho ambiental, que ha pasado a convertirse en un derecho fundamental, se beneficiará de las teorías existentes previamente cuyo objetivo es aumentar aún más la eficacia de los derechos humanos, lo que impide retroceder y, de esta manera, garantizar la no regresión de este derecho que ha sido reconocido como fundamental y, por ello, irreversible. La obligación de progresividad o de avance continuo asociada a los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que repercute sobre el derecho ambiental.

Para determinar en qué medida el derecho ambiental, debido a su condición adquirida de derecho humano, está protegido actualmente de las regresiones, en primer lugar, se presentarán los fundamentos teóricos y jurídicos

---

1 En esta reflexión no incluiremos la cuestión específica de la intangibilidad de determinados derechos fundamentales en los casos de derogaciones por razones de emergencia o guerra como la contemplada en el art. 15 del Convenio europeo de derechos humanos o el art. 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Esta intangibilidad puede considerarse no regresión, aunque se ajusta a condiciones específicas que merecerían ser objeto de otra reflexión en lo que respecta a su impacto sobre el derecho ambiental.

de la no regresión, sobre todo en el plano internacional, y, a continuación, se confirmará la introducción de la no regresión en los derechos nacionales con los inevitables límites que pueden presentarse.

## I. Los fundamentos de la no regresión

La no regresión del derecho ha sido objeto de pocos estudios por oponerse tanto a la evolución clásica del derecho como a su modificación permanente e inevitable. En materia medioambiental, lo que está en juego es la dimensión del tiempo.<sup>2</sup> Según la expresión de Mireille Delmas Marty,<sup>3</sup> el medio ambiente nos deja, a la vez, en un espacio sin fronteras y en un tiempo sin límites. A priori, la pretensión de legislar de forma perpetua resulta bastante pretenciosa e incluso se opone al art. 28 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 24 de junio de 1793, según el cual: «una una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras». Sin embargo, más allá de que este texto nunca haya estado en vigor, el medio ambiente y el desarrollo sostenible se encuentran actualmente en completa contradicción con dicha formulación, ya que, por el contrario, en la actualidad se intenta no olvidar los derechos de las generaciones futuras y no adoptar medidas que puedan perjudicar a estas. Con todo, el mensaje

---

2 Véase François Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999; Thibault Soleilhac, *Le temps et le droit de l'environnement*, tesis de derecho de Lyon III, 2006; Jessica Makowiak, «A quel temps se conjugue le droit de l'environnement?», en *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, París, Dalloz, 2007, p. 263.

3 Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, París, Seuil, 2010, p. 187.

del art. 28 también se puede interpretar en favor del principio de no regresión. Efectivamente, en la actualidad, al modificar una ley que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección estamos imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una ley con contenido regresivo: nuestra generación no puede comprometer a las generaciones futuras a una ley que haría retroceder la protección del medio ambiente. La regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado. Por lo tanto, nuestro deber, al menos en el plano ético, consiste en luchar contra la regresión con el objetivo de no «comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades», de acuerdo con la formulación de la Carta del medio ambiente de Francia de 1 de marzo de 2005, que tiene carácter constitucional.

La terminología utilizada todavía no se ha establecido de forma definitiva. En función del país, se habla del «principio de *standstill*» en derecho belga,<sup>4</sup> de efecto «trinquete» o de norma del «trinquete antirretorno» en la doctrina francesa, de intangibilidad de los derechos fundamentales,<sup>5</sup> de derechos adquiridos legislativos o de carácter irreversible de los derechos humanos,<sup>6</sup> de cláu-

---

4 La obra fundamental en la materia es la de Isabelle Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentales: une irréversibilité relative*, Bruselas, Bruylant, 2008.

5 Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, París, Pedone, 2004.

6 Teoría de Konrad Hesse citada por Christian Courtis, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes

sula de «statu quo», de no retrogresión,<sup>7</sup> etc. Se recurrirá 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. Lo que queremos subrayar es el carácter específico del derecho ambiental, para el que los retrocesos constituyen regresiones en la protección del medio ambiente, incluso cuando, como veremos, no se pueda producir una no regresión absoluta, sino únicamente unos grados de regresión.

En 1984, en las conclusiones de nuestro manual de derecho ambiental, uno de los apartados se titulaba «¿Regresión o progresión del derecho ambiental?» y únicamente se limitaba a identificar ejemplos de retroceso del derecho ambiental sin proponer un remedio jurídico.<sup>8</sup> Con frecuencia, dichos retrocesos se producen como

---

introdutorios», en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 17.

7 Expresión utilizada por S. R. Osmani, *Informe para la Comisión de derechos humanos sobre las políticas de desarrollo en el contexto de la globalización: contribución potencial basada en los derechos humanos*, 7 de junio de 2004, E/CN.4/sub.2/2004/18. En inglés existe la expresión «ratchet principle», en español «prohibición de regresividad o de retroceso»; en portugués «proibição de retrocesso».

8 Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 1.<sup>a</sup> ed. 1984, París, Dalloz; véase también, para encontrar ejemplos de regresión del derecho ambiental francés, Thibault Soleilhac, *Le temps et le droit de l'environnement*, pp. 482 y s., «La stabilité du droit de l'environnement menacé par la regression», que identifica las diferentes formas de regresión.

resultado de la denominada «desregulación», que puede alcanzar incluso el estado de «deslegislación».<sup>9</sup> Escudándose en la simplificación del derecho, el ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección y proceder, en realidad, a un retroceso del derecho existente y, en consecuencia, a un retroceso de la protección del medio ambiente.<sup>10</sup> Por consiguiente, al tratarse de un derecho fundamental, el remedio a los retrocesos del derecho existe gracias a la teoría de los derechos humanos que permite oponer, en ciertos casos y con sujeción a ciertas condiciones, el principio de la no regresión en aras de la eficacia de los derechos humanos.

La no regresión en derecho ambiental se justifica, en primer lugar, a través de razones vinculadas al carácter finalista de este derecho. En tal sentido, es inherente a los objetivos perseguidos por el derecho ambiental. También se fundamenta en el derecho ambiental internacional, que de forma permanente establece la idea de que el objetivo es la progresión de la protección del medio ambiente en beneficio de la humanidad. Finalmente, la no regresión del derecho ambiental se verá legitimada, de forma jurídica, a través de los derechos humanos, que reconocen a ciertos derechos fundamentales un carácter irreversible que en el futuro también se podrán reconocer a favor del derecho ambiental.

---

9 El anuncio realizado por el presidente de la República francesa según el cual, a partir de 2011, «el Gobierno marcará una pausa para que el Parlamento pueda, si así lo desea, deslegislar» corre el riesgo de permitir otra forma de regresión (*Le Monde*, 13 de febrero de 2010).

10 Michel Prieur, «La déréglementation en matière d'environnement», *Revue juridique de l'environnement*, n.º 3, 1987, p. 319.

### **A. *Los fundamentos teóricos de la no regresión asociados al objetivo del derecho ambiental***

El objetivo del derecho ambiental consiste en luchar contra la contaminación y conservar la biodiversidad. Desde un punto de vista histórico, la aparición de este derecho en los años setenta respondía a la preocupación de los científicos y de la opinión pública por la degradación constante del medio ambiente debido al aumento de la contaminación y de sus efectos sobre la salud, así como a la inquietud ante el agotamiento de los recursos naturales y la desaparición de especies animales y vegetales. Para reaccionar contra la degradación del medio ambiente, los Estados adoptaron leyes nuevas especiales. Por supuesto, antes ya existía un cierto marco jurídico de las actividades contaminantes, aunque se trataba simplemente de medidas políticas en favor de la salud y la seguridad pública. Actualmente, el objetivo perseguido por el derecho ambiental no se basa únicamente en la salud y la seguridad, sino que se extiende de forma más amplia a la calidad de vida, teniendo en cuenta al hombre en su medio natural y las interrelaciones entre los diversos componentes del medio ambiente (aire, agua, sol, clima, biodiversidad, paisaje) y las diversas actividades humanas. El medio ambiente ha pasado a ser, en sí mismo, un objetivo de interés general que condiciona todas las políticas en favor del principio de integración.<sup>11</sup> De este modo, el nuevo derecho ambiental no constituye solamente un derecho que regula actividades de forma neutra, sino que se trata de un derecho comprometido con la lucha contra la contaminación y la pérdida de biodiversidad. Así, se ha podido considerar que dicho derecho se defi-

---

11 M. Prieur, «Les nouveaux droits», *AJDA*, n.º 21, 2005, p. 1162.

ne, según un criterio finalista, como «aquel que, debido a su contenido, contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, un derecho para el medio ambiente». <sup>12</sup> El derecho ambiental se guía, por tanto, por un objetivo que implica una obligación de resultado. No se trata simplemente del conjunto de normas jurídicas que delimitan el medio ambiente, sino que es la expresión de una ética o de una moral del medio ambiente que pretende reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad. <sup>13</sup> De este modo, cualquier retroceso del derecho ambiental resultaría inmoral.

Cabe indicar que los principios clásicos del derecho ambiental pueden contemplarse fácilmente como apoyos de la no regresión: la prevención impide volver hacia atrás, la sostenibilidad y las generaciones futuras remiten a la duración y la intangibilidad para conservar los derechos de nuestros descendientes a disfrutar de un medio ambiente sano, y la precaución permite evitar situaciones irreversibles que constituirían por sí mismas regresiones. Finalmente, la garantía del mantenimiento de un nivel de protección anterior de los derechos objeto de debate no hace más que introducir «la puesta en marcha meditada de un proyecto de sociedad duradero». <sup>14</sup>

No resultaría complicado enumerar ejemplos de textos del derecho francés que expresan perfectamente esta visión finalista del derecho ambiental: la conservación y la mejora del medio ambiente son un deber (art. 2 de la

---

12 M. Prieur, *Droit de l'environnement*, 5.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 8; A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, París, PUF, 2.<sup>a</sup> ed. 2007, «La reconnaissance d'une finalité spécifique», pp. 52 y s.

13 Según la expresión del presidente Georges Pompidou en el discurso pronunciado en Chicago el 28 de febrero de 1970.

14 François Ost, *Le temps du droit*, p. 195.

Carta constitucional de Francia); el objetivo es el desarrollo sostenible (art. L.110-1, Código del medio ambiente); el derecho del agua tiene por objeto «una gestión equilibrada y sostenible del recurso del agua [...] la conservación de los ecosistemas acuáticos, de los lugares y zonas húmedas [...] la lucha contra cualquier tipo de contaminación [...]» (art. L.211-1, Código del medio ambiente); el derecho relativo a la contaminación acústica tiene por objeto «prevenir, eliminar o reducir la emisión o la propagación» de ruidos (art. L.571-1, Código del medio ambiente); en relación con el aire, se trata de «prevenir o reducir la contaminación atmosférica o atenuar sus efectos» (art. L.222-1, Código del medio ambiente).

El derecho ambiental de la Unión Europea tiene por objetivo tener en cuenta el principio del desarrollo sostenible en el marco del refuerzo de la cohesión y la protección del medio ambiente (Preámbulo del tratado sobre la Unión Europea de Lisboa); la Unión pretende alcanzar un nivel elevado de protección y mejora del medio ambiente (art. 3-3 del tratado sobre la Unión Europea). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea incluso ha convertido dicho objetivo finalista en una teoría de interpretación jurisprudencial. Efectivamente, el objetivo de la interpretación teleológica es aplicar el derecho comunitario mediante la interpretación del tratado y las directivas en materia de medio ambiente, en función de los fines perseguidos. Dichos objetivos se identifican en todo momento con el avance en la protección del medio ambiente, lo que contribuye a limitar e incluso impedir la aplicación de disposiciones que supongan una regresión. El juez siempre intentará buscar el objetivo y la finalidad perseguidos por el texto objeto de interpretación, más allá de las disposiciones técnicas que deba aplicar. Si la jurisprudencia del Tribunal de

Luxemburgo se muestra, al parecer y de forma general, en favor del medio ambiente, lo hace sencillamente porque las exigencias de protección del medio ambiente son explícitas en el tratado y en cada una de las directivas, destacando en todo momento los fines de interés general vinculados a la protección del medio ambiente. A título ilustrativo, entre muchos otros ejemplos, se puede presentar la sentencia del 6 de noviembre de 2008 que, frente a las medidas nacionales de simplificación de los procedimientos que en realidad camuflaban una regresión del derecho, interpreta la directiva 2006/11 CE sobre el agua en un sentido favorable a la no regresión.<sup>15</sup>

En el plano internacional, el carácter finalista de las políticas ambientales no se queda a la zaga. El principio 2 de la Declaración de Estocolmo de 1972, a pesar de que no es vinculante, establece de forma imperativa: «*Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras*». La Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 8 de septiembre de 2000 reclama, en términos voluntaristas, la protección del medio ambiente común. ¿Acaso no es evidente la invocación de la no regresión tanto en materia de medio ambiente como en materia de derechos humanos que se debe «reforzar» al mismo tiempo que hay que «reforzar el estado de derecho»?

---

15 *TJUE*, 6 de noviembre de 2008, Asociación francesa de protección del agua y los ríos TOS c/ MEDAD France, C.C 381/07, commentaire Bernard Drobenko, des exigences du droit communautaire et de la remise en cause du régime déclaratoire: des limites à la déréglementation, *Revue européenne de droit de l'environnement*, n.º 2, 2009, p. 203.

La valoración de la finalidad medioambiental de un texto se deriva del recurso a la interpretación teleológica del texto que se impone, de forma particular, en derecho ambiental comunitario e internacional. Se trata de buscar el objeto y, en particular, la finalidad del texto para adaptar la lectura y la aplicación de sus disposiciones a los objetivos perseguidos.<sup>16</sup> Para comprobar la no regresión de una modificación de un texto existente, resultará fundamentalmente útil buscar la interpretación teleológica del texto inicial. Más allá de la «mitología positivista»,<sup>17</sup> el derecho ambiental, más que ningún otro, conlleva valores y fines vinculados al ser humano en su interdependencia con la biodiversidad. Además, el contenido del derecho ambiental tampoco puede disociarse del interés colectivo para la supervivencia de la humanidad y para la conservación de los bienes comunes. El propio Tribunal Internacional de Justicia reconoce: «toda la importancia que tiene la protección del medio ambiente [...] no solo para los Estados, sino también para el conjunto de los seres humanos».<sup>18</sup> Por tanto, se puede considerar que el derecho ambiental posee, por naturaleza, una esencia teleológica.

Sin embargo, dicho derecho finalista todavía se topa actualmente con actitudes de resistencia y oposición por razones económicas o políticas. Asimismo, es frecuente el

---

16 F. Zarbiev, «L'interprétation téléologique des traités comme moyen de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux», en H. Ruiz Fabri y L. Gradoni, *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, París, Société de législation comparée, 2009, p. 199.

17 S. Goyard-Fabre, «L'illusion positiviste», en *Mélanges Paul Amssele*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 366.

18 CIJ, proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, *Recueil 1997*, p. 41, ap. 53.

incumplimiento de sus objetivos debido a una vulneración directa del derecho existente o de una pasividad de las autoridades administrativas que no ejercen correctamente su obligación de control. La ausencia de eficacia del derecho aplicable ya constituye por sí misma una regresión. Sin embargo, desde aquí queremos abordar otro aspecto de la regresión: el que deriva de las reformas cuyo objetivo consiste en modificar o abrogar el derecho existente.

De forma general, el contenido de la norma medioambiental inicial satisface las exigencias del objetivo que normalmente se persigue en materia de medio ambiente. Es inimaginable una ley que proclame la necesidad de contaminar más o deteriorar la naturaleza. A partir del momento en que se confiere al derecho ambiental el reconocimiento de derecho fundamental, de forma inherente dicho derecho solo podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que antes.

*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 la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental. También debería contemplarse la idea de*

*recurrir a un instrumento antirregresión que se basara en unas bases jurídicas sólidas. La regresión del contenido de una ley que se basa en un tema ordinario no debe evaluarse del mismo modo que la regresión de una ley que se basa en un derecho fundamental.*

### **B. La no regresión supuesta en derecho ambiental internacional**

De forma sagaz, el profesor Maurice Kamto afirmó en 1998 que «el derecho ambiental internacional se inclina por las obligaciones de *standstill*».<sup>19</sup>

No cabe duda de que el derecho ambiental internacional, al anticiparse al futuro, no cede a la tentación de disminuir el nivel de protección alcanzado. Su visión futurista y progresista del mundo le confiere un contenido muy finalista que debería conducir a la consagración de su no regresión. Su objetivo, claramente establecido, es el de promover un mejor medio ambiente en beneficio de la humanidad. En su obra de derecho ambiental internacional Alexandre Kiss y Jean-Pierre Beurier dedican un capítulo a la finalidad del derecho ambiental internacional.<sup>20</sup> Se trata de: «*conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra*» (Principio 7 de la Declaración de Río de 1992). El convenio de Bonn de 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

---

19 Maurice Kamto, «Singularité du droit international de l'environnement», en *Les hommes et l'environnement. Études en hommage à Alexandre Kiss*, París, Frison Roche, 1998, p. 321.

20 A. Kiss y J. P. Beurier, *Le droit international de l'environnement*, París, Pedone, 2004, pp. 17 y s.

humanidad. La convención marco sobre el cambio climático de 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 de 2003 proclama, en su preámbulo, que la conservación del medio ambiente mundial constituye una preocupación común para toda la humanidad. Todos los convenios medioambientales sin excepción presentan objetivos de protección para conseguir un medio ambiente mejor.

Existen tres modalidades diferentes de expresar la voluntad de no regresión: bien a través de una proclamación expresa que aborde la necesidad de ofrecer una mejor protección, lo que implica prohibir la reducción de la protección; bien a través de una exigencia de protección del medio ambiente mediante medidas nacionales a un nivel que sea, como mínimo, igual al nivel de protección internacional y que permita a los Estados ofrecer una mayor protección del medio ambiente que la que se exige a nivel internacional; bien, de forma más indirecta, aunque no por ello menos explícita, a través de las cláusulas de compatibilidad con otros acuerdos. En todos los casos, el objetivo de estas disposiciones es, en todo momento, el de adoptar medidas más protectoras o más estrictas, lo que, *a contrario*, condena las medidas regresivas.

1. Con respecto a la proclamación expresa de proteger el medio ambiente, se pueden presentar los siguientes ejemplos:

El convenio sobre el derecho del mar afirma claramente un objetivo de protección en su art. 192: «*Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino*». En muchos artículos se trata en todo momento de «*preve-*

*nir, reducir y controlar»* la contaminación procedente de fuentes terrestres, la contaminación por vertido o la contaminación causada por buques (arts. 207, 210, 211). Los diferentes acuerdos sobre los mares regionales estipulan el mismo tipo de obligaciones. Esto es lo que ocurre en el Convenio de Barcelona sobre la protección del medio marino y del litoral del Mediterráneo modificado en 1995 (arts. 8, 5 y 6). Los Estados deben *«evitar, reducir, combatir y, en la mayor medida de lo posible, eliminar la contaminación en la Zona del Mar Mediterráneo y para proteger y mejorar el medio marino en esa Zona con el fin de contribuir a su desarrollo sostenible»* (art. 4-1). Según el convenio de Helsinki de 1992 sobre la protección y el uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales: *«la implantación del presente convenio no debe dar lugar a un deterioro del estado del medio ambiente ni a un aumento del impacto transfronterizo»* (art. 2-7). De forma aún más explícita, el convenio de Berna de 12 de abril de 1999 para la protección del Rin convierte a la no regresión en un principio mediante la siguiente disposición: *«las Partes se acogen al principio de no aumentar los perjuicios»* (art. 4-e).<sup>21</sup>

El acuerdo estadounidense de cooperación en el ámbito del medio ambiente, que desde 1994 vincula a Canadá, Estados Unidos y México en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), parece estar particularmente en favor de la no regresión. En primer lugar, entre los objetivos del tratado se afirma claramente que cada Parte debe garantizar un nivel elevado de protección medioambiental y esforzarse en con-

---

21 Véanse también otros ejemplos en J. Verschuuren, *Principles of environmental law. The ideal of sustainable development and the role of principles of international, european and national environmental law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

tinuar mejorando las leyes y los reglamentos que establecen estos niveles (art. 3); la idea de mejora constante de la legislación se recupera en el art. 10-3 al tiempo que se aborda la elaboración de recomendaciones comunes «sin reducir el nivel de protección del medio ambiente». Por tanto, resulta evidente que todo debe orientarse a impedir que se produzcan retrocesos en la protección del medio ambiente.

Con todo, cabe indicar que de forma excepcional algunos convenios en materia de medio ambiente permiten expresamente en su aplicación una forma de regresión a través de una derogación. Por ejemplo, el Convenio de Ramsar sobre humedales permite «por motivos urgentes de interés nacional» retirar un humedal de la lista internacional o reducir su extensión (art. 2-5). Asimismo, el Convenio de Berna sobre la conservación de la vida salvaje y el medio natural de Europa autoriza excepciones en algunos de sus artículos siempre que «la excepción no fuere en detrimento de la supervivencia de la población interesada» (art. 9). El convenio CITES de Washington de 1975 sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora también prevé excepciones que están sujetas a condiciones de fondo y forma y, en cualquier caso, no pueden considerarse no regresiones en el sentido que le damos aquí. Efectivamente, tan solo hacen referencia a una modificación del contenido del convenio existente.

2. Con respecto al nivel de protección de las medidas nacionales relativas a las normas internacionales, existen cláusulas de protección que ofrecen una mayor protección.

En derecho internacional podemos encontrarlas, por ejemplo, en el Protocolo de Cartagena de 2000 sobre la prevención de riesgos biotecnológicos. El art. 2 permite

a los Estados adoptar «medidas más estrictas para proteger la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica». En el Convenio sobre el derecho del mar, los arts. 208, 209 y 210 relativos a diversos tipos de contaminación marina imponen a los Estados que sus leyes, reglamentos y medidas nacionales «no serán menos eficaces que las normas de carácter internacional». El Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos de 1989 permite a los Estados en el art. 11 «imponer condiciones adicionales para mejorar la protección de la salud humana y el medio ambiente». El Convenio de Berna de 1979 sobre la conservación de la vida salvaje y el medio natural de Europa permite a los Estados en el art. 12 «adoptar medidas más rigurosas» que las previstas en el convenio. El Convenio de Helsinki de 1992 antes mencionado prevé que las Partes puedan adoptar, de forma individual o conjunta, medidas «más rigurosas» (art. 2-8).

En el mismo sentido, en caso de conflicto entre las disposiciones de un convenio y el derecho nacional, algunos tratados establecen, a priori, una superioridad de la norma más favorable para el medio ambiente o la más estricta en materia de protección, por ejemplo: el art. 12 del Convenio europeo del paisaje de 2000; el art. XII-3 del Convenio de Bonn sobre la conservación de las especies migratorias de la fauna salvaje; el art. 12 del Convenio de Berna relativo a la conservación de la vida salvaje y el medio natural de Europa. En ocasiones, incluso esta superioridad jurídica de la norma más protectora del medio ambiente concierne tanto a normas existentes como a normas futuras (art. 12 del Convenio europeo del paisaje).

3. Con respecto a las cláusulas de compatibilidad entre convenios internacionales, la voluntad de alcanzar

el nivel de protección más elevado da lugar a unas cláusulas que, en caso de competencia o diferencias entre varios convenios, confirman la superioridad o preeminencia del tratado que propone la mayor protección del medio ambiente. Por tanto, la recompensa se otorga, sin lugar a dudas, al tratado que mejor se defina en materia de medio ambiente.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el Convenio sobre diversidad biológica, cuyo art. 22-1 hace prevalecer su texto sobre cualquier otro acuerdo internacional existente cuyo cumplimiento *«pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro»*. El Protocolo de Cartagena sobre la prevención de riesgos biotecnológicos tan solo permite acuerdos regionales con la condición de que *«no constituyan una reducción del nivel de protección establecido por el Protocolo»* (art. 14-1). El Convenio de Espoo de 1991 sobre la evaluación del impacto en materia de medio ambiente en un contexto transfronterizo prevé que los acuerdos bilaterales puedan *«aplicar medidas más estrictas»* (art. 2-9). El Convenio de Basilea de 1989 sobre desechos permite la formalización de acuerdos regionales con la condición de que enuncien *«disposiciones que no sean menos ambientalmente racionales que las previstas en el presente Convenio»* (art. 11-1). El Convenio de Helsinki de 1992 sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales dispone en su art. 24-2 que las partes pueden adoptar medidas *«más rigurosas»* en virtud de acuerdos bilaterales o multilaterales.<sup>22</sup>

En virtud de estas cláusulas, los Estados intentan lograr la máxima eficacia de la protección con respecto a

---

22 En el art. 4-8 del Protocolo de 18 de junio de 1999 sobre el agua y la salud se utiliza la misma expresión.

los objetivos perseguidos.<sup>23</sup> Si los convenios o protocolos de aplicación tuvieran un contenido menos riguroso que el convenio marco, constituirían una regresión ilícita que podría ser impugnada por una de las Partes ante el Tribunal Internacional de Justicia o someterse a un arbitraje. De este modo, se descarta la norma *lex posterior derogat priori*, en beneficio de la no regresión expresada a través de la idea de una búsqueda de protección más estricta. La valoración del carácter más estricto o más riguroso de una norma constituirá el centro del debate en caso de conflicto entre varios convenios.

En efecto, al igual que las leyes nacionales, y a pesar de que no están sujetos al principio del paralelismo de las formas, cualquier tratado puede modificarse y, por tanto, ser teóricamente objeto de una regresión. Las modificaciones a los anexos I y II del convenio CITES han podido constituir regresiones en cuanto a la protección de las especies amenazadas. La modificación de las listas de actividades o de los umbrales de contaminación que acompañan a numerosos convenios internacionales podría dar lugar a una regresión puntual. Sin embargo, según la información de que disponemos, en materia de medio ambiente no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que dé lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. La revisión del Protocolo de Kioto constituirá una prueba de esto, tras el fracaso que ha supuesto la conferencia de Copenhague sobre el cambio climático. Todos los convenios incluyen procedimientos de modificación que no

---

23 Ph. Weckel, *La concurrence des traités internationaux*, tesis de derecho, Universidad Robert Schuman, Estrasburgo, 1989, p. 356.

prohíben formalmente la regresión. Con todo, se puede considerar que una regresión en el derecho internacional de los tratados sobre medio ambiente, aunque es jurídicamente posible, no deja de ser una hipótesis académica. Ante la ausencia de un control jurisdiccional de la conformidad de los tratados internacionales a los principios del derecho internacional, no conseguimos ver cómo podría sancionarse un tratado modificado que reduzca el nivel de protección del medio ambiente. A pesar de esta ausencia de sanción jurídica de la regresión en derecho internacional, el medio ambiente parece efectivamente verse más amenazado por una regresión a nivel nacional que a nivel internacional. La situación jurídica en la Unión Europea es especial: en ella comprobamos que existe una no regresión que, aunque no se ha confirmado de forma explícita, se muestra más sólida a nivel jurídico que en derecho internacional o nacional.

### **C. *La no regresión confirmada en derecho ambiental comunitario***

A nivel europeo, el TJUE no ha tardado demasiado en afirmar que el medio ambiente era «*uno de los objetivos esenciales de la Unión*». <sup>24</sup> Posteriormente, el Tribunal otorgó a dicho objetivo la categoría de «*exigencia imperativa*». <sup>25</sup> El tratado, desde el Acta Única de 1987, proclama claramente que el objetivo de la política ambiental comunitaria es «*la conservación, la protección y la mejora de la cali-*

---

<sup>24</sup> TJUE, 7 de febrero de 1985, Fiscal de la República / Asociación de defensa de los quemadores de aceites usados, c. 240/83, Rec. p. 531, punto 13.

<sup>25</sup> TJUE, 20 de septiembre de 1988, Comisión / Dinamarca; c. 302/86, Rec., p. 4607, punto 9.

*dad del medio ambiente [...] la utilización prudente y racional de los recursos naturales»* (art.191 del tratado sobre el funcionamiento de la Unión). El art. 11 de ese mismo tratado menciona incluso «*las exigencias de la protección del medio ambiente»* y el art. 191-2 reincide repitiendo la expresión «*exigencias en materia de protección del medio ambiente»* y sobre todo al precisar que «*la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado»*. Esta exigencia de un nivel elevado de protección se formula, además, de forma más clara por segunda vez en el art. 3-3 del Tratado sobre la Unión Europea, según el cual: «*La Unión obrará [...] en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en [...]un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente»*. Muchas directivas en materia de medio ambiente anuncian de forma clara que su objetivo es garantizar directamente «un nivel elevado de protección del medio ambiente»: protección elevada frente a los riesgos de accidentes importantes (directiva 96/82 de 9 de diciembre de 1996), nivel elevado de protección del medio ambiente en el transporte marítimo (directiva 2005/35 de 7 de septiembre de 2005).

Además, el derecho comunitario, al igual que el derecho internacional, aunque en este caso de forma sistemática, admite el derecho de cualquier Estado miembro a proteger el medio ambiente superando el límite que impone la norma comunitaria. El art. 193 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea permite a los Estados miembros mantener o establecer «*medidas de protección reforzadas»* con respecto a las medidas adoptadas por la Unión. Se trata de una cláusula que se denomina «de salvaguardia o de subsidiariedad» que expresa la idea de que debe imponerse la norma jurídica que más proteja el medio ambiente. Sin embargo, aunque el Esta-

do puede proteger más y contaminar menos, no puede proteger menos y contaminar más del nivel mínimo comunitario. En varias directivas se precisa que estas no pueden conllevar la reducción de un nivel de protección existente anteriormente en un Estado miembro. Con una formulación diferente, la directiva marco sobre el agua 2000/60 dispone que los Estados miembros deben adoptar las disposiciones necesarias para no aumentar la contaminación del agua marina ni causar de forma directa ni indirecta un crecimiento de la contaminación de las aguas superficiales (art. 11-6). La prohibición de un empeoramiento de la contaminación, por ejemplo, mediante una disminución de los umbrales, constituye la expresión de la obligación de no regresión.

A pesar de que el derecho ambiental no figura en el tratado como derecho fundamental, cuenta con todas sus virtudes, en particular debido a que desde el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, la Carta de derechos fundamentales<sup>26</sup> tiene el mismo valor jurídico que los tratados (art. 6 del Tratado sobre la Unión Europea) gracias a su art. 37 sobre la protección del medio ambiente.<sup>27</sup> El objetivo de la Carta consiste en «reforzar» la protección de los derechos fundamentales (preámbulo). El art. 37 destaca lo que debe interpretarse como una afirmación de la irreversibilidad de las medidas relativas al medio ambiente: «alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

---

26 Adaptada el 12 de diciembre de 2007 y publicada en el BO C-303 del 14 de diciembre de 2007.

27 Michel Prieur, comentario del art. 97 de la Carta de derechos fundamentales, en L. Bourgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod (dirs.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, parte II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 483.

La regresión parece imposible ante estas dos exigencias destinadas a conseguir un medio ambiente cada vez mejor. Estas disposiciones, al igual que el resto de derechos fundamentales, se incluyen además en los arts. 53 y 54 de la Carta de derechos fundamentales. No puede considerarse que la Carta «limite» los derechos reconocidos ni que implique el derecho a destruirlos o limitarlos más de lo previsto. Nuevamente, estas disposiciones refuerzan la obligación de no regresión y, en consecuencia, la prohibición de la regresión en el ámbito del medio ambiente. Son cláusulas clásicas en los convenios sobre los derechos humanos (véanse los arts. 17 y 53 del Convenio europeo de derechos humanos). Se trata de dar preferencia al sistema que ofrezca más protección y, en consecuencia, de privilegiar en todo momento el nivel más elevado de protección ambiental. Esto supone, obligatoriamente, conferir un privilegio a la no regresión. El art. 53 de la Carta de derechos fundamentales «garantiza que la evolución tan solo puede producirse en el sentido de la progresión, y no en el de la regresión».<sup>28</sup>

Como indica Isabelle Hachez, el principio de no regresión no figura de forma expresa en el art. 191-2 antes citado entre los principios directores de la acción comunitaria.<sup>29</sup> Sin embargo, consideramos que la exigencia de protección y mejora del medio ambiente (lo contrario al deterioro) y de un nivel elevado de protección que figura en el Tratado debería, por sí misma, bajo el control del juez comunitario, proteger de cualquier regresión sustancial del derecho ambiental de la Unión.

---

28 Loic Azoulai, «Art. 53, niveau de protection», en L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod (dirs.), *Traité*, p. 706.

29 Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, p. 41, nota 79.

Hasta ese momento, las directivas ambientales modificadas con frecuencia parecen haber esquivado a la regresión, al igual que los tratados. En cualquier caso, están sujetas al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en aras de controlar la legalidad de los actos adoptados (art. 263 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea), podría anular una directiva cuyo contenido, contrario a los objetivos bien definidos del tratado, constituyera una regresión en materia de medio ambiente.

La doctrina comunitaria, al objeto de consolidar el acervo comunitario, considera que los avances de la integración europea pasan a ser «jurídicamente irreversibles»<sup>30</sup> debido a un efecto de espiral (*spill over*) y constituyen una especie de «principio de trinquete»<sup>31</sup> que se basaría en la jurisprudencia del Tribunal.<sup>32</sup> De este modo, a través de la «sedimentación definitiva del acervo comunitario»<sup>33</sup> se reconoce el principio de no regresión. Este carácter irreversible de los acervos comunitarios no se limita únicamente al medio ambiente, sino que se vincula a la particular naturaleza de la estructura constitucional comunitaria que la diferencia de las normas de derecho internacional.

La intangibilidad del acervo comunitario, o la irreversibilidad del tiempo comunitario, también procedía del

---

30 Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, París, PUF, 1997, p. 58.

31 Expresión de F. Ost y M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, F.U.S.L., 2002, p. 72.

32 TJUE de 15 de julio de 1964, *Costa c/ Enel*, c. 6/64, Rec., p. 1141.

33 Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, p. 58.

Tratado de Maastricht. Efectivamente, los arts. 2 y 3 del Tratado de 1992 sobre la Unión Europea, recuperados en Niza en 2001, afirmaban claramente que el objetivo de la Unión era «mantener de forma integral el acervo comunitario y desarrollarlo». Curiosamente, esta disposición desapareció del Tratado de Lisboa en 2007.<sup>34</sup> ¿Se trata de una razón de fondo o simplemente de forma ante la ausencia de una expresión equivalente debido a la desaparición de la referencia «comunitaria»? ¿Se debe ver en ello un retroceso que abre la puerta a la regresión, mientras que el principio de no regresión disponía hasta ese momento de una base convencional? En cualquier caso, en el futuro, el acervo comunitario, como garante de la no regresión, tan solo podrá basarse en la interpretación del juez de la Unión. Cabe indicar finalmente que, debido a que el acervo comunitario engloba convenios internacionales a los que la Unión Europea se ha adherido, teóricamente la regresión podría reintroducirse en el derecho de la Unión en caso de retroceso de un tratado internacional del que sea Parte, lo que se opondría directamente a los objetivos fundamentales de la Unión. Sin embargo, en caso de que un tratado internacional pasara a ser regresivo en lo que respecta a la protección del medio ambiente, la Unión Europea siempre podría optar por denunciarlo.

En definitiva, las formulaciones explícitas del tratado en materia de medio ambiente y la teoría de los acervos comunitarios deberían conducir al juez comunitario a censurar fácilmente cualquier regresión.

---

34 Christine Delcourt, «Traité de Lisbonne et acquis communautaire», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n.º 518, mayo de 2008, p. 296.

#### D. *La no regresión reforzada gracias a los derechos humanos*

Según Rebecca J. Cook: «el principio de no-retrogresión está implícito en los acuerdos sobre los derechos humanos». <sup>35</sup> Desde la consagración del medio ambiente como un derecho del hombre en derecho internacional y nacional, aquel se beneficia de las teorías y jurisprudencias relativas a los derechos humanos. <sup>36</sup> Ahora bien, estas permiten establecer jurídicamente el principio de no regresión vinculado a la idea de «avance» inherente a los derechos humanos y a la voluntad de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. La declaración universal de los derechos humanos proclama que los pueblos están «*resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida*». La no regresión refuerza y perpetúa la obligación positiva en cuanto a su parte sustancial, sobre todo en lo que respecta a las obligaciones positivas que acompañan a un derecho fundamental, en particular en el ámbito del medio ambiente. Según la bella expresión de un autor, la no regresión es «una obligación negativa inherente a cualquier obligación positiva que acompaña a un derecho fundamental». <sup>37</sup>

Varios textos internacionales relativos a los derechos humanos, en particular en relación con los derechos económicos y sociales a los que se suele asociar generalmente el derecho ambiental, tienen en cuenta el carácter pro-

---

<sup>35</sup> R. J. Cook, «Reservation to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women», *V.J.I.L.*, vol. 30, 1990, p. 683 (citado por Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits humains en droit international*, París, Pedone, 2004, p. 360).

<sup>36</sup> M. Prieur, «Le droit à l'environnement», *Jurisqueur Libertés*, Lexis Nexis, 2007.

<sup>37</sup> Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, p. 195.

gresivo de estos derechos, a los que se les ha deducido la no regresión o no regresividad.

El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 impone a los Estados «lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2-1). Según Isabelle Hachez, esta cláusula de progresividad «se opone de forma correlativa a la adopción de medidas regresivas».<sup>38</sup> Asimismo, según Nicolás González del Solar, «la obligación de progresividad implica la no regresión. No se puede retroceder ni adoptar medidas que disminuyan dicho derecho».<sup>39</sup> El art. 11-1 reconoce el derecho de toda persona a «una mejora continua de las condiciones de existencia», lo que puede implicar fácilmente al medio ambiente y al ámbito de vida. Finalmente, el art. 12, relativo al derecho a la salud, estipula «la mejora de todos los aspectos relativos a la higiene del medio». También puede interpretarse que el concepto de «mejora» impide la regresión.

La idea de derechos fundamentales intocables también se desprende del art. 5-2 del Pacto, que prohíbe la «restricción o el menoscabo» de los derechos existentes que no están reconocidos en el Pacto, como ocurre precisamente con el derecho ambiental.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general n.º 3 del 14 de diciembre de 1990, condena cualquier «medida deliberadamente regresiva» (ap. 9). Ahondando aún más en el análisis del alcance jurídico del art. 2-1, la observación general n.º 13 del 8 de diciembre de 1999 declara: «la admisión de

---

38 *Ibíd.*, p. 26.

39 Nicolás González del Solar, «El derecho a la salud. Planteamientos generales y ordenamiento argentino», en Antonio Embid Irujo, *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009, p. 422.

medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones» (ap. 45). Las directivas de Maastricht del Comité de expertos de la Comisión Internacional de Juristas adoptadas el 26 de enero de 1997 consideraban que «la adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos» constituía una vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>40</sup> Desde el 19 de noviembre de 1999, la interpretación oficial del Pacto por el Comité se reforzó al confirmar dicha interpretación y al hacer constar las medidas regresivas entre las causas de vulneración del Pacto.<sup>41</sup> Según la observación general n.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua del 20 de enero de 2003: «existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto» (ap. 19).<sup>42</sup>

Un caso particular de regresión de los derechos que puede asociarse al medio ambiente lo constituyen los desplazados medioambientales privados de su derecho a una vivienda digna, contemplado en el art. 11-1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de desplazados o desalojados de forma forzosa debido a operaciones de urbanismo u ordenación de infraes-

---

40 Punto 14, e.

41 E/2000/22, Anexo IX, sección v relativa a las vulneraciones.

42 Para un análisis detallado de las interpretaciones del Comité sobre el concepto de «regresión» véase Magdalena Sepúlveda, «La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”», en Christian Curtis (comp.), *Ni un paso atrás*, p. 117.

estructuras, ya sea como consecuencia de accidentes o catástrofes naturales, la no regresión de su derecho consistirá en imponer al Estado que adopte las medidas necesarias para garantizar el derecho a una vivienda adecuada. La Comisión de derechos humanos afirmó que «la práctica de desalojos forzosos constituye una vulneración flagrante de los derechos humanos».<sup>43</sup> En su observación general n.º 7, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica una serie de medidas que deben acompañar a los desalojos forzosos.<sup>44</sup> Según Julieta Rossi, el principio de no regresión refuerza en este caso la obligación positiva de los Estados en materia de vivienda.<sup>45</sup> No obstante, cabe preguntarse si este supuesto puede incluirse en la no regresión tal como la concebimos. Efectivamente, ¿acaso no se trata sin más de una situación de vulneración directa de un derecho fundamental que implica una medida de restablecimiento del derecho vulnerado? Ciertamente, el restablecimiento de un derecho vulnerado es una medida de no regresión en sentido material, mientras que aquí consideramos la no regresión en su sentido primitivo, como una manifesta-

---

43 Resolución 1993/77 de la Comisión de derechos humanos (ap. 1).

44 Observación n.º 7 del 1 de mayo de 1997.

45 Julieta Rossi, «La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*, p. 106; sobre los desplazados ambientales, los desalojados y los derechos humanos, véase el proyecto de acuerdo en torno al estatuto internacional de los desplazados ambientales, CRIDEAU-CIDCE en *Revue européenne de droit de l'environnement*, Limoges, 2008-4, p. 375 y Consejo de Europa, Proyecto de carta ética europea y mediterránea sobre la capacidad de recuperación ante las catástrofes, Acuerdo sobre los riesgos mayores (EUR-OPA), Estrasburgo, 2010.

ción formal de un retroceso. De lo contrario, cualquier vulneración de un derecho podría asimilarse a una regresión y, en tal caso, la ineficacia del derecho constituiría en sí misma un caso de regresión.

Así es como el principio de no regresión recorre su camino. El informe de S.R. Osmani<sup>46</sup> presenta el principio de no regresión de los derechos como un acervo protector de las personas vulnerables: «el enfoque del desarrollo basado en los derechos [...] no permite que el grado de uso de un derecho cualquiera experimente una regresión con respecto al pasado». En relación con esto, destaca las desregulaciones y sus efectos negativos sobre la protección social. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en su informe sobre el concepto de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, destaca el hecho de que el Pacto implica «el principio de la ilicitud de medidas deliberadamente regresivas»; dicho de otro modo, «una presunción en cuanto a la prohibición de cualesquiera medidas deliberadamente regresivas que comprometan el ejercicio de un derecho». De ello se desprende la obligación inmediata de garantizar una parte básica o mínima de cada uno de los derechos u obligaciones fundamentales. El acceso a la alimentación, el agua, el alcantarillado, es decir, a los servicios esenciales relativos al medio ambiente, forma parte de estas obligaciones mínimas.<sup>47</sup>

La adopción del Protocolo facultativo en relación con el Pacto internacional de derechos económicos, sociales

---

46 S. R. Osmani, *Informe para la Comisión de derechos humanos*, nota 3.

47 Informe, Consejo económico y social de las Naciones Unidas, Ginebra, 25 de junio de 2007, E/2007/82.

y culturales por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008<sup>48</sup> introduce el derecho de comunicación personal ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este último puede adoptar medidas provisionales para evitar un posible perjuicio irreparable. Esta reforma constituirá, sin duda, el inicio de una nueva jurisprudencia sobre el principio de no regresión. A la espera de la entrada en vigor de dicho Protocolo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus observaciones finales, pudo identificar regresiones, en particular debido al aumento o a la introducción de gastos de escolarización en la educación. Con todo, estas constataciones son por el momento bastante tímidas.<sup>49</sup>

A nivel regional, la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961, revisada en 1996, conduce igualmente a una evolución de los derechos sociales fundamentales, incluyendo el medio ambiente, dirigida al reconocimiento de la no regresión. Su Preámbulo menciona el objetivo de «proteger» los ideales que son patrimonio común de los pueblos europeos y de «favorecer» el avance económico y social. En una decisión adoptada por el Comité europeo de derechos sociales se introdujo claramente el medio ambiente entre los objetivos de la Carta

---

48 El Protocolo facultativo quedó abierto a la firma el 24 de septiembre de 2009 y fue suscrito por 32 Estados. Su entrada en vigor exige diez ratificaciones. Véase Javier Quel López, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en Antonio Embid Irujo, *Derechos económicos y sociales*, 2009, p. 305.

49 Véase Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, pp. 63 y s.; M. Sepúlveda, *The nature of the obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights*, Amberes, Intersentia, 2003.

vinculados al art. 11 relativo a la salud.<sup>50</sup> Ahora bien, el art. G.1 de la Carta revisada contempla que los derechos aplicados de forma efectiva «no podrán ser objeto de restricciones ni limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo [...]». Afirmar el principio de no regresión y acompañarlo de ciertas excepciones es una buena opción.

El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal europeo de derechos humanos ha integrado el medio ambiente entre los derechos fundamentales protegidos de forma indirecta. La formulación de la sentencia *Tatar c/ Rumanía* del 27 de enero de 2009 lleva a admitir, a partir de ese momento, un derecho al disfrute de un medio ambiente sano y protegido a través del art. 8 del Convenio.<sup>51</sup> Se podría considerar que los artículos 17 y 53 del Convenio, al prohibir limitaciones que vayan más allá de las contempladas por el Convenio, reconocen de forma efectiva y prudente una cierta obligación de no regresión o, como mínimo, una obligación de adoptar únicamente la disposición más provechosa y favorable. En caso de conflictos entre una ley y el convenio o entre cualquier otro convenio y el Convenio de derechos humanos, se deberá adoptar el texto que más protección ofrezca al medio ambiente. El art. 17, inspirado en el art. 30 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948, y que podemos encontrar en los art. 5 de los dos

---

50 Asunto *Fundación Marangopoulos para los derechos humanos c/ Grecia* (por la contaminación producida por una explotación de lignito), 6 de diciembre de 2006, *Revue juridique de l'environnement*, n.º 3, 2007, p. 335.

51 Véase J.-P. Marguénaud, *Revue juridique de l'environnement*, n.º 1, 2010, p. 62.

Pactos de 1966, vuelve a prohibir a un Estado utilizar los derechos existentes para eliminarlos o limitarlos. No cabe duda de que la «eliminación» o «limitación» de un derecho fundamental constituye una regresión. Por ahora, no existe ninguna jurisprudencia que permita valorar de forma precisa la forma en que el Tribunal puede reaccionar ante los retrocesos de un derecho protegido más allá de los límites normalmente admitidos.

El Convenio estadounidense de derechos humanos, adoptado en 1969, prevé en su art. 26 garantizar «de forma progresiva» el disfrute pleno de los derechos, lo que implica a su vez, al igual que en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, una adaptación en el tiempo y una no regresión. El art. 29, relativo a las normas de interpretación, precisa que no se puede suprimir el disfrute de los derechos reconocidos ni limitar su ejercicio más allá de lo previsto en el Convenio. El Protocolo de San Salvador de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 incluye un artículo dedicado expresamente al medio ambiente (art. 11). A pesar de que este artículo no está sujeto a la jurisdicción directa de la Comisión ni del Tribunal interamericano de derechos humanos, sí que lo está al principio del art. 1 relativo a la progresividad que conduce al ejercicio pleno de los derechos reconocidos, lo que implica obligatoriamente la no regresión. Como se indica en un comentario oficial de la organización de los Estados americanos, las medidas regresivas son: «[...] todas las disposiciones o políticas cuya aplicación implica una disminución del disfrute o del ejercicio de un derecho protegido».<sup>52</sup>

---

52 Consejo permanente de la OEA, «Normas para la confección de informes periódicos previstos en el art. 19 del Protocolo de San Salvador», OEA/Ser.G.CP/CAJP-2226/04, 17 de diciembre de 2004.

Un retroceso en la protección del medio ambiente constituirá, por tanto, una regresión jurídicamente condenable por los órganos de control del Convenio y del Protocolo.

En la causa de los cinco jubilados c/ Perú, la Comisión interamericana de derechos humanos, en su decisión 23/01 del 5 de marzo de 2001, declaró: «el carácter progresivo de la mayoría de las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales implica para esos Estados, con efecto inmediato, una obligación general de materializar la realización de los derechos consagrados sin posibilidad de retroceso. Las regresiones en la materia pueden constituir una vulneración del art. 26 del Convenio americano, entre otros» (ap. 86). El Tribunal interamericano de derechos humanos, en su sentencia n.º 198 de 28 de febrero de 2003 confirma la decisión de la Comisión sobre el fondo sin precisar, no obstante, que la regresión constituya una vulneración del Convenio.

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. La idea de garantizar un desarrollo continuo y progresivo de las modalidades de ejercicio del derecho ambiental hasta los niveles más elevados de su eficacia puede parecer utópica. La máxima eficacia es la contaminación cero, aunque se sabe que no es posible. Sin embargo, entre la contamina-

ción 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.

## **II. La no regresión en los derechos nacionales y sus límites**

El principio de no regresión se manifestará en las diferentes fuentes del derecho nacional: la constitución, las leyes y los reglamentos, y la jurisprudencia. Como ocurre con cualquier principio, se encontrará con excepciones o límites, que se expresarán claramente o que serán implícitos.

### **A. *La no regresión en las constituciones***

El principio de no regresión del derecho ambiental debería poder apoyarse tanto en normas constitucionales no revisables como en derechos fundamentales no derogables.

Efectivamente, se debe distinguir la no regresión dimanante de una prohibición expresa de modificar la disposición medioambiental que figure en la constitución, de la no regresión dimanante de la prohibición constitucional impuesta al legislador de disminuir el alcance de un derecho fundamental.

Al margen de los casos particulares de Brasil y Portugal, existen pocas constituciones que pretendan «congelar» el derecho aplicable mediante la prohibición expresa de cualquier modificación constitucional de su contenido en materia de medio ambiente.

La Constitución brasileña de 1988 incluye un gran número de disposiciones relativas al medio ambiente, de tal manera que se confiere a esta política un lugar destacado en la jerarquía jurídica. A pesar de no figurar en el título II, dedicado a los derechos y las garantías fundamentales, la doctrina considera que los derechos asociados al medio ambiente constituyen en el aspecto material, e incluso formal, derechos fundamentales.<sup>53</sup> Dicha Constitución incluye una disposición original en la que se enuncia que «los derechos y las garantías individuales» quedan excluidos de una revisión constitucional en aplicación del art. 60 §4-IV (cláusula pétrea o cláusula de intangibilidad constitucional). De este modo, dichos derechos se consideran derechos adquiridos. Parece admitirse, de forma general, que la protección constitucional del medio ambiente forma parte de los derechos adquiridos y denominados inmutables y que esta no admite ninguna revisión.<sup>54</sup> La abolición o modificación constitucional de una garantía ambiental protegida,

---

53 P. A. Machado, «La constitution brésilienne et l'environnement», *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 15, 2003, pp. 266-277; P. A. Machado, *Direito ambiental brasileiro*, Sao Paulo; Tiago Fensterseifer, *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*, Porto Alegre, Libreria do advogado, 2008, pp. 159 y s.

54 «Una modificación del texto constitucional no podría modificar este derecho fundamental (para el medio ambiente)», Solange Teles Da Silva, «Le droit de l'environnement au Brésil», en *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 928.

tanto en materia de medio ambiente como de derechos humanos, sería inconstitucional. Según José Afonso da Silva, la incorporación del derecho ambiental al derecho a la vida y al principio de la dignidad humana le confiere un carácter indiscutible de durabilidad que le permite esquivar, teóricamente, la desregulación y las regresiones temporales dimanantes de una revisión de la Constitución.<sup>55</sup> La inconstitucionalidad también puede dar lugar a una regresión por omisión o competencia negativa cuando los poderes públicos por omisión no adoptan las «medidas necesarias para que la norma constitucional sea eficaz» (art. 103, ap. 2 de la Constitución).<sup>56</sup>

Sin embargo, más allá de esta no regresión constitucional, también existiría en derecho brasileño un principio de no regresión o principio de prohibición de la regresión medioambiental impuesto al legislador.<sup>57</sup> La expresión se atribuye a Ingo Wolfgang Sarlet en sus cursos de Porto Alegre sobre los derechos fundamentales y la Constitución impartidos en 2005.<sup>58</sup> Dicho principio sería un principio constitucional implícito que se impon-

---

55 José Afonso da Silva, «Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente», *Revista de direito ambiental*, n.º 27, 2002, p. 55, citado por Tiago Fensterseifer, *Direitos fundamentais*, p. 169.

56 Indicado por Gliberto d'Avila Rufino, «Le droit de l'homme à l'environnement dans la constitution de 1988 du Brésil», *Revue juridique de l'environnement*, n.º 4, 1994, p. 371.

57 «Garantia da proibição de retrocesso ambiental»; otro autor brasileño que habla del principio de prohibición del «movimiento de retroceso socioambiental» («proibição de retrogradação socioambiental»), v. Carlos Alberto Molinaro, «Mínimo existencial ecológico e o princípio de proibição da retrogradação socioambiental», en Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin (ed.), *X Congresso Internacional de direito ambiental*, Sao Paulo.

58 Tiago Fensterseifer, *Direitos fundamentais*, p. 258, nota 746.

dría al legislador simultáneamente para la garantía constitucional de los derechos adquiridos, el principio constitucional de seguridad que englobaría a la seguridad jurídica, el principio de la dignidad humana y el principio de la eficacia máxima de los derechos fundamentales (art. 5 §1 de la Constitución federal).<sup>59</sup>

En Portugal, la Constitución, en su art. 66, reconoce el medio ambiente como un derecho fundamental en lo que respecta a los derechos y deberes sociales. Se precisa que el Estado debe hacer que se respeten los valores medioambientales. En concreto, el art. 288 enumera ámbitos constitucionalmente intangibles, entre ellos, «los derechos y libertades garantizados que gozan los ciudadanos». Entre estos, figura el derecho ambiental, que, por tanto, no puede ser objeto de una revisión constitucional.

En Italia, la doctrina considera que existe un límite implícito para las revisiones constitucionales con respecto a los derechos «inviolables» del hombre; «inviolable» significaría entonces «no revisable», al menos en lo que respecta al núcleo duro de estos derechos. El Tribunal constitucional, en la sentencia n.º 1146 de 1988 consideró que no se pueden modificar «principios supremos» en su contenido mínimo esencial a través de una ley de revisión constitucional.<sup>60</sup> El reconocimiento de esta intangi-

---

59 Esta justificación teórica del principio de no regresión se aplica en derecho social, aunque también podría aplicarse a otros derechos fundamentales según Ingo Wolfgang Sarlet; véase «La prohibición de retroceso en los derechos sociales en Brasil. Algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis», en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*, p. 346.

60 Citado por L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París, Dalloz, decisión n.º 45, ap. 70.

bilidad a través de principios que, aunque sea de forma no expresa, se mencionan en la Constitución (como el derecho ambiental, a pesar de que el medio ambiente figura explícitamente en la Constitución desde la reforma de 2001)<sup>61</sup> pertenecen a «la esencia de los valores supremos» o tienen un carácter fundamental,<sup>62</sup> ¿no podría en el futuro conferirse al derecho ambiental?

Esta intangibilidad de los derechos fundamentales existe en varias constituciones como intangibilidad constitucional o cláusula «de eternidad». La Constitución alemana garantiza en su art. 19-2 «el contenido esencial de los derechos fundamentales» que forma parte de los ámbitos intangibles que se benefician de la perpetuidad constitucional del art. 79-3 de la ley fundamental de 1949.<sup>63</sup> El contenido esencial de un derecho hace referencia a su parte sustancial y a su finalidad. La referencia ambigua a los fundamentos naturales de la vida y a los animales en el art. 20 a no ha impedido que, en teoría, «una ley que vulnere de forma manifiesta y masiva el acervo medioambiental sea, con mucha probabilidad, inconstitucional».<sup>64</sup> Asimismo, cabe apuntar la situación de Turquía, que introdujo «el derecho de todas las personas a un

---

61 Domenico Amirante, «Le droit de l'environnement en Italie (2001-2002)», *Revue européenne de droit de l'environnement*, n.º 2, 2003, p. 187.

62 Massimo Lucciani, «Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie», *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 27, 2009, p. 27.

63 Oliver Lepsius, «Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne», *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 27, 2009, p. 13.

64 Michael Bothe, «Le droit à l'environnement dans la constitution allemande», *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial 2005, p. 38.

medio ambiente sano y equilibrado» en su Constitución entre los derechos y deberes sociales (art. 56). Podría considerarse que dicho artículo es intangible y que puede beneficiarse del art. 4 de la Constitución en lo que respecta a las disposiciones invariables. Efectivamente, el art. 4 proclama intangible el art. 2 que trata de los derechos humanos y remite a los principios fundamentales del Preámbulo. Sin embargo, dicho Preámbulo remite, a su vez, a los derechos y libertades enunciados en la Constitución, entre los cuales figura claramente el derecho ambiental.<sup>65</sup>

Junto a esta intangibilidad de los derechos garantizados por la constitución, existe, de forma mucho más extendida, una no regresión impuesta al legislador.

En varias constituciones sudamericanas existe la idea de limitación de los poderes del legislador en lo que respecta a los fines perseguidos por ciertos derechos esenciales. Según la Constitución argentina: «los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio» (art. 28). Asimismo, según la Constitución chilena: «los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia» (art. 19-26). En la Constitución de Ecuador: «las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales» (art. 18). De forma aún más clara, la Constitución de Guatemala dispone en su art. 44: «serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones

---

65 Ibrahim O. Kaboglu, «Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie», en *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 27, 2009, p. 38.

gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza». <sup>66</sup> Cabe indicar que en todas estas constituciones el medio ambiente se considera un derecho protegido y que, a tal efecto, todos los Estados deben admitir *de jure* la no regresión del derecho ambiental.

En España, el art. 53-1 de la Constitución prevé que la ley que pueda regular el ejercicio de los derechos y las libertades «deberá respetar» el contenido esencial de los derechos («deberá respetar su contenido esencial»). Sin embargo, el art. 45-2 obliga a proteger, mejorar y restaurar el medio ambiente. De esto deberá dimanar la obligación para el legislador de no incurrir en una regresión en la protección del medio ambiente. <sup>67</sup>.

Con motivo de la reforma constitucional de 2001 en Italia, el nuevo artículo 117, ap. 2, de la Constitución reserva al legislador nacional la competencia para establecer los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales. Dicha garantía de un contenido mínimo de derechos fundamentales que hasta entonces era indeterminado y jurisprudencial pasa a ser una obligación constitucional impuesta al legislador y permite al Tribunal constitucional controlar directamente las regresiones legislativas. Por consiguiente, se deberá comprobar si dicho Tribunal considera en adelante que el medio ambiente cuenta con una protección en lo que respecta a los derechos sociales.

---

66 Ejemplos citados por Christian Courtis, «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», p. 21.

67 Fernando López Ramón, «L'environnement dans la constitution espagnole», *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial, 2005, p. R3.

La Constitución francesa, en sus disposiciones sobre la revisión de la Constitución (art. 89, último apartado), prohíbe la revisión constitucional que afecte a la forma republicana del gobierno. Sin embargo, la Carta del medio ambiente puede modificarse si se respeta el procedimiento de revisión constitucional. Ninguna de sus disposiciones es formalmente intangible, ni siquiera cuando su carácter finalista comprometa al ser humano y a las generaciones futuras. Con todo, a diferencia de muchas otras constituciones, la Carta no formula una obligación de proteger o mejorar el medio ambiente que sea responsabilidad expresa del Estado, lo que podría haber constituido un fundamento jurídico para la obligación de no regresión. No obstante, podríamos basarnos en el art. 2 de la Carta, que impone «participar en la conservación y la mejora del medio ambiente» a «cualquier persona», incluyendo el Estado y el legislador.<sup>68</sup> De este modo, estos últimos no podrían adoptar medidas que tuvieran efectos inversos para la conservación y la mejora del medio ambiente. Un analista de la Carta considera que el «deber» corresponde también a las personas públicas de ideas finalistas: «el objetivo no consiste únicamente en detener o ralentizar la degradación del medio ambiente, en el marco de una política defensiva, sino también en mejorar el estado del mismo».<sup>69</sup> Según el mismo autor, el Consejo Constitucional también podría censurar al legislador que reduzca de forma excesiva los deberes

---

68 Véase Jean-Pierre Marguénaud, «Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement», en *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand Deviller*, p. 879.

69 Pascal Trouilly, «Le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement: obligation morale ou juridique?», *Environnement, Lexis Nexis*, n.º 4, abril de 2005, p. 21.

medioambientales mediante la introducción de disposiciones más permisivas en materia de instalaciones clasificadas. Un retroceso en las protecciones ambientales a través de una disminución de los deberes ambientales podría considerarse, de este modo, una vulneración de la Constitución cuyo origen se encuentra en la identificación de una regresión. Más allá incluso del medio ambiente, el profesor Emmanuel Decaux, en su comentario del art. 60 del Convenio europeo de derechos humanos, menciona precisamente el concepto de «regresión» aplicable a Francia, y considera que una nueva ley o un nuevo convenio internacional que se opongan a uno de los elementos del bloque de constitucionalidad (del que forma parte, desde 2005, la Carta del medio ambiente) serían «bloqueados», se supone, por el Consejo Constitucional.<sup>70</sup> De este modo, el bloqueo de la no regresión permitiría a la reforma regresiva esquivar la amenaza de un acto contrario. Dicho de otro modo, la no regresión establece la prohibición de una acción contraria en lo que respecta a su contenido finalista. Esto equivale a considerar que, en aras de la no regresión, el legislador tiene una obligación negativa que consiste en no introducir restricciones a los derechos fundamentales adquiridos.

En 1994, la Constitución belga introdujo el derecho a la protección de un medio ambiente sano (art. 23, ap. 3). Dicha Constitución confía a los legisladores la responsabilidad de «garantizar» los derechos fundamentales enumerados. Por tanto, el objetivo consiste en aplicar los derechos indicados para conferirles eficacia, incluso

---

<sup>70</sup> L. E. Petitti, E. Decaux y P. H. Imbert, *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, París, Economica, 1995, p. 899.

cuando se considere que no tienen un efecto directo y que solo la ley puede someterlos a una jurisdicción. El trabajo preparatorio y la doctrina belga consideran que el art. 23 se beneficia de la obligación de *standstill*, que consiste en garantizar la ausencia de retroceso en los derechos protegidos.<sup>71</sup> Esta obligación se impone al legislador. Como escribe el profesor Louis-Paul Suetens: el art. 23 «[...] contiene, como mínimo, una obligación de *standstill*, es decir, se opone a que en Bélgica el legislador adopte medidas contrarias a los objetivos de protección de un medio ambiente sano. Por tanto, la ventaja de la nueva disposición constitucional reside básicamente en que no puede remitirse a normas de derecho ya existentes ni a la protección de un medio ambiente sano que se alcance gracias a estas normas».<sup>72</sup> En 2007, Bélgica volvió a incluir el medio ambiente en la Constitución al contemplar los objetivos de desarrollo sostenible y la solidaridad entre las generaciones (art. 7 bis de la Constitución). Esta disposición, que también está sujeta a la obligación de *standstill*, a pesar de tener un carácter muy vago en lo que respecta a su contenido normativo, permitirá reforzar el objetivo medioambiental de la Constitución, a menos que abra la puerta sutiles retrocesos que se justifiquen mediante la referencia al imperceptible desarrollo sostenible, caja de Pandora de las conciliaciones imposibles.

La Constitución griega de 1975 protege constitucionalmente el medio ambiente a través del art. 24. De dicho artículo se desprende que «tanto la Administra-

---

71 Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, pp. 44 y s.

72 Paul-Louis Suetens, «Le droit à la protection d'un environnement sain (art. 23 de la Constitución belga)», en *Les hommes et l'environnement: Études en hommage à Alexandre Kiss*, p. 496.

ción como el legislador pueden promulgar normas únicamente si estas procuran una protección igual o superior a la que la Constitución ofrece». <sup>73</sup>

En Polonia, la Constitución de 1997 contiene varios artículos sobre el medio ambiente. El art. 68, p. 4, introduce el principio de no regresión medioambiental al declarar lo siguiente: «Los poderes públicos deben impedir los efectos de la degradación del medio ambiente que sean nocivos para la salud». Esta disposición ha sido reforzada por el deber constitucional de proteger el medio ambiente, que, según el art. 74-2, <sup>74</sup> incumbe a los poderes públicos.

### **B. *La no regresión en las leyes y reglamentos***

Habida cuenta del carácter voluntarista y finalista del derecho ambiental, no resulta sorprendente encontrar en muchas legislaciones fórmulas que enuncian la voluntad de no volver hacia atrás, ni siquiera ante la ausencia de fundamentos jurídicos constitucionales sólidos. El propio legislador se impone a sí mismo un límite al prohibir la regresión por el interés común de la protección del medio ambiente e incluso con independencia de un reconocimiento directo de derecho humano al medio ambiente. Según Isabelle Hachez, debido a que Estados Unidos fue la primera nación en legislar en

---

<sup>73</sup> Glykeria Sioutis, «Le droit de l'homme à l'environnement en Grèce», *Revue juridique de l'environnement*, n.º 4, 1994, p. 330; T. Nikolopoulos y M. Haidarlis, «La constitution, la jurisprudence et la protection de l'environnement en Grèce», *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial, 2005, p. 63.

<sup>74</sup> Krzysztof Wojtyczek, «Le droit à l'environnement, droit constitutionnel en Pologne?», *Cahiers administratifs et politiques du Ponant*, Nantes, n.º 11, 2004, p. 36.

materia de medio ambiente en los años setenta, no resulta sorprendente encontrar en esas primeras leyes estadounidenses sobre el aire o el agua disposiciones que impiden la regresividad.<sup>75</sup> De este modo, en la Clean Water Act encontramos disposiciones que imponen a los Estados adoptar una política de lucha contra la degradación del agua (*antidegradation policy*), que lo que en realidad imponen es la no regresión, ya que se obliga a mantener y proteger la calidad del agua (Code of federal regulation, Secc. 131.12). En los Países Bajos y en Bélgica pueden encontrarse numerosos ejemplos, en particular en la legislación flamenca. Esta última menciona expresamente el principio de *standstill* en el decreto de 1995 sobre la política del medio ambiente y en el decreto de 1997 sobre la conservación de la naturaleza. En Francia, a pesar de que no existen cláusulas que afirmen expresamente la no regresión, varias disposiciones condenan el retroceso a través de una interpretación *a contrario*. Se puede citar, por ejemplo, el art. L.211-1 del Código del medio ambiente: no incrementar la degradación; el art. L.221-1, que prevé unos valores límite de calidad del aire con el objetivo de reducir los efectos nocivos; el art. L.331-1, según el cual los parques nacionales deben «protegerse» de las degradaciones; el art. L.541-1, cuyo objetivo es prevenir o reducir la producción y la nocividad de los residuos. Con frecuencia, la norma que imponga un umbral técnico de rechazo de un contaminante utilizado en aplicación de una directiva comunitaria que fije valores límite y objetivos de calidad se asimilará, de forma abusiva desde nuestro punto de vista, a una cláusula de *standstill*. Tan

---

75 Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, p. 540, nota 950.

solo se trata de una obligación de protección que, evidentemente, puede variar con el tiempo, en función de los avances técnicos y los costes económicos. La cuestión de la no regresión hace referencia únicamente a la imposibilidad jurídica de reducir el umbral de contaminación para que disminuya la protección del medio natural y de la salud.

### **C. *La no regresión en la jurisprudencia***

¿Puede el juez impedir la regresión a través del control del cumplimiento de los objetivos medioambientales?

La no regresión de los derechos fundamentales ha sido reconocida por Portugal, en lo que respecta al derecho a la salud, en una decisión del Tribunal Constitucional (decisión 39 de 1984) según la cual: «los objetivos constitucionales impuestos al Estado en materia de derechos fundamentales le obligan no solo a crear ciertas instituciones o servicios, sino también a no suprimirlos una vez creados».

En España, la no regresión en materia social ha sido admitida en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional, aunque, a diferencia de Brasil, no se contempla en ninguna disposición constitucional. Basándose en el principio constitucional de la dignidad de la persona, el Tribunal Constitucional consideró que los extranjeros gozan de unos derechos constitucionales mínimos que ninguna ley puede limitar o suprimir (sentencia 107 de 1984). Asimismo, no se pueden suprimir las conquistas sociales adquiridas por el trabajador sin disponer de razones suficientes (sentencia 81 de 1982). Sin embargo, por lo general, no parece que la tesis de la no regresión haya prosperado demasiado en España, a pesar de que el

medio ambiente ocupa un buen lugar en la Constitución como derecho de la persona (art. 45).<sup>76</sup>

Para el Tribunal Constitucional de Colombia: «La cláusula de no regresión en materia de derechos económicos, sociales y culturales supone en definitiva que, una vez alcanzado un cierto nivel en la concretización de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, las autoridades competentes no puedan reducir las condiciones preestablecidas sin justificaciones importantes».<sup>77</sup>

En Brasil, la no regresión ya se admitió en el dominio de los derechos sociales.<sup>78</sup> En el dominio del medio ambiente se encuentran en marcha varias acciones bajo la presión, por una parte, de la doctrina que intenta instaurar a través del juez el principio de prohibición de regresión ecológica (*princípio da proibição do retrocesso ecológico*) basándose en el principio de no regresión constitucional extendido a los actos legislativos de los miembros de las federaciones. Así, en este momento se encuentra en marcha una acción directa de inconstitucionalidad incoada por el Fiscal General de Justicia del estado de Santa Catarina contra una ley del Estado que reduce los límites de un parque (Parque Estadual da Serra do Tabuleiro), «el principio de la prohibición de la regresión eco-

---

76 Gerardo Pisarello, «Derechos sociales y principio de no regresividad en España», en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*, p. 321.

77 Decisión T-1318 de 2005 citada por Rodolfo Arango, «La prohibición de retroceso en Colombia», en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás*, p. 157.

78 Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, 18 de diciembre de 2008, n.º 7002162254; Tribunal de Justicia de Sao Paulo, 25 de agosto de 2009, n.º 5878524400.

lógica significa que, al margen del cambio por hechos significativos, no se puede admitir un retroceso de los niveles de protección que se encuentren por debajo de los anteriormente utilizados. Esto limita las posibilidades de revisión o de abrogación». <sup>79</sup> En el mismo estado existe otra acción en curso sobre el nuevo código del medio ambiente, que algunas asociaciones demandantes consideran que reduce el nivel de protección del medio ambiente. Esta acción sigue pendiente a nivel nacional ante el Tribunal Supremo federal, que hace las veces de Tribunal Constitucional. <sup>80</sup> Una decisión del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul ya ha anulado una modificación de la Constitución del Estado por regresión ecológica basándose en la doctrina relativa a la regresión social (se trataba de permitir la quema de campos como técnica de limpieza). <sup>81</sup> La prohibición de modificación de la Constitución en materia de medio ambiente lleva a considerar que al poder ejecutivo y legislativo les unen los objetivos enunciados en la Constitución.

En ocasiones, el Consejo de Estado griego ha reconocido, tras la consagración constitucional del medio ambiente, la existencia de acervo legislativo. La ley n.º 1577/1985 sobre el reglamento general de construcción ha sido considerada contraria a la Constitución puesto que conllevaba un empeoramiento de las condiciones de vida de los habitantes y menoscaba un «acervo de derecho urbano» (As. 10/1988). En torno a los derechos

---

79 Fiscal del Estado de Santa Caterina, acción de inconstitucionalidad, n.º 14.661/2009, del 26 de mayo de 2009

80 Acción directa de inconstitucionalidad, n.º 4252.

81 Acción directa de inconstitucionalidad, ADIN n.º 70005054010, decisión del 16 de diciembre de 2002.

adquiridos, la jurisprudencia griega se muestra más protectora en materia de medio ambiente que en materia de derechos sociales.<sup>82</sup>

Bélgica es el país donde la jurisprudencia ha utilizado de forma más clara la no regresión.<sup>83</sup> En una sentencia del 27 de noviembre de 2002 (n.º 169/2002), el Tribunal de Arbitraje, en aplicación del art. 23 de la Constitución belga en materia social, impuso al legislador no menoscabar el derecho garantizado. Varios dictámenes del Consejo de Estado han considerado que algunos decretos menoscaban la obligación de *standstill* al eximir de las garantías ya existentes en favor del medio ambiente o al no preverlas. La sentencia Jacobs del 29 de abril de 1999 (n.º 80018) del Consejo de Estado es la primera que aplica el principio al procedimiento contencioso al dictar la suspensión de un reglamento impugnado que suavizaba las condiciones medioambientales impuestas a los terrenos destinados a la práctica de *motocross*. El Tribunal de Arbitraje, en una decisión del 14 de septiembre de 2006 (n.º 137/2006), también censuró una ley que modificaba el código valón de ordenación del territorio como «regresión sensible». De esto se desprende que un simple retroceso que no constituyera una regresión sensible no

---

82 Citado por Constantin Yannakopoulos, *Le notion de droits acquis en droit administratif français*, París, LGDJ (Bibliothèque de droit public, tomo 188), 1997, p. 40, nota 128.

83 Para obtener una presentación exhaustiva en materia medioambiental véase Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, pp. 109-149; Isabelle Hachez y Benoît Jadot, «Environnement, développement durable et *standstill*: vrais ou faux amis?», *Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier*, Kluwer, n.º 1, 2009, pp. 5-25; Francis Hautmont, «Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain, état de la jurisprudence», *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial, 2005, pp. 41-52.

recibiría sanción. La mayor parte de las regresiones sancionadas hacían referencia a condiciones más flexibles o derogaciones en las garantías procesales existentes (nacionales, comunitarias o internacionales como el Convenio de Aarhus) susceptibles de conducir a una menor protección del medio ambiente.<sup>84</sup>

En Francia, tan solo una jurisprudencia del Consejo Constitucional aplicada desde 1984 en ciertos derechos fundamentales podría conducir a un principio de no regresión en materia de medio ambiente. Se trata de la denominada jurisprudencia de «efecto de trinquete». La expresión procede de analistas, pero el Consejo constitucional<sup>85</sup> nunca la ha utilizado. La fórmula no es muy acertada y evoca más bien una técnica mecánica que un principio jurídico. Debido a la evolución de la jurisprudencia, que tan solo ha censurado a veces el retroceso del núcleo duro de los derechos en cuestión, Louis Favoreu habló de «efecto alcachofa», término que puede parecer más ecológico pero que sigue sin ser propio del vocabulario de un jurista, sino más bien del de un cocinero. Sería preferible que, en materia de medio ambiente, el «efecto alcachofa» y el «efecto de trinquete» se denominaran simplemente «principio de no regresión».

Raphael Romi considera que «el efecto trinquete conducirá de forma insoslayable a que el legislador esté supeditado a la Carta» cada vez que modifique una

---

84 Ejemplos extraídos de J. F. Neuray y M. Pallemarts, «L'environnement et le développement durable dans la Constitution belge», *Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier*, Kluwer, n.º especial, mayo de 2008, p. 150.

85 Con la excepción de la formulación de los autores de consultas en el Consejo constitucional n.º 202-461 DC de 29 de agosto de 2002, considerando 64.

legislación, «lo que sin duda es la principal aportación de la constitucionalización del medio ambiente en el contexto francés».<sup>86</sup> Cualquier modificación de una legislación que no sea conforme al sentido de alguno de los objetivos definidos por la Carta del medio ambiente se enfrentará a la censura del Consejo Constitucional.<sup>87</sup> Esto coincide con la opinión de Agathe Van Lang, que, en relación con el derecho ambiental y el futuro papel del Consejo Constitucional, escribe: «también podrá censurar las leyes que marquen un *retroceso* en su protección por el efecto trinquete».<sup>88</sup> La constitucionalización del medio ambiente en la Carta adoptada en 2005 tiene como efecto obligatorio prohibir al legislador que suprima los textos de protección. Asimismo, la «alta jurisdicción podría, de este modo, velar por que un nuevo dispositivo *más restrictivo* no prive de garantías legales a las exigencias dimanantes de la Carta».<sup>89</sup> Hasta el momento, no se ha adoptado ninguna decisión en ese sentido en materia de medio ambiente, aunque no tardará en hacerse. Efectivamente, el Consejo Constitucional francés puede comprobar que las leyes votadas no se oponen a la Carta del medio ambiente, e incluso se ha ampliado su intervención tras la revisión constitucio-

---

86 Raphael Romi, «Droit à l'environnement, prolègomènes», en *La constitutionnalisation de l'environnement en France et dans le monde, Cahiers administratifs et politiques du Ponant*, Nantes, n.º 11, 2004, p. 10.

87 Guillaume Drago, «Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement», *AJDA*, n.º 3, 2004, p. 133.

88 Agathe Van Lang, «Droit à l'environnement», en J. Andriant-simbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials y F. Sudre (dirs.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, París, PUF, 2008, p. 374.

89 Laurence Gay, *Les «droits-créances» constitutionnels*, Bruselas, Bruylant, 2007, p. 423.

nal del 23 de julio de 2008,<sup>90</sup> que ha introducido la cuestión prioritaria de constitucionalidad que puede plantearse en instancias ante cualquier jurisdicción. El Consejo de Estado francés, por su parte, puede comprobar que los textos reglamentarios respetan la ley y la Constitución.

El origen de esta jurisprudencia se remonta a un giro en la jurisprudencia que se inscribe en la evolución de su jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales.<sup>91</sup> Por primera vez, el 20 de enero de 1984 se decide delimitar el poder de modificar las leyes anteriores que hagan referencia a un derecho o una libertad fundamental:<sup>92</sup> el legislador no puede abrogar una legislación que proteja una libertad fundamental a menos que la reemplace por otra que ofrezca garantías equivalentes. Posteriormente, varias decisiones se dirigirán en este mismo sentido. No se trata de perpetuar las leyes sobre las libertades fundamentales, sino simplemente de velar por que su abrogación o modificación no menoscabe los derechos protegidos por la Constitución. De este modo, el Consejo Constitucional precisará el ámbito de aplicación de esta jurisprudencia denominada «de trinquete» mediante la siguiente decisión: la ley tan solo puede reglamentar el ejercicio de una libertad fundamental «para hacerla más eficaz o conciliarla con otras normas o principios de

---

90 Introduce un art. 61-1 en la Constitución, complementado a través de la ley orgánica n.º 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009 y el decreto n.º 2010-148 de 16 de febrero de 2010.

91 Thierry Di Manno, «Les revirements de jurisprudence du Conseil Constitutionnel français», en *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 20, 2006, p. 146.

92 Cons. Const. n.º 83-165 DC, 20 de enero de 1984, *Libertés universitaires*, § 42, Rec. p. 30.

valor constitucional». <sup>93</sup> Más tarde y con más frecuencia a partir de 1986, se establecerá que el legislador puede valorar libremente la oportunidad de adoptar nuevas leyes que puedan modificar o suprimir disposiciones excesivas o inútiles, aunque siempre con sujeción al principio de que estas modificaciones de leyes anteriores no supongan «la privación de garantías legales de las exigencias constitucionales». <sup>94</sup> Esta jurisprudencia también se aplicará por primera vez en 1991 a un derecho económico y social: la salud. <sup>95</sup> En adelante, el control del juez consistirá en valorar el nivel de progresión o de mantenimiento de las garantías legales según «una escala de garantías». <sup>96</sup> ¿Hasta qué nivel se tolerará la regresión sin poner en entredicho los derechos protegidos? Este es el futuro reto del control de los derechos fundamentales por parte del Consejo Constitucional. El medio ambiente será un ámbito privilegiado de aplicación de esta sutil jurisprudencia.

No cabe duda de que el legislador no puede menoscabar los derechos fundamentales a no ser que los reemplace por un régimen que ofrezca al menos la misma protección. Se trata de «mejorar» el ejercicio real de un derecho confiriéndole más eficacia, lo que obliga al Parlamento a dar en todo momento a la legislación un

---

93 Cons. Const. n.º 84-181 DC, 10-11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse*, § 37, Rec., p. 73.

94 Cons. Const. n.º 86-210 DC, 29 de julio de 1986 y n.º 86-217-DC, 18 de septiembre de 1986; también n.º 89-259 DC, 26 de julio de 1989; n.º 94-345 DC, 29 de julio de 1994.

95 Cons. Const. n.º 91-287 DC, 16 de enero de 1991, mencionado por L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, n.º 35.

96 Grégory Mollion, «Les garanties légales des exigences constitutionnelles», *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 2, 2005, p. 265.

«efecto ascendente», según la expresión de Dominique Rousseau.<sup>97</sup> Sin embargo, según el mismo autor, el Consejo Constitucional todavía no ha encontrado el equilibrio, ya que a veces permite que se disminuyan o reduzcan los derechos, con lo que da a la legislación un efecto «descendente».

En materia de medio ambiente, al igual que ocurre con el resto de derechos humanos, el legislador tiene una competencia asociada: no puede limitarse a conferir más eficacia a todos los derechos proclamados por la Carta sin distinción, sino que debe respetar los fines y objetivos del derecho ambiental tal como se indican en la Carta, incluyendo su Preámbulo titulado «considerando». «El legislador tan solo tiene competencia para reforzar un derecho o una libertad haciendo más eficaz el ejercicio de dicho derecho; no tiene competencia para reducir las garantías de eficacia».<sup>98</sup> Esta jurisprudencia es, sin duda, una jurisprudencia que impone la no regresión: «El Consejo Constitucional debe poner trabas a la regresión de los derechos humanos cuyo respeto se exige en la Constitución».<sup>99</sup>

Incluso en ausencia de un principio de no regresión, a falta de disposiciones constitucionales o internaciona-

---

97 Dominique Rousseau, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009», *Revue du droit public*, n.º 1, 2010, p. 261.

98 Louis Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel», *Revue du droit public*, n.º 2-1986, p. 482.

99 Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2008, pp. 79-80, y *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial, 2005, p. 109, nota 7. Con todo, sigue subsistiendo una parte de la doctrina que se opone en todo momento a dicha evolución y considera que «en Francia no existe un trinquete antirretorno, a diferencia de lo que lleva tiempo escribiéndose», Bertrand Mathieu, *Revue juridique de l'environnement*, n.º especial, 2005, p. 73.

les que sean suficientemente explícitas o de jurisprudencia innovadora en este ámbito, no cabe duda de que muchas jurisdicciones podrían utilizar con bastante facilidad conceptos admitidos de forma amplia cuyos resultados fueran equivalentes a la aplicación formal del principio de no regresión. Dichos conceptos que acompañan al razonamiento de la mayoría de los jueces constitucionales son el principio de seguridad jurídica, el principio de confianza legítima, el principio de los derechos adquiridos en materia de derechos humanos y el control de proporcionalidad. Se puede pensar que la presión social colectiva, en favor de una mejora en la protección del medio ambiente, pretende que las medidas regresivas pasen a ser intolerables para la opinión, lo que llevaría al juez a censurarlas. Finalmente, cabe indicar que, evidentemente, los jueces constitucionales censuran la vulneración por parte de la ley de un derecho constitucionalmente protegido sin indicar obligatoriamente que se trate en realidad de un retroceso o de una disposición restrictiva.

#### **D. *Los límites a los principios de no regresión***

El principio de no regresión nunca es absoluto, sino relativo, ya que, según las constituciones y las jurisprudencias, existen excepciones para la no regresión. Sin embargo, en todos los casos, 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. No se trata de paralizar las situaciones alcanzadas, sino que el principio consiste en progresar en todo momento. Por este motivo, 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. Con todo, 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.

Los derechos fundamentales podrán desestimarse de forma provisional en caso de crisis especialmente grave o de situación de guerra. De este modo, varios convenios de derechos humanos admiten, con sujeción a ciertas condiciones de fondo y forma, que el Estado suspenda ciertos derechos fundamentales. Este es el caso del art. 15 del Convenio europeo de derechos humanos, «Derogación en caso de estado de emergencia», del art. F de la Carta Social Europea en caso de guerra o peligro público, del art. 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, del art. 27 del Convenio estadounidense de derechos humanos o del art. 4 de la Carta árabe de derechos humanos. Estas derogaciones van acompañadas de una lista de derechos inderogables o núcleos duros de derechos intangibles, incluso en casos de crisis. Por tanto, la cuestión que se plantea es saber en qué medida los derechos asociados al medio ambiente podrían suspenderse a partir de dichas disposiciones y si podrían vincularse o no a derechos inderogables. En relación con esto vienen a la mente las crisis derivadas de catástrofes ecológicas naturales o accidentales que provoquen la activación del estado de emergencia. La particularidad de esta hipótesis de regresión es su carácter temporal.

Las regresiones toleradas por la jurisprudencia debido a modificaciones legislativas que reducen el contenido de los derechos asociados al medio ambiente tienen otro tratamiento. Los jueces utilizan varios conceptos para justificar un retroceso en las protecciones de los derechos fundamentales: 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, el margen nacional de valoración, etc.

No cabe duda de que la cuestión de la conciliación entre el derecho ambiental y otros derechos fundamentales deberá volver a revisarse. En adelante, la tradicional anarquía de los derechos humanos debe tener en cuenta la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos según la cual: «no se debería acordar la primacía a los imperativos económicos ni siquiera a algunos derechos fundamentales como el derecho de propiedad ante las consideraciones relativas al medio ambiente» (ap. 79 de la sentencia *Hamer c/ Bélgica*, n.º 21861/03 del 27 de noviembre de 2007).<sup>100</sup>

En cualquier caso, existen límites para los límites tolerados. Al ser la no regresión el principio, las hipótesis de regresión tan solo pueden derivarse de una interpretación restrictiva. Además, la regresión nunca debe oponerse a la preocupación por aumentar cada vez más la eficacia. Finalmente, el retroceso de un derecho no puede descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión. Esto afecta tanto a los derechos sustantivos como a los procesales. Por tanto,

---

100 Jean-Pierre Marguénaud, *Recueil Dalloz*, n.º 13, 2008, p. 884.

deberá considerarse 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. Este nivel o umbral mínimo no existe a priori, depende de los países y los sectores medioambientales (agua, aire, ruido, paisaje, suelos, biodiversidad, etc.). Se podría denominar «mínimo ecológico esencial». Sin embargo, en nuestra opinión, este concepto es peligroso: no existe un mínimo esencial en materia de medio ambiente; tan solo hay un nivel adecuado de protección según las tecnologías disponibles. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisó que, para que un Estado satisfaga sus obligaciones fundamentales mínimas, «se deben tener en cuenta las obligaciones que asume el país en cuestión en materia de recursos».<sup>101</sup> Se trata, en cierto modo, de aplicar el principio de derecho ambiental de responsabilidad común, aunque de una forma diferenciada, de tal manera que los umbrales varíen en función de los lugares y los recursos económicos. Para determinar los umbrales o mínimos ecológicos aplicables son indispensables unos indicadores medioambientales, tanto científicos como jurídicos. Se corresponden con el movimiento que elabora indicadores de derechos humanos.<sup>102</sup> Se ha elaborado un marco conceptual y metodológico para definir unos indicadores cuantitativos y otros datos estadísticos que permitan promover y controlar la aplicación de los instrumentos internacio-

---

101 Observación general n.º 3 (1990), ap. 10

102 Isabelle Hachez, *Le principe de standstill*, p. 636; véase también Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del n.º 14 al 18, que incluyen todas las partes dedicadas a los indicadores.

nales relativos a derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.<sup>103</sup>

No obstante, el concepto de contenido mínimo de los derechos debería ser objeto de una reflexión especial adaptada a la cuestión medioambiental. No es necesario que constituya un pretexto para bajar de forma abusiva los umbrales de protección del medio ambiente. Los análisis realizados en materia de contenido mínimo en el ámbito social no deberían extenderse sistemáticamente al medio ambiente, ya que ni la historia ni los datos de ambos ámbitos pueden compararse. Además, las exigencias internacionales y, sobre todo, las de la Unión Europea imponen en todo momento, en materia de medio ambiente, un nivel elevado de protección que no es compatible con ningún tipo de tolerancia de una regresión que haga descender la protección hasta un umbral mínimo que puede llegar a ser muy bajo. 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 de los derechos, lo que constituye un perjuicio radical de los derechos fundamentales. Asimismo, el concepto de contenido mínimo no debería utilizarse en materia de medio ambiente a menos que se quieran desnaturalizar totalmente las ambiciones protectoras de las políticas del medio ambiente. Recomendar un «mínimo ecológico»

---

103 *Informe de los presidentes de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos*, Ginebra, 23-24 de junio de 2005, (A/60/78).

en las políticas públicas constituye una necesidad asociada al desarrollo sostenible para todos; sin embargo, resulta diferente establecer un umbral que se interponga en las medidas regresivas. Por este motivo, mostramos nuestras 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 protejan la esencia de los acervos medioambientales.

## **Conclusión**

La crítica del principio de no regresión medioambiental puede hacer pensar en una nueva forma de no intervención o de conservadurismo. En realidad, se evaluará rápidamente hasta qué punto el derecho ambiental no constituye un derecho humano como el resto. Proteger los acervos del derecho ambiental no supone anclarse en el pasado, sino todo lo contrario: es una garantía de futuro.

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. Sin embargo, esta esencia intangible constituye un complejo conjunto cuyos elementos, en su totalidad, son interdependientes. Asimismo, una regresión local, incluso limitada, puede

provocar efectos en otros ámbitos y sectores del medio ambiente. Mover un ladrillo de un edificio puede provocar su derrumbamiento. Por esta razón, los jueces encargados de valorar hasta qué punto se puede producir la regresión sin desestabilizar todo el edificio no deberán escudarse en anteriores jurisprudencias, relativas a la intangibilidad de los derechos tradicionales, sino que tendrán que crear una nueva escala de valores para garantizar, de la mejor forma posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente.